

El litigio contra las ciudades capitales en Colombia

Análisis y recomendaciones



Asociación Colombiana
de Ciudades Capitales

El litigio contra las ciudades capitales en Colombia

○ —————
Análisis y recomendaciones



Carlos Mario Marín Correa

Presidente Asocapitales
Alcalde de Manizales

Juan Felipe Harman Ortiz

Vicepresidente Asocapitales
Alcalde de Villavicencio

Luz María Zapata Zapata

Directora Ejecutiva Asocapitales

Equipo de investigación Asocapitales

Everaldo Lamprea Montealegre - Director Jurídico

Álvaro Andrés Gómez Rosas - Investigador

Deisy Yulieth García Torres - Investigadora

Álvaro Alejandro Alfaro Robayo - Investigador

Gina Paola Ávila Sierra - Investigadora

Sara Valeria Torres Cortés - Investigadora



Primera edición 2021
©Asociación Colombiana
de Ciudades Capitales
ISBN: **978-958-52643-4-2**

Diseño y diagramación:
David Stiven Colmenares Cifuentes

Carátula:
David Stiven Colmenares Cifuentes

Imagen de carátula
Y portadillas:
freepik.com

Impresión:
T & G MINOLTA LTDA

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación, por cualquier proceso reprográfico, o fónico, por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo, sin previa autorización del editor.

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	9
2. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA	13
2.1 ANÁLISIS CUANTITATIVO	14
2.1.1 Selección de sentencias	14
2.1.2 Temas más recurrentes y con mayor porcentaje de fallos adversos	14
2.1.3 Promedio de años que dura el proceso dependiendo del tema demandado	15
2.1.4 Excepciones propuestas por las ciudades capitales	15
2.1.5 Tipo de demandantes	16
2.2 ANÁLISIS CUALITATIVO	16
2.2.1 Defensa de las ciudades capitales	16
2.2.2. Ataque a la existencia del daño	16
2.2.3. Rompimiento del nexo causal	17
i. Defensas que no intentan romper el nexo causal	18
ii. Defensas que se centran en el nexo causal, pero no aportan argumentos suficientes	19
iii. Defensas que se centran en el nexo causal, pero que no aportan pruebas	20
iv. Defensas que rompen adecuadamente el nexo causal	21
2.3. RECOMENDACIONES	22
2.3.1. Recomendaciones de Defensa Jurídica	22
2.3.2. Recomendaciones de política pública	22
3. ACCIONES POPULARES	23
3.1 ANÁLISIS CUANTITATIVO	25
3.1.1 Selección de Sentencias	25
3.1.2 Temas más recurrentes y con mayor porcentaje de fallos adversos	25
3.1.3 Promedio de años que dura un proceso dependiendo del tema demandado	26
3.1.4 Excepciones propuestas por las ciudades capitales	26
3.1.5 Tipo de demandantes	27
3.2 ANÁLISIS CUALITATIVO	27
3.2.1 Defensas que buscan negar la existencia de la relación entre la administración y la violación a los derechos colectivos	28
3.2.2 Defensas que buscan romper el vínculo entre la vulneración o amenaza a los derechos colectivos y la actuación de la administración	30
3.2.3 Defensas que tienen falencias procesales	32
3.3 RECOMENDACIONES	33
3.3.1 Recomendaciones de Defensa jurídica	33
3.3.2 Recomendaciones de política pública	34
4. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	35
4.1 ANÁLISIS CUANTITATIVO	37
4.1.1 Selección de sentencias	37
4.1.2 Temas más recurrentes y con mayor porcentaje de fallos adversos	37

4.1.3 Promedio de años que dura el proceso dependiendo del tema demandado	38
4.1.4 Causas alegadas por los demandantes	38
4.1.5 Tipo de demandantes	39
4.2 ANÁLISIS CUALITATIVO	39
4.2.1 Funcionarios públicos	39
i. Contrato realidad	40
ii. Régimen aplicable a la jornada laboral de los servidores públicos	41
iii. Los derechos de carrera en procesos de reestructuración o liquidación de entidades públicas	41
iv. La sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a las que tienen derecho los servidores públicos	42
4.2.2 Tributario	42
i. Nulidad del acto en el que se basa la liquidación del impuesto	44
ii. Indebida notificación del acto (configuración del silencio positivo)	45
iii. Sanción por inexactitud	46
iv. Territorialidad en el impuesto de industria y comercio	47
v. Sujeción pasiva del impuesto de alumbrado público de empresas dedicadas a la explotación, explotación y transporte de recursos no renovables	47
4.2.3 Bienes inmuebles	48
i. Expropiación administrativa de bienes de uso público	48
ii. Indebida notificación del acto administrativo	48
iii. Vulneración de los derechos del poseedor	49
iv. Indebida valorización de predios	49
4.3 RECOMENDACIONES	50
4.3.1 Recomendaciones de política pública	50
4.3.2 Recomendaciones de defensa jurídica	51
5. ACCIÓN DE TUTELA	52
5.1 ANÁLISIS CUANTITATIVO	54
5.1.1 Selección de Sentencias	54
5.1.2 Temas más recurrentes y con mayor porcentaje de fallos adversos	54
5.1.3 Promedio de años que dura un proceso de tutela	55
5.1.4 Excepciones propuestas por las ciudades capitales	55
5.1.5 Tipo de demandantes	56
5.2 ANÁLISIS CUALITATIVO	56
5.2.1 Defensas a partir de la responsabilidad sustancial de la vulneración	56
5.2.1.1 Inexistencia de la vulneración/amenaza derecho fundamental	56
5.2.1.2 Legitimación en la causa por pasiva	58
5.2.2 Defensas a partir de los aspectos procesales de la tutela	59
5.2.2.1 Indebida elección de la acción	59
5.2.2.2 Falta de procedencia de la acción de tutela	60
5.3 RECOMENDACIONES	61
5.3.1 Recomendaciones de defensa jurídica	61
5.3.2 Recomendaciones de política pública	62

6. ACCIÓN DE GRUPO	63
6.1 ANÁLISIS CUANTITATIVO	64
6.1.1 Datos nacionales	64
6.1.2 Datos de municipios	67
6.2 ANÁLISIS CUALITATIVO	68
6.2.1 Casos seleccionados	68
6.2.1.1 Caso “Barrio San Francisco”	68
i. Caducidad	68
ii. Responsabilidad del Municipio	69
iii. Composición del grupo	69
6.2.1.2 Caso “Ciudadela Parque de la Roca”	70
i. Caducidad	71
ii. Composición del grupo accionante	71
iii. Existencia del daño	72
6.2.1.3 Caso “Transporte masivo”	72
i. Conformación del grupo y unicidad del hecho dañoso	73
ii. Responsabilidad del Estado	74
iii. Tasación de los perjuicios	74
6.2.1.4 Caso “Relleno sanitario 1”	75
i. La determinación de los daños	76
ii. Tasación de los perjuicios	77
6.3 DEFENSA DE LOS ENTES TERRITORIALES	78
6.3.1 Cosa juzgada	78
6.3.2 Ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones	79
6.3.3 Legitimación en la causa por activa	80
6.3.4 Caducidad	80
6.3.5 Inexistencia del daño	80
6.3.6 Oficiosidad	81
6.4 ONEROSIDAD DE LA ACCIÓN DE GRUPO	81
6.5 RECOMENDACIONES	82
6.5.1 Recomendaciones de litigio	82
6.5.2 Recomendaciones de política pública	83
7. DESAFÍOS HUMANOS, TECNOLÓGICOS Y DE PROCESOS EN LA DEFENSA JURÍDICA DE LAS CIUDADES CAPITALES	84
7.1 INTRODUCCIÓN	84
7.2 DESAFÍOS HUMANOS	84
7.3 DESAFÍOS TECNOLÓGICOS	87
7.4 DESAFÍOS DE PROCESOS	89
8. REFERENCIAS	91

AGRADECIMIENTOS

El equipo de investigación quiere agradecer, en primera instancia, a la doctora Luz María Zapata Zapata, Directora Ejecutiva de Asocapitales, por el apoyo irrestricto que ha dado a este proyecto editorial, así como a la clínica jurídica y al programa de pasantías de estudiantes de derecho. Sin este respaldo el presente libro no se habría podido realizar.

Este libro también recibió el impulso de varios funcionarios de Asocapitales, entre los que nos gustaría mencionar al doctor Emilio Rueda López, Secretario General de nuestra organización, Eimy Suárez González quien nos acompañó con sus consejos y sugerencias a lo largo del proceso de investigación y de edición, y Lina María Chaparro y David Colmenares, funcionarios del área de comunicaciones que fueron decisivos para que la edición del libro se culminara con éxito.

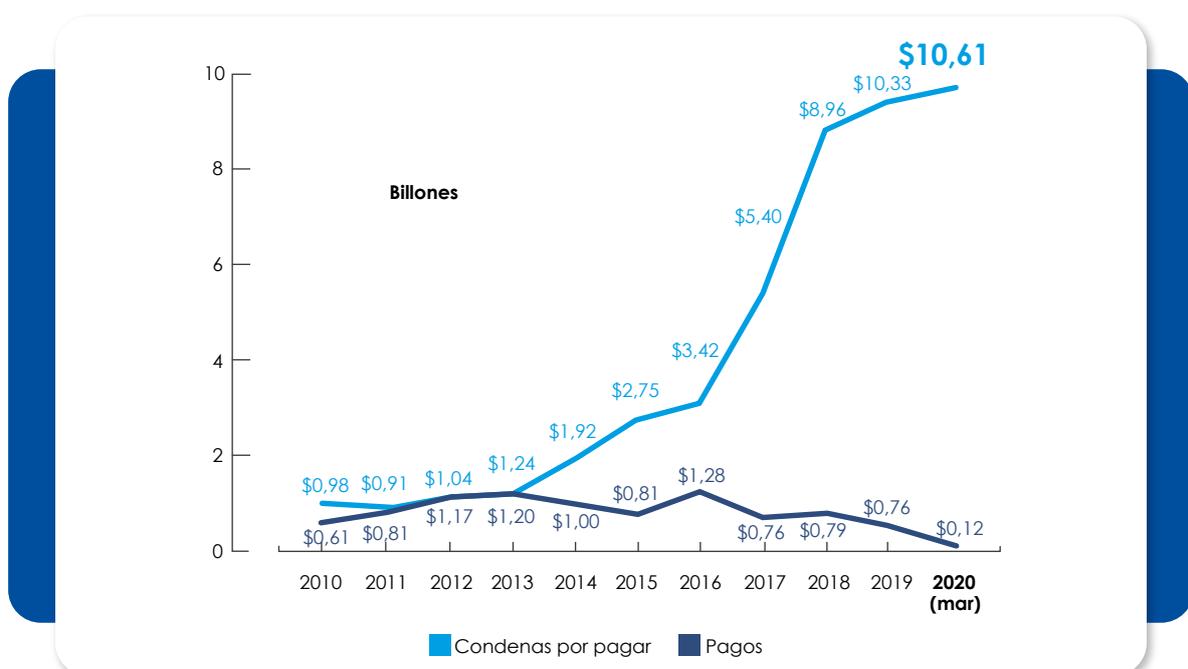
Finalmente, extendemos nuestros agradecimientos a los secretarios y secretarías jurídicas de diferentes ciudades asociadas, así como a los abogados y abogadas de los equipos de defensa jurídica de las capitales del país. Entre estos quisiéramos destacar los aportes de Gloria Palacios, Secretaria Jurídica de Quibdó; Amanda Lucía Restrepo Méndez, abogada de la Secretaría Jurídica Distrital de Barranquilla; Camilo Alberto Ordóñez Valencia, abogado de la Secretaría de Educación municipal de Santiago de Cali; Lorena Sosa Castañeda, abogada de la alcaldía del municipio de Armenia; Ronu Fernández, funcionario de la alcaldía de Cartagena; Yenny Alejandra Hoyos Quintero, funcionaria de la alcaldía de Medellín; Holman Leonardo Romero Archila, funcionario de la Secretaría jurídica del municipio de Tunja; Luis Alfonso Castiblanco Urquijo y Gloria Astrid Mesa Vásquez, funcionarios de la Secretaría jurídica distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá. A todos, nuestros más sinceros agradecimientos.

1. INTRODUCCIÓN

En octubre de 2020 el secretario jurídico de una ciudad capital con menos de 150 mil habitantes, recursos limitados y grandes necesidades insatisfechas, decía a un medio de comunicación que serían necesarios más de ocho billones de pesos para responder económicamente por todos los fallos judiciales en los cuales su ciudad es la parte demandada. Como lo manifestó el secretario, si los jueces fallaran en contra del municipio en los más de mil procesos en su contra, la administración local tendría que declararse en quiebra. Según el funcionario, tan solo las pretensiones económicas de una acción popular entablada por personas que alegan haber sido afectadas por la presencia de un rotavirus en las redes del acueducto municipal ascienden a más de 30 mil millones de pesos, un monto que no sólo para este municipio, sino para la gran mayoría de ciudades capitales del país, puede generar efectos catastróficos sobre la estabilidad fiscal y sobre la inversión pública en áreas como la social, la educativa, la de salud, la ambiental y la de servicios públicos, entre muchas otras.

La situación de esta ciudad capital no es única ni a nivel territorial ni a nivel nacional. Según la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), a corte de 30 de junio de 2020 hay 362.632 procesos judiciales activos por demandas en contra de la nación. Dichos procesos judiciales tienen pretensiones por \$397.2 billones de pesos, una cifra que el país no estaría en capacidad de pagar (ANDJE, 2020). El escenario crítico de fallos judiciales millonarios contra el Estado no es improbable, especialmente si se tiene en cuenta que en los últimos 5 años la tasa de éxito de la defensa jurídica de la nación ha sido inferior al 50% (ANDJE, 2020). Adicionalmente, se debe tener en cuenta que, de ser fallados estos procesos en contra de la nación, ésta deberá pagar en muchos casos un monto indexado y aumentado con el valor de los intereses de mora.

Las demandas instauradas en contra de la nación representan un alto riesgo fiscal debido, por un lado, a los altos volúmenes de litigio, y por otro, a las desmesuradas sumas por las que los jueces y árbitros condenan a las entidades públicas. Así lo demuestra la siguiente gráfica obtenida de un informe de la ANDJE en donde se observa que, para el 31 de marzo de 2020, el saldo que debe pagar la nación por órdenes judiciales asciende a los \$10.6 billones de pesos (ANDJE, 2020).



Gráfica 1- Fuente: Informe trimestral de litigiosidad, segundo trimestre, corte junio 2020, ANDJE.

En la gráfica se observa, además, las cuentas por pagar a raíz de las órdenes judiciales durante el periodo 2010 y el 2020. Así, se evidencia que la deuda por concepto de condenas pasó de ser de \$3.42 billones en 2016 a \$10.61 billones en 2020, un aumento significativo en tan sólo cuatro años. A su vez, la gráfica 1 evidencia la limitada capacidad de pago de la nación, la cual sólo pudo desembolsar 0,12 billones de pesos en 2020. Ello dista mucho de los más de 10 billones que el Estado se encuentra en mora de pagar por razón de órdenes judiciales.

Según el mismo informe de la ANDJE, el 25.1% de los procesos instaurados contra la nación corresponde a demandas no laborales ante el contencioso administrativo (90.573 procesos), las cuales concentran el 91% del total de pretensiones (360,2 billones por pretensiones). El 75% restante corresponde a demandas laborales y a procesos ordinarios (272.029 procesos) que representan tan solo el 9.0% de las pretensiones (37 billones).

Ahora bien, como lo muestra la tabla 1, las demandas no laborales se concentran en seis acciones principales: reparación directa, nulidad y restablecimiento del derecho, acción popular, controversias contractuales, nulidad simple y acción de grupo.

	PROCESOS	PRETENSIONES
REPARACIÓN DIRECTA	56,623 PROCESOS 62,5%	\$139,5 BILLONES 38,7%
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO	22,688 PROCESOS 25%	\$58,3 BILLONES 16,2%
ACCIÓN POPULAR	3,018 PROCESOS 3,3%	\$3,2 BILLONES 0,9%
CONTRAVERSIAS CONTRACTUALES	2,037 PROCESOS 2,2%	\$15,3 BILLONES 4,2%
NULIDAD SIMPLE	1,828 PROCESOS 2%	\$0,1 BILLONES 0%
ACCIÓN DE GRUPO	648 PROCESOS 0,7%	\$142,3 BILLONES 39,5%

Tabla 1- Fuente: Informe trimestral de litigiosidad, segundo trimestre, corte junio 2020, ANDJE.

En la tabla 1 también se observa que el mayor número de demandas instauradas en contra de la nación se concentra en la acción de reparación directa (62,5%) y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (25%), seguidas por la acción popular (3,3%), las controversias contractuales (2,2%), la nulidad simple (2%) y la acción de grupo (0,7%).

Así mismo, la tabla muestra que las acciones que concentran el mayor número de pretensiones económicas son la acción de reparación directa (38,7%) y la acción de grupo (39,5%), seguidas por la nulidad y restablecimiento del derecho (16,2%), las controversias contractuales (4,2%), la acción popular (0,9%) y la nulidad simple (0%).

Se debe precisar que la tendencia a la alta litigiosidad no afecta únicamente a la nación, sino que también tiene como protagonista a las entidades territoriales. Según la Contraloría General de la República, del total de demandas incoadas en contra del Estado un porcentaje representativo surge del nivel territorial (Contraloría General de la República, 2008). Así lo confirma la ANDJE, la cual ha mostrado que por cada 100 casos ingresados entre 2010 y 2015 a la justicia administrativa, 65 en promedio correspondían a demandas en contra de entidades territoriales (ANDJE, 2018).

De igual forma, de los datos reportados al Formato Único Territorial FUT por parte de las entidades territoriales, se observa que las ciudades capitales invierten abundantes recursos para cubrir las obligaciones surgidas del rubro de sentencias y conciliaciones. De este modo, en 2019 las ciudades capitales destinaron para el pago de sentencias y conciliaciones alrededor de \$75 mil millones, tal como se muestra en la tabla 2. No sobra aclarar que estos recursos dejaron de canalizarse a sectores sociales como el de salud, vivienda y educación.

CIUDAD	GASTO SENTENCIAS Y CONCILIACIONES 2019
ARAUCA	\$ 32.982.610
ARMENIA	\$1.432.270.202
BARRANQUILLA	-
BOGOTÁ, D.C.	\$19.418.398.356
BUCARAMANGA	\$1.852.373.774
CALI	\$19.939.347.440
CARTAGENA	\$10.316.797.015
CÚCUTA	\$593.722.945
FLORENCIA	\$2.132.319.641
IBAGUÉ	\$3.929.837.231
LETICIA	\$1.318.684.395
MANIZALES	-
MEDELLÍN	\$2.650.626.369
MITÚ	\$.625.062
MOCOA	\$261.532.511
MONTERÍA	\$297.374.858
NEIVA	\$696.077.306
PASTO	\$185.570.056
PEREIRA	\$3.043.720.107
POPAYÁN	\$ 2.358.448.120
PROVIDENCIA	\$58.081.678
PUERTO CARREÑO	-
QUIBDÓ	\$19.190.000
RIOHACHA	\$406.999.400
RIONEGRO	-
SAN JOSÉ DEL GUAVIARE	\$200.000.000
SANTA MARTA	\$152.115.482
SINCELEJO	\$111.298.872
SOACHA	\$170.725.600
TUNJA	\$2.116.881.529
URIBIA	\$ 43.011.771
VALLEDUPAR	\$125.221.740
VILLAVICENCIO	-
YOPAL	\$1.484.184.731
TOTAL	\$75.382.418.801

Tabla 2: Recursos ejecutados para el pago de sentencias y conciliaciones en ciudades capitales (2019). FUT.



En suma, las cifras de la ANDJE y las reportadas al FUT por pago de sentencias y conciliaciones revelan el elevado número de litigios en contra del Estado colombiano y el impacto significativo de estos en las finanzas públicas de la nación y de las entidades territoriales.

Es necesario resaltar que los altos montos de esas condenas en contra de las entidades territoriales también son un reflejo de la gestión de las administraciones locales, y no solo de las desmesuradas pretensiones de los demandantes. Las fallas en la actuación administrativa, que en este libro son consideradas como fallas en la política pública, vienen a su vez acompañadas por vacíos en las estrategias de defensa jurídica de las ciudades capitales. Lo anterior ya que por diversas razones las ciudades no se defienden de manera adecuada y terminan siendo condenadas al pago de cuantiosas sumas.

De allí el interés de este libro por formular recomendaciones de defensa jurídica y de políticas públicas que buscan prevenir el daño antijurídico que actualmente afecta de manera desproporcionada las finanzas de las ciudades capitales. Dichas recomendaciones, como se verá a lo largo de este texto, están basadas en un riguroso análisis cuantitativo y cualitativo de la litigiosidad en contra de las ciudades capitales en acciones de reparación directa, acciones populares, nulidad y restablecimiento del derecho, acciones de grupo y acciones de tutela.

El presente estudio reviste relevancia para las ciudades capitales en la medida en que, a partir del análisis y de las recomendaciones consignadas en estas páginas, es posible que los equipos jurídicos de nuestros asociados puedan identificar las determinantes de políticas públicas del litigio, las estrategias de defensa jurídica y las decisiones organizacionales que se pueden implementar a nivel local para fortalecer las oficinas y secretarías jurídicas de los municipios y distritos. Esto es especialmente relevante para proteger la estabilidad fiscal, garantizar la primacía del interés general sobre el particular, salvaguardar los recursos públicos y asegurar la inversión social en las ciudades capitales.

2. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

El artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 contempla una acción judicial a través de la cual se puede exigir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado por daños producidos con ocasión de un hecho, omisión, operación administrativa o cualquier otra actuación estatal distinta a un contrato estatal o a un acto administrativo. Dicho mecanismo es conocido como Acción de Reparación Directa y está plasmado en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011:

ARTÍCULO 140. REPARACIÓN DIRECTA. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

Del artículo citado podemos evidenciar que:

- i. En virtud del artículo 90 de la Constitución Política, el cual es el fundamento para alegar la responsabilidad del Estado, cualquier persona interesada tiene la oportunidad de demandar el daño antijurídico que se le ha causado por la acción u omisión de los agentes del Estado.
- ii. Entre las actuaciones por las que el Estado puede ser responsable encontramos los hechos, omisiones, operaciones administrativas o la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos.
- iii. Las entidades públicas tienen el deber de instaurar una acción de reparación directa cuando se han visto afectadas por actuaciones de otras entidades públicas o de particulares.
- iv. Cuando se produzcan daños por parte de particulares y entidades públicas, el juez determinará la proporción por la que deberá responder cada uno.

Según la literatura especializada, la reparación directa tiene como fin “obtener el restablecimiento de los derechos y la reparación de los daños originados por un hecho de las entidades públicas, entendiéndose por tal aquel obrar que no puede ser calificado como un acto jurídico (acto administrativo unilateral o contrato estatal)” (Arboleda, 2011, p. 129).

Ahora bien, como ya se mencionó, el inciso primero del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 señala que la responsabilidad estatal constituye el núcleo de la acción de reparación directa. La Responsabilidad del Estado tiene fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual establece lo siguiente:

ARTÍCULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.**

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Negrilla fuera de texto)

A partir del anterior artículo constitucional es posible sostener que existen tres elementos principales de la responsabilidad del Estado: 1) el daño antijurídico; 2) el comportamiento de un agente susceptible de ser responsabilizado (acción u omisión de las autoridades) y 3) la imputación o causalidad. De este modo, no basta con que se genere un daño; este, además, debe ser imputado a una autoridad pública como resultado de una acción u omisión atribuible al Estado.

Es así como el presente capítulo analiza los patrones de litigio que se evidencian en los procesos de responsabilidad en contra de las ciudades capitales cuando son demandadas por la acción de Reparación Directa. Así mismo, el capítulo aborda los diferentes tipos de defensa jurídica de las ciudades capitales en materia de reparación directa, con el fin de identificar tanto las buenas prácticas como las debilidades en las estrategias de defensa de las ciudades capitales.

2.1 ANÁLISIS CUANTITATIVO

2.1.1. Selección de sentencias

En los procesos de reparación directa en los que figura como demandada una ciudad capital se revisaron 383 sentencias proferidas por el Consejo de Estado durante el periodo 2008-2019. De dichas sentencias se seleccionó una muestra representativa de 202 fallos de acuerdo con los temas más recurrentes y con mayor porcentaje de pronunciamientos judiciales adversos.

2.1.2 Temas más recurrentes y con mayor porcentaje de fallos adversos

En la tabla 3 se encuentran los temas que más se fallaron en dichas sentencias y los que mayor porcentaje de fallos adversos tuvieron en contra de las ciudades capitales. Allí se evidencia que, mientras el tema de construcción y/o mantenimiento vial ocupa el primer lugar entre los asuntos por los que más se demanda a las ciudades capitales, con un total de 59 sentencias, el tema de construcción o reparación de obra pública concentra el mayor número de fallos adversos en contra de las ciudades (59%). Lo anterior sugiere que es en dicho tema en donde las ciudades tienen mayores problemas al momento de plantear defensas judiciales.

Por el contrario, las ciudades ejercen una adecuada defensa en las sentencias en las que se discuten temas de otorgamiento/control de licencias de construcción, expropiación de bien inmueble/ocupación administrativa y falla en el servicio médico con 0%, 13% y 17% de fallos adversos, respectivamente.

Temas	Total de sentencias	% de fallos adversos
Construcción y/o mantenimiento vial	59	46%
Muerte o lesiones de terceros	41	51%
Expropiación de bien inmueble/ocupación administrativa	39	13%
Construcción o reparación de obra pública	34	59%
Falla en el servicio médico	24	17%
Otorgamiento/control de licencias de construcción	5	0%
Total general	117	--

Tabla 3 - Fuente: Elaboración Propia.



2.1.3 Promedio de años que dura el proceso dependiendo del tema demandado

En la tabla 4 se puede observar el promedio de años de un proceso de reparación directa según los temas demandados, desde la interposición de la demanda hasta el fallo del Consejo de Estado.

Temas	Promedio de años
Construcción o reparación de obra pública	14
Construcción y/o mantenimiento vial	16
Expropiación de bien inmueble/ocupación administrativa	14
Falla en el servicio médico	15
Muerte o lesiones de terceros	14
Otorgamiento/control de licencias de construcción	15

Tabla 4 - Fuente: Elaboración Propia.

En la tabla anterior se puede evidenciar que un proceso de reparación directa dura en promedio 14 años. Ello implica que procesos de reparación directa en contra de las ciudades capitales pueden pasar hasta por 3 administraciones, lo que conlleva, además, unos costos de representación muy altos para la ciudad.

2.1.4 Excepciones propuestas por las ciudades capitales

En la tabla 5 se resumen las excepciones que más invocaron las ciudades capitales en sus defensas dentro de los procesos de reparación directa. Así, la excepción más invocada por las ciudades capitales a la hora de defenderse es la falta de legitimación en la causa por pasiva con un total de 77 menciones en la defensa, seguida por la culpa exclusiva de la víctima, alegada en 61 procesos, y finalmente, por la falta de material probatorio, excepción que se presentó en 36 procesos. Por su parte, las excepciones menos utilizadas por las ciudades fueron: hecho de un tercero (invocada 10 veces), indebida escogencia de la acción (invocada 4 veces) y cosa juzgada (invocada 2 veces).

Tipo de excepción	Número de veces invocada
Falta de legitimación en la causa por pasiva	77
Culpa exclusiva de la víctima	61
Falta de material probatorio	36
Caducidad de la acción	20
Fuerza mayor o caso fortuito	11
Hecho de un tercero	10
Indebida escogencia de la acción	4
Cosa Juzgada	2

Tabla 5- Fuente: Elaboración Propia.

2.1.5 Tipo de demandantes

Los tipos de demandantes que interpusieron acciones de reparación reclamando la responsabilidad de las ciudades capitales están descritos en la tabla 6.

Tipo de demandante	Total	% de fallos a favor del demandante
Persona jurídica (privada)	25	16%
Persona jurídica (pública)	3	33,3%
Persona natural	174	41,3%
Total general	202	--

Tabla 6 - Fuente: Elaboración Propia.

En la tabla anterior se puede evidenciar que (i) las personas naturales interponen más acciones de reparación directa en contra de las ciudades capitales que las personas jurídicas, y (ii) que el Consejo de Estado falla más a favor de las personas naturales que de las personas jurídicas.

El primer hallazgo sugiere que los daños ocasionados por la actuación u omisión de las ciudades capitales afectan más a las personas naturales que a las jurídicas. Respecto al segundo hallazgo, se recomendaría a las ciudades capitales ejercer una mejor defensa cuando quienes la demandan son personas naturales. Lo anterior debido a que el Consejo de Estado es más garantista con ellas que con las personas jurídicas.

2.2 ANÁLISIS CUALITATIVO

2.2.1 Defensa de las ciudades capitales

En la acción de reparación directa encontramos dos formas principales de defensa de las ciudades capitales: una en la que niegan o atacan la existencia del daño, y otra en la que se ataca o intenta romper el nexo causal.

2.2.2 Ataque a la existencia del daño

Respecto a esta primera forma de defensa judicial dentro de los procesos de reparación directa cabe resaltar que, de acuerdo con la sección tercera del Consejo de Estado, el daño es uno de los elementos esenciales para que exista responsabilidad (Consejo de Estado, 2016). Según Javier Tamayo Jaramillo, el daño antijurídico es “aquel que el Estado, en el ejercicio de su soberanía y de sus funciones, no tiene derecho a causar. O lo que es lo mismo: Cuando el Estado causa un daño que no tenía derecho a causar, es responsable” (Tamayo, 2000, pp. 32-33).

Por su parte, para el Consejo de Estado (2011) la responsabilidad del Estado surge cuando se configura un daño que tiene la entidad de ser antijurídico dado que “el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el daño”. En suma, el daño antijurídico es aquel que la persona no está en el deber jurídico de soportar.

Dado que el daño es el elemento esencial para que exista responsabilidad, una primera forma de defensa de las ciudades es atacar su existencia. Dicha defensa puede ser exitosa cuando se hace una correcta identificación de los hechos, cuando se atacan pruebas o cuando se aporta evidencia relevante.

Tal es el caso de la sentencia del 10 de marzo de 2011 del Consejo de Estado, en la que el accionante demanda a una ciudad capital alegando que su establecimiento comercial se vio afectado por la decisión de la alcaldía de construir un puente vehicular que produjo que los ingresos de su local comercial disminuyeran notablemente, ya que el puente privó completamente de visibilidad y de acceso vehicular al establecimiento.

En este caso la ciudad identificó los hechos clave y demostró que el daño no existió por cuanto el puente obstruyó la visibilidad del inmueble, pero no impidió el acceso al mismo, por lo que la presunta desvalorización no acaeció. Para demostrar este punto la administración municipal solicitó la práctica de pruebas, entre otras, la de una inspección judicial a los libros de contabilidad del establecimiento de comercio. Para llevar a cabo el ejercicio probatorio el municipio contó con la intervención de un perito contador, quien determinó los ingresos y egresos de dicho establecimiento entre los años 1995 y 1998. A partir de esa prueba la defensa judicial del municipio demostró al juez que, en la medida en que los libros de contabilidad no cumplían con las exigencias que el Código de Comercio impone a todo comerciante, dicho documento carecía de mérito acreditativo. De este modo, el municipio demostró que en el proceso bajo estudio no se podía evidenciar la disminución en los ingresos alegados por el demandante. El Consejo de Estado aceptó el argumento probatorio de la administración y, en consecuencia, llegó a la siguiente decisión: “La Sala no puede concluir nada distinto a que el daño cuya reparación se deprecia en el sub iudice no se encuentra en manera alguna demostrado.”

2.2.3 Rompimiento del nexo causal

Además de la negación de la existencia del daño, otra forma de defensa judicial utilizada de manera recurrente por las ciudades capitales dentro de los procesos de reparación directa es el ataque al nexo causal. El nexo causal es el tercer elemento fundamental para que exista responsabilidad estatal. Para Álvaro Bustamante (2003) el nexo causal es “el vínculo que debe existir entre dos o más fenómenos, uno o varios de los cuales deben preceder al otro o a los otros y el cual tiene una doble connotación: una de carácter natural o material y otra de naturaleza jurídica, que a su vez está íntimamente ligada con el concepto de la imputabilidad” (p.51).

Así mismo, en la jurisprudencia del Consejo de Estado podemos advertir que, para responsabilizar al Estado como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si dicha acción u omisión es causa directa y determinante del daño. Así, por ejemplo, en sentencia del 2 de mayo de 2002, el Consejo de Estado indicó que:

El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho (s) el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante.

De esta forma, el nexo causal que hace referencia a la relación de causa-efecto entre la acción u omisión del demandado y la producción del daño, es aquel elemento sin el cual es imposible atribuir responsabilidad al Estado o a cualquier otro sujeto.

Ahora bien, existen condiciones excepcionales que producen el rompimiento y debilitamiento de esa relación de causalidad. Para Jaime Vidal Perdomo (1961) “este vínculo no existe cuando el daño es producido por **fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima**” (pp. 399-435).

La fuerza mayor consiste en un acontecimiento que es de naturaleza externa, irresistible e inevitable para el agente que se encuentra en la situación en que ocurre el suceso (Arenas, 2018, p. 309). Ejemplo de esta causal son los fenómenos de la naturaleza tales como terremotos, huracanes, inundaciones, entre otros.

Por caso fortuito se entienden aquellos “sucesos no naturales, internos, imprevisibles e irresistibles que no permitieron cumplir con la obligación, aunque no se conozca la causa del daño como tal en el momento de su producción” (Arenas, 2018, p. 311). La causal de exoneración de hecho de un tercero se materializa “cuando un tercero diferente del Estado o de la persona que sufre la lesión influye en el desarrollo normal de los acontecimientos y ocasiona un daño que no ocurriría si no fuera por su mediación”. Finalmente, la culpa exclusiva de la víctima se configura cuando el daño tiene como causa exclusiva el comportamiento del perjudicado, lo que implica que éste corre con la responsabilidad por la pérdida del bien o derecho, sin que pueda reclamar una indemnización (Arenas, 2018, pp. 303-304).

Según el Consejo de Estado estas causales son las que hacen que sea jurídicamente imposible imputar responsabilidad. Por ende, el juez tendrá la posibilidad de valorar si la causa externa fue el factor que, de manera exclusiva o no, dio lugar al acaecimiento del daño. Dicho juicio determinará si el correspondiente hecho externo a la actividad del demandado tiene la facultad para destruir el nexo de causalidad entre esta y la lesión causada. Además, el alto tribunal administrativo ha señalado que, para que sean procedentes estas causales de exoneración, estas deben tener un aspecto de irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad (Consejo de Estado, 2008).

Entre las estrategias de defensa judicial invocadas por las ciudades capitales encontramos que, en relación con este criterio de nexo causal, existen 4 niveles distintos: (i) aquellas defensas que no intentan romper el nexo causal; (ii) aquellas que, aunque buscan romper el nexo causal, no aportan argumentos suficientes para realizar dicho rompimiento; (iii) aquellas defensas que, aunque buscan romper el nexo causal, no aportan pruebas para realizar dicho rompimiento, y (iv) las que logran romper de manera exitosa el nexo causal.

i. Defensas que no intentan romper el nexo causal

Aun cuando la defensa de una ciudad capital que esté orientada a desvirtuar el daño antijurídico pueda ser adecuada, esto no basta para que se exima de responsabilidad a la ciudad. En muchos casos, es necesario romper o desvirtuar el nexo causal entre el daño y la acción u omisión de la administración.

En algunos procesos revisados encontramos casos en los que las defensas de las ciudades solo se limitan a negar el daño antijurídico, pero no intentan romper el nexo causal, lo cual es un elemento fundamental para que se pueda atribuir o desvirtuar la responsabilidad estatal, tal como lo vimos anteriormente. La causa de esto es que algunas defensas se limitan a ejecutar un solo criterio de defensa; por ejemplo, alegan la inexistencia del daño o la falta de legitimación en la causa por pasiva, pero se olvidan de crear una defensa estructurada en la que, además de alegar dichas excepciones, se haga también alusión al rompimiento del nexo causal.

Ejemplos de este tipo de defensas en las que no se ejerce una defensa estructurada y por tanto no se busca romper el nexo causal son las que encontramos en las sentencias del 26 de febrero de 2014 (Consejo de Estado, 2014), el 1 de agosto de 2016 (Consejo de Estado, 2016a), el 12 de agosto de 2014 (Consejo de Estado, 2014a) y el 18 de febrero de 2010 (Consejo de Estado, 2010).

En la sentencia del 26 de febrero de 2014 el actor demandó a la administración municipal por el retraso en el traslado a un centro hospitalario de tercer nivel, lo cual le produjo la amputación de una de sus extremidades. Si bien el municipio en primera instancia defendió la tesis de que no existía nexo causal entre el daño y su responsabilidad, tesis que se acogió en primera instancia, en la apelación los argumentos del municipio se centraron únicamente en proponer la falta de legitimación en la causa por pasiva, lo cual desembocó en un debilitamiento de la argumentación en torno a la inexistencia del nexo causal. En este caso el Consejo de Estado no condena argumentando que el daño que fundamentó la acción no puede ser considerado como un acto u omisión de las entidades demandadas, pues no existe criterio de causalidad y/o imputación que permita vincular la conducta o comportamiento de la entidad demandada con los actos o hechos desencadenantes del daño. Ahora bien, pese a que el Consejo de Estado no condenó, pues advirtió la inexistencia del nexo causal, la defensa pudo haber intentado romper dicho nexo desde el principio y así disminuir el riesgo de ser condenada.

En la sentencia del 1 de agosto de 2016 se discute la responsabilidad estatal por un accidente en el que el actor sufrió lesiones que, según él, se debieron a que buscó esquivar una obra desarrollada por el municipio que no estaba señalizada. En este caso existían pruebas de que el hombre conducía en estado de embriaguez y con exceso de velocidad; sin embargo, el Consejo de Estado determinó que la causa del accidente fue la mala señalización de la obra. Este fallo en contra de la ciudad fue consecuencia de que, aun cuando se dio por probado el estado de embriaguez y el exceso de velocidad, la defensa del municipio no se orientó a romper el nexo de causalidad. Por el contrario, la defensa buscó probar que sí estaban las señales de tránsito en el lugar del accidente.

En la sentencia del 12 de agosto de 2014 el actor demanda a la administración municipal por los perjuicios que sufrió cuando se accidentó en su bicicleta debido a que la reja de un sumidero que se encontraba sobre la vía estaba en mal estado. Aquí la ciudad no tiene en cuenta que el hecho de que el servicio de alcantarillado lo preste una entidad diferente al municipio no lo exime de sus obligaciones constitucionales de prestación de servicios públicos, y por eso su defensa se enfoca en probar la falta de legitimación por pasiva, pero no busca mostrar la ausencia del nexo causal. Esto evidencia que una de las causas por las que las defensas de las ciudades omiten atacar el nexo causal es porque desconocen sus funciones. Así, al considerar que no son las encargadas de administrar cierta actividad, concluyen que es suficiente alegar la falta de legitimación en la causa por pasiva, pero no atacan el nexo causal.

Otra de las causas que hace que la defensa de las ciudades no logre romper el nexo causal es la inobservancia de elementos procesales. Tal es el caso de la sentencia del 18 de febrero de 2010, en la que se demanda a una ciudad por la muerte de un motociclista cuando cruzó por una obra que no estaba debidamente señalizada. La ciudad demandada alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva, pero no apeló el fallo de primera instancia. El hecho de que no apelara implicó la pérdida de oportunidad de que el Consejo de Estado la exonerara dado que, en las mismas palabras de esta corporación, no se le hubiera atribuido responsabilidad, pues no se encontró una causalidad entre el daño y la actuación de la ciudad.

ii. Defensas que se centran en el nexo causal, pero no aportan argumentos suficientes

Existe otro tipo de defensas que intentan romper el nexo causal, pero que no aportan argumentos suficientes. Tal es el caso de las sentencias del 9 de marzo del 2011 (Consejo de Estado, 2011), el 10 de marzo de 2017 (Consejo de Estado, 2017) y el 23 de mayo de 2012 (Consejo de Estado, 2012).

La sentencia del 9 de marzo del 2011 discute la responsabilidad de una ciudad capital por las lesiones causadas a una persona que se accidentó debido a un hueco que se encontraba en la vía. En este caso la ciudad intentó romper el nexo causal alegando culpa exclusiva de la víctima; no obstante, la

ciudad planteó un argumento insuficiente para demostrar que efectivamente se generó esa causal de exoneración de responsabilidad. Tal argumento consistió en señalar que si un ciclista transita por una vía con alto flujo de vehículos de transporte público y colectivo es irresponsable, temerario e imprudente. El Consejo de Estado, por el contrario, consideró que la relación de causalidad fue evidente en tanto que, si el hueco no hubiera estado en la vía, la víctima no habría sufrido el accidente. Además, determinó que es obligación del municipio mantener una vía en condiciones de movilidad óptimas.

En la sentencia del 10 de marzo de 2017 se demandan los daños y perjuicios producidos por la muerte de un menor de edad que cayó a una de las obras del acueducto de un municipio. La ciudad, con el fin de romper el nexo causal, invocó el hecho de un tercero argumentando que este era la verdadera causal del daño y no la actuación de la ciudad. Así, la ciudad argumentó que los responsables fueron los padres del menor, quienes, al percatarse de que había obras en la vía pública, no debieron dejarlo salir a la calle sin estar acompañado. Sin embargo, este argumento no tiene carácter jurídico y por ende no tenía posibilidad de prosperar ante el Consejo de Estado.

Una tercera sentencia que sirve de ejemplo a este tipo de defensas es el fallo del 23 de mayo de 2012 del Consejo de Estado. En este se alega la responsabilidad de una ciudad capital por la destrucción de varios enseres y bienes que se encontraban dentro de la vivienda del demandante. Esto como consecuencia de una inundación causada por el atascamiento de un material de construcción que fue dejado luego de que la secretaría de obras públicas de la ciudad derribara un muro de contención que se encontraba frente a la propiedad del actor.

Aquí la ciudad invoca las causales de exoneración de caso fortuito y fuerza mayor argumentando que el hecho ocurrió por la severidad de las lluvias. Con esto, buscaba interrumpir la relación causal entre el daño y la actuación administrativa invocando como verdadera causa del perjuicio un fenómeno de la naturaleza. No obstante, dicha defensa no formuló los argumentos adecuados o suficientes para romper el nexo causal toda vez que se observó que el suceso que produjo el daño, en este caso, el atascamiento de escombros en las cañerías de la residencia no fue insospechado o inesperado para el demandado. Esto en tanto que, se insiste, está demostrado que el trabajador de la obra pública conocía la alta probabilidad de lluvia y por tal razón colocó tablas y tierra para evitar que los escombros cayeran al agua.

iii. Defensas que se centran en el nexo causal, pero que no aportan pruebas

En algunos casos, la defensa de una ciudad ataca el nexo causal, pero no aporta pruebas. Este es el caso de la defensa instaurada en la sentencia del 27 de junio de 2012 (Consejo de Estado, 2012a). En este caso el accionante instaura la demanda porque en la vía por la que se desplazaba se adelantaba la construcción de un Box-Culvert, y por no presentarse ningún tipo de señalización ni de iluminación chocó violentamente contra el hueco que atravesaba el ancho de la vía.

La ciudad intentó romper el nexo causal invocando culpa exclusiva de la víctima por cuanto esta conducía en estado de embriaguez. Sin embargo, la defensa del municipio intentó probar este hecho con un único testimonio, lo cual fue insuficiente para el Consejo de Estado. El alto tribunal administrativo resaltó que debido a que no se allegó examen de alcoholemia practicado al lesionado, no se pudo demostrar el estado de alicoramiento del demandante y por ende fue imposible acreditar la culpa exclusiva de la víctima.

iv. Defensas que rompen adecuadamente el nexo causal

Finalmente, tenemos un cuarto nivel de defensa relacionado con el nexo causal en el que las ciudades atacan este elemento de manera exitosa. Es decir, las defensas de las ciudades se centran en el nexo causal y, además de ello, proponen el rompimiento de dicho nexo con argumentos y pruebas suficientes. Este es el caso de las sentencias del 11 de julio de 2012 (Consejo de Estado, 2012b) y del 25 de julio de 2016 (Consejo de Estado, 2016b).

En la sentencia del 11 de julio de 2012 se demanda a la administración municipal por la muerte de un motociclista, quien chocó en una intersección puesto que ninguno de los semáforos se encontraba en funcionamiento y tampoco había en el lugar autoridad que controlara el tráfico vehicular. Aun cuando se demostró que no funcionaban los semáforos de la intersección y que tampoco había ningún agente de tránsito, la ciudad logró reducir la condena en un 50%.

La defensa en este caso consistió en alegar la culpa exclusiva de la víctima, demostrando la obligación que también tenía el motociclista de hacer el pare y cerciorarse de que nadie transitara por la otra vía, precauciones que este no tomó. De ese modo, la ciudad debilitó el nexo causal al poner de presente que la causa determinante de que hubiera acaecido el daño no fue solamente el hecho de la ausencia de un agente de tránsito o de que los semáforos no estuvieran en condiciones adecuadas, sino que también se debió a la falta de precaución del motociclista. Así lo manifestó el Consejo de Estado, el cual determinó que el accidente se debió tanto a la falta de señalización y ausencia de personal de tránsito que controlara la situación, como al hecho de que el motociclista no haya tenido en cuenta las precauciones correspondientes para cruzar la vía, cuando esa era su obligación.

En la sentencia del 25 de julio de 2016 se alega la responsabilidad de una ciudad por perjuicios ocasionados a la compañía demandante con ocasión de la ampliación de una avenida, lo cual produjo una caída considerable de sus utilidades. La defensa de la ciudad buscó romper el nexo causal demostrando que la disminución de las rentas no obedeció a la obra, sino a las circunstancias económicas del país. Esta argumentación se concretó a través de la observación de los documentos relativos a las declaraciones de Impuesto de Industria y Comercio y al reporte de activos, pasivos y patrimonio de la empresa, así como a las declaraciones de renta de 1992 a 1997 que muestran que la disminución de ventas se venía dando desde antes del inicio de la obra.

Adicionalmente, la defensa de la ciudad aportó como prueba el diseño del plano de la obra de ampliación de la avenida con el fin de demostrar que el predio donde funcionaba la empresa no fue afectado por la obra, “toda vez que la sede donde funciona la Serviteca la Rosita, no solo cuenta ni contaba para la época de la obra con la entrada ubicada sobre la Avenida González Valencia, sino que tiene varias vías de acceso como lo es sobre la carrera 24 y la principal sobre la calle 48, vías estas que nunca fueron cerradas con ocasión de la obra.” (Consejo de Estado, 2016b). De esta manera, la ciudad logró quebrantar el nexo de causalidad, pues demostró que la disminución de las rentas no tuvo lugar con la ampliación de la avenida ya que, según los planos, esta no perturbó el predio donde se encontraba el establecimiento que supuestamente fue afectado.

2.3 RECOMENDACIONES

2.3.1 Recomendaciones de defensa Jurídica

Con base en lo anterior encontramos que los equipos jurídicos muestran debilidades al momento de ejercer una defensa en favor de la administración. Uno de los errores comunes es que la defensa se limita a proponer como excepciones la culpa exclusiva de la víctima y la falta de legitimación en la causa por pasiva tal como se observa en la tabla 7, dejando de lado otros argumentos más elaborados que podrían ayudar a prevalecer en el proceso. Por ello en la siguiente tabla proponemos una serie de recomendaciones de litigio que deberían seguir las ciudades.

Recomendaciones de litigio
<ul style="list-style-type: none"> • Tener claro el problema jurídico de cada proceso. • Tener claros los hechos relevantes. • Tener claras las funciones de la administración. • Proponer una defensa estructurada en la que se evalúen estrategias de defensa con argumentos principales y subsidiarios. • Intentar romper el nexo causal aportando las pruebas y argumentos suficientes. • Atacar las pruebas relevantes de la contraparte.

Tabla 7 - Fuente: Elaboración Propia.

2.3.2 Recomendaciones de política pública

Es necesario señalar que existen defensas que, aun cuando sean muy buenas, no tienen la capacidad de exonerar a las ciudades capitales toda vez que los daños son tan evidentes que es casi imposible desvirtuarlos. Es por ello que, a continuación, proponemos una serie de recomendaciones de política pública que las ciudades podrían seguir.

Recomendaciones de política pública
<ul style="list-style-type: none"> • Contratar y mantener una planta de funcionarios públicos que cumplan adecuadamente con las necesidades de la administración. • Señalizar adecuadamente las vías. • Crear manuales de procesos y procedimientos de las dependencias de las alcaldías. • Actualizar dichos manuales. • Hacer seguimiento a las licencias urbanísticas. • Generar capacitación a los funcionarios públicos sobre cómo evitar el daño antijurídico.

Tabla 8 - Fuente: Elaboración Propia.

3. ACCIONES POPULARES

Con la expedición de la Constitución Política de 1991 se introdujeron al ordenamiento jurídico colombiano las acciones populares con el fin de proteger derechos e intereses colectivos. Mediante esta acción cualquier individuo puede solicitar la protección de los derechos colectivos cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de las autoridades y de los particulares (Consejo de Estado, 2017a). De acuerdo con Páez-Murcia, Lamprea-Montealegre y Vallejo-Piedrahíta (2017), las acciones populares “[...] no buscan reparar el daño causado a un grupo de personas concreto, sino proteger un bien público o un recurso de uso común que beneficia a una comunidad difusa” (p. 213).

Si bien algunos autores hacen una diferenciación entre los intereses colectivos y los intereses difusos, la Corte Constitucional en sentencia C-215 de 1999 señaló que:

[...] la Constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina, entre intereses colectivos e intereses difusos, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término “colectivos”. Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común, sin más requisitos que los que establezca el procedimiento regulado por la ley.

De manera específica, la acción popular fue creada por el artículo 88 de la Constitución Política y desarrollada por la Ley 472 de 1998. Según dichas normas, el objeto de la acción popular es la cesación de una vulneración o amenaza a un derecho colectivo; es decir, puede ser restitutiva cuando se solicita que la situación fáctica vuelva al estado anterior de la vulneración, o preventiva si se busca evitar un daño contingente o hacer cesar el peligro. En este sentido se puede definir la acción popular como “los medios procesales para proteger los derechos e intereses colectivos, que se ejercían para evitar el daño contingente, para hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o para obtener la restitución de las cosas a su estado anterior, cuando ello fuere posible” (Galindo, 2013, p. 517).

Por otra parte, la vulneración o amenaza a derechos e intereses colectivos que se busca evitar mediante una acción popular debe ser real, inminente o concreta, por cuanto se exige que el juez perciba la potencialidad de la violación del derecho colectivo o la verificación de esa supuesta violación. La prueba de esa potencialidad recae en el actor popular; sin embargo, si por razones de orden económico o técnico este no puede asumirla, el juez impartirá las órdenes para suplir esa deficiencia. Por ejemplo, si el demandante de la acción popular alega que un río se encuentra contaminado por la inacción de la administración, pero este no tiene la capacidad económica para producir pruebas sobre los índices de contaminación del río, el juez deberá ordenar de manera oficiosa las pruebas necesarias para determinar si la contaminación supera los niveles permitidos.

En la ley 472 de 1998 se listan los derechos colectivos que se pueden proteger mediante la acción popular. Uno de los autores que ha sistematizado los derechos colectivos más invocados es Jaime Orlando Santofimio (2017). De acuerdo con este autor, los derechos colectivos definidos por la ley de manera enunciativa son los que se refieren al medio ambiente, la moralidad administrativa, el urbanismo, la defensa del patrimonio público, la seguridad y salubridad pública, los servicios públicos y la libre competencia económica. De las definiciones dadas por el autor, cabe destacar las siguientes:

- **Defensa del patrimonio público:** “se retoma bajo este rubro el tema ya histórico de los bienes y demás pertenencias públicas, su debida utilización y cuidado; incluye la defensa del patrimonio cultural de la Nación.” (Santofimio, 2017, p. 908)
- **Urbanismo:** “comprende el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; así mismo, la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.” (Santofimio, 2017, p. 908)
- **La seguridad y salubridad:** “se refiere a la seguridad y salubridad públicas; así mismo, a la prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como a la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; en sentido similar, al derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.” (Santofimio, 2017, p. 908)
- **Medio Ambiente:** “referido al goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; así mismo, a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. También, en lo que hace a la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como a los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente.” (Santofimio, 2017, p. 907)
- **Moralidad administrativa:** “se incluye bajo este concepto todo lo relativo al debido manejo y cuidado supremo que debe reinar en los asuntos públicos, tales como contratación, presupuesto, inhabilidades, incompatibilidades, restricciones legales, prohibiciones, etc., razón por la cual cualquier aproximación a este concepto debe ser abordado desde el principio de legalidad, en términos sustantivos, que gobierna las actuaciones del Estado, el primado del interés general, la eficacia de la gestión administrativa y el recto manejo de la función pública conforme a los principios del artículo 209 constitucional.” (Santofimio, 2017, pp. 907-908)

Frente a la titularidad de la acción popular el artículo 12 de la Ley 472 de 1998 establece que cualquier persona, ya sea natural o jurídica, puede interponer la acción popular para buscar la protección de los derechos colectivos. Por lo tanto, no es necesario que la persona en cuestión esté siendo afectada de manera directa para poder reclamar la protección de los intereses colectivos. Como se señala en la literatura:

[S]e trata de una pretensión que puede ser intentada por muchos sujetos, pues no solo lo pueden hacer los ciudadanos sino también las organizaciones no gubernamentales, organismos sociales y cívicos, las autoridades de control, los alcaldes y demás funcionarios públicos [...] Si existe vulneración o amenaza de tales prerrogativas de la colectividad, cualquiera de sus miembros está habilitado para acudir ante el juez con el fin de demandar su protección. (Galindo, 2013, p. 526)

Una última característica importante de las acciones populares es que pueden interponerse incluso cuando la vulneración a los derechos colectivos provenga de un contrato o acto administrativo. De esta manera lo señala Libardo Rodríguez (2017), al considerar que se puede utilizar la acción popular:

inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno y otro caso, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, de acuerdo a la solución legal prevista en el artículo 144 del CPACA, la cual ha sido avalada por la jurisprudencia constitucional (p. 536).

Una vez aclaradas las características básicas de las acciones populares, en las próximas secciones examinaremos las sentencias del Consejo de Estado en las que una ciudad capital ha sido demandada en una acción popular. En primer lugar, se hará un análisis cuantitativo del universo de sentencias estudiadas. En la siguiente sección se realizará un análisis cualitativo de las sentencias estudiadas, en las que se describirán las tendencias en la defensa jurídica de las ciudades capitales. Por último, se propondrán algunas recomendaciones de política pública y de mejoramiento en la defensa jurídica de las ciudades capitales.

3.1 ANÁLISIS CUANTITATIVO

3.1.1 Selección de Sentencias

En el periodo comprendido entre 2008 y 2019 se encontraron 160 sentencias de acciones populares proferidas por el Consejo de Estado en las que una ciudad capital fue demandada. De este universo de sentencias se decidió analizar una muestra representativa de 121 sentencias de acciones populares, las cuales se escogieron con base en dos factores. En primer lugar, se determinó qué temas eran más recurrentes en las demandas; en segundo lugar, se estableció el porcentaje de fallos en contra de las ciudades capitales en cada uno de estos temas.

3.1.2 Temas más recurrentes y con mayor porcentaje de fallos adversos

En la Tabla 9 se resumen los temas más recurrentes por los que son demandadas las ciudades capitales en casos de acciones populares y el porcentaje de fallos adversos en cada uno de estos temas. Se seleccionaron los cuatro temas más recurrentes, que al mismo tiempo son los que más fallos adversos tienen. Los dos temas más recurrentes fueron Salud Pública-Medio Ambiente y Obra Pública. Tan sólo estos dos temas agrupan el 70% de las sentencias de acciones populares estudiadas, por lo que consideramos que es en estos en donde se deben buscar soluciones a nivel de políticas públicas y de estrategias de defensa jurídica que puedan mitigar la litigiosidad en contra de las ciudades capitales.

Así mismo, en la tabla 9 se observa que tres de los cuatro temas más recurrentes tienen un porcentaje de fallos adversos contra las ciudades capitales entre el 55% y 60%, siendo el tema de moralidad administrativa o patrimonio público el único que se encuentra por debajo del 50%. Esto nos indica que hay deficiencias en la defensa de las ciudades capitales que pueden ser analizadas para lograr un menor porcentaje de condenas.

Temas	Total de sentencias	% de fallos adversos
Salubridad pública y medio ambiente	47	57%
Obra pública	37	59%
Espacio público	22	59%
Moralidad administrativa y/o patrimonio público	15	46%
Total general	121	--

Tabla 9 - Fuente: Elaboración Propia.

3.1.3 Promedio de años que dura un proceso dependiendo del tema demandado

El promedio de años que requiere un proceso de acción popular para ser fallado no varió dependiendo del tema tratado. Como se observa en la tabla 10, este fue de 5 años en todos los casos, desde la presentación de la demanda hasta el fallo definitivo por parte del Consejo de Estado. A pesar de la homogeneidad de los promedios, cabe resaltar que existe una gran variación al interior de los datos, contando con casos extremos de 2 y 11 años respectivamente. Si bien un promedio de 5 años es positivo si se tienen en cuenta los tiempos procesales que son usuales en otro tipo de acciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sigue siendo muy alto si se considera que la acción popular busca proteger a la población ante un riesgo inminente para sus derechos colectivos.

Después de cinco años pueden generarse daños generalizados e irreversibles sobre una población afectada. Esta demora también implica un posible problema para las administraciones, pues si se concretan los daños a los derechos colectivos, es probable que la entidad territorial sea demandada, lo que llevaría a comprometer recursos de la administración en su defensa y en posibles perjuicios que deba indemnizar.

Temas	Promedio de años
Salubridad pública y medio ambiente	5
Obra pública	5
Espacio público	5
Moralidad administrativa y/o patrimonio público	5

Tabla 10 - Fuente: Elaboración Propia.

3.1.4 Excepciones propuestas por las ciudades capitales

Dentro de las excepciones que presentan las defensas de las ciudades capitales en los procesos de acciones populares, las más comunes, como muestra la tabla 11, fueron la inexistencia de la vulneración o afectación a los derechos colectivos y la falta de legitimación en la causa por pasiva, con 51 y 41 sentencias en cada caso, respectivamente. En ambos tipos de excepciones el objetivo de la defensa era romper la relación de la administración local con los hechos que causan la vulneración o amenaza a los derechos colectivos. Pero, como se verá en la siguiente sección, en muchos casos se trata de defensas poco efectivas, pues la administración tiene al menos una responsabilidad de control sobre las actividades que otras entidades públicas y privadas realizan (las empresas prestadoras de servicios públicos, por ejemplo) y debe garantizar el goce efectivo de los derechos colectivos.

En el segundo grupo de defensas que son invocadas de manera frecuente por las ciudades capitales se incluyen la superación de la amenaza o vulneración (20), la falta de material probatorio (19) y la improcedencia de la acción popular (12). Estas defensas están encaminadas a romper la relación entre la vulneración de los derechos colectivos y la actuación de la administración. Además, este tipo de defensas tienden a ser más efectivas, pues buscan romper con la responsabilidad que tiene la administración, ya sea porque realizó las acciones necesarias, porque el daño o riesgo no se probó de manera adecuada o porque en el caso concreto no se configura una vulneración a un derecho colectivo.

Tipo de excepción	Número de veces invocada
Inexistencia de la vulneración/afectación de derechos colectivos	51
Falta de legitimación en la causa por pasiva	41
Superación de la amenaza o vulneración	20
Falta de material probatorio	19
Improcedencia de la acción popular	12
Indebida elección de la acción	8
Hecho de un tercero	7
Cosa juzgada	5

Tabla 11 - Fuente: Elaboración Propia.

3.1.5 Tipo de demandantes

Como se puede observar en la tabla 12, la gran mayoría de los demandantes son personas naturales, más del 90% de los demandantes en una acción popular. Esto es poco sorprendente, pues al reclamarse derechos colectivos estos suelen beneficiar de manera mucho más clara a las personas naturales que a las personas jurídicas. También es interesante que sean más personas jurídicas públicas que privadas las que interpongan acciones populares. Una razón que puede explicar este fenómeno es que las acciones que presentan las personas jurídicas públicas provienen de órganos de control que buscan la protección de los derechos colectivos de la población, mientras que las personas jurídicas privadas no suelen tener intereses en que se restauren derechos colectivos. Esto también puede explicar por qué en el 100% de los casos en los que el demandante es una entidad pública se condenó al municipio.

Tipo de demandante	Total	% de fallos a favor del demandante
Persona jurídica (privada)	2	50%
Persona jurídica (pública)	6	100%
Persona natural	113	64,6%
Total general	121	--

Tabla 12 - Fuente: Elaboración Propia.

3.2 ANÁLISIS CUALITATIVO

Al analizar las sentencias que profirió el Consejo de Estado en procesos de acciones populares en las que fueron demandadas ciudades capitales, se encontró que existen dos grandes grupos de defensas jurídicas: las primeras buscan desconocer la existencia de la relación entre la administración y la violación a los derechos colectivos, mientras las segundas buscan romper el vínculo entre la responsabilidad del municipio y la violación de los derechos colectivos.

Dentro del primer grupo hay dos excepciones invocadas frecuentemente por las defensas de las administraciones: la falta de legitimación en la causa por pasiva y la inexistencia del daño o amenaza a un interés colectivo. En ambos casos el objetivo de la defensa del municipio es negar la existencia del daño o la responsabilidad del municipio, pero no busca romper el nexo entre el daño y las actuaciones de la administración. Esto se debe a que la defensa no reconoce la existencia del daño y manifiesta no tener deber alguno frente a la prevención de la ocurrencia del hecho dañoso.

En las acciones populares este tipo de defensas suelen ser inefectivas, en la medida en que las responsabilidades que tiene la administración pública en su jurisdicción no sólo se limitan a realizar acciones para superar hechos dañinos a los derechos colectivos, sino también a diseñar políticas de prevención y control sobre la actuación de los particulares. Así, en los casos en los que la defensa de los municipios ha utilizado únicamente este tipo de defensa, una vez se prueba el daño o amenaza, el municipio se queda sin otros medios de defensa.

Un segundo grupo de defensa jurídica está compuesto por aquellas que buscan romper el vínculo entre el hecho que produce el daño a los derechos colectivos y la responsabilidad de la administración pública. Dentro de este grupo destacan las defensas que alegan la superación de la amenaza o vulneración a derechos colectivos, la falta de material probatorio y la improcedencia de la acción popular. Frente a la superación de la amenaza o vulneración hay que señalar que la defensa del municipio reconoce la existencia de un daño causado a los derechos colectivos, pero argumenta que la administración ya ha tomado las medidas necesarias para eliminar el daño o la amenaza. La excepción de falta de material probatorio, en cambio, busca demostrar que el demandante no ha cumplido con el deber de probar la existencia del daño o la responsabilidad de la administración frente a este. Como lo ha señalado en varias oportunidades el Consejo de Estado, no es suficiente con alegar un daño a un derecho colectivo, sino que este tiene que probarse. Así, es posible que la vulneración o amenaza exista, pero la defensa del municipio busca demostrar que el demandante no ha cumplido con la carga de la prueba que le corresponde. Por último, la improcedencia de la acción popular busca probar que el demandante eligió una acción equivocada, y que en el caso concreto no se está reclamando una vulneración de un derecho colectivo, sino de uno particular y subjetivo. Esto quiere decir que el demandante no busca proteger los derechos colectivos en cabeza de la comunidad, sino que busca que se le restaure un derecho subjetivo que considera le ha sido lesionado.

En último lugar presentaremos, a manera de ilustración, un reducido número de sentencias que contienen defensas que es recomendable evitar. Estas defensas suelen incurrir en falencias de tipo procesal al ignorar algunas de las particularidades de la acción popular. Las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa y culpa exclusiva de la víctima componen este último grupo. Si bien estas excepciones no son comunes en la defensa de los municipios, es importante tenerlas en cuenta para evitar posibles errores que pueden llevar a que el municipio sea condenado. Frente a la falta de legitimación en la causa por activa se debe resaltar el carácter difuso de los derechos colectivos. Esto quiere decir que el derecho colectivo está en cabeza de toda la sociedad, y por lo tanto cualquier persona, sin necesidad de comprobar afectación a sus derechos, intereses o pertenencia a una colectividad, podrá interponer la acción popular. En esta medida, es poco común que una persona carezca de legitimidad para interponer la acción popular.

Con respecto a la excepción de culpa exclusiva de la víctima se debe tener en cuenta la responsabilidad que tiene la administración de cumplir con funciones de vigilancia y control en su jurisdicción. Así, incluso si un demandante está realizando acciones que llevan a la vulneración de los derechos colectivos que está reclamando, es responsabilidad de la administración realizar vigilancia en su territorio y usar los medios administrativos a su alcance para evitar que se cause el daño.

3.2.1 Defensas que buscan negar la existencia de la relación entre la administración y la violación a los derechos colectivos

El primer grupo de defensas jurídicas busca negar la existencia de la relación entre la administración y un daño o amenaza a los derechos colectivos. Como se describió en la sección anterior, estos casos se dividen en las excepciones por falta de legitimación en la causa por pasiva y la inexistencia del daño o amenaza.

Frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva, las defensas de las ciudades capitales buscan desligar el daño alegado por el accionante de la responsabilidad de la administración. En este sentido,

en muchas ocasiones las defensas de las ciudades capitales argumentan que las vulneraciones a los derechos colectivos se deben a la actuación de otros entes públicos distintos al municipio, o que la solución a la vulneración de derechos colectivos la debían proporcionar otras instituciones diferentes a las alcaldías. Estas defensas suelen ser insuficientes, pues si bien es verdad que hay responsabilidades que no le corresponden necesariamente a la administración, esta sí tiene que asegurar su cumplimiento. Un ejemplo es la prestación del servicio de acueducto. Si bien el municipio no tiene la obligación de prestar de manera directa este servicio público, sí tiene la responsabilidad de realizar un control sobre las empresas que prestan el servicio y garantizar su prestación efectiva.

Una situación similar se presenta en la sentencia del Consejo de Estado del 13 de noviembre de 2014, en la que se interpuso una acción popular en contra de una ciudad capital (Consejo de Estado, 2014b). En dicha acción se reclamaba la protección al derecho colectivo a un ambiente sano, pues de acuerdo con el demandante la administración municipal no había adoptado las medidas necesarias para mitigar el riesgo de desastre a las que están expuestas algunas viviendas que colindan con un terreno inestable, el cual podía causar un alud de tierra. El municipio alega la excepción de la falta de legitimación por pasiva porque considera que la responsabilidad de prevenir este tipo de desastres únicamente está en cabeza de la Corporación Autónoma Regional. En primera instancia, el Tribunal acoge los argumentos del municipio, pues considera que este no tiene responsabilidad respecto del cumplimiento de los derechos colectivos vulnerados. Sin embargo, el Consejo de Estado condena al municipio por considerar que tiene amplias competencias en materia de atención y prevención de desastres. Además, el Consejo de Estado especifica que los mandatos legales sobre prevención de desastres no son exclusivos a la Corporación Autónoma Regional, sino que también recaen en cabeza del municipio.

En el ejemplo anterior, se puede ver cómo el municipio no consideraba la prevención de desastres como una de sus funciones y que, en cambio, le atribuía esta obligación a la Corporación Autónoma Regional. Para el municipio no era su deber tomar acciones de mitigación o reubicación de la población que se encuentra en peligro. El Consejo de Estado en su decisión muestra que parte de las responsabilidades de la administración municipal incluyen atender y prevenir las situaciones que previsiblemente pueden llevar a un desastre en su jurisdicción. Dicha obligación en cabeza de la administración municipal se debe llevar a cabo de manera coordinada con otras instituciones públicas del nivel local y nacional de manera armónica, añade el Consejo de Estado. Por esto, la comunicación y coordinación con otras entidades es esencial para evitar demandas de este tipo.

Ahora bien, se debe resaltar que este tipo de defensa puede ser efectiva si claramente el daño que se alega excede las obligaciones que tienen las alcaldías. Por ejemplo, en sentencia del 31 de agosto de 2017 (Consejo de Estado, 2017b) una ciudad capital fue demandada por el estado ruinoso en el que se encontraban varios bienes de interés cultural en su territorio. A pesar de estar en la jurisdicción del Distrito, el ente responsable del mantenimiento de estos bienes no era el ente territorial, sino la Nación en cabeza del Ministerio de Cultura. En este caso la defensa basada en la falta de legitimación en la causa por pasiva fue acogida por el Consejo de Estado debido a la falta de competencia que tenía el Distrito en la conservación de estos bienes patrimoniales. Ahora bien, para que este tipo de defensa sea efectiva debe existir un alto grado de certeza frente a los límites que tienen las funciones de las entidades territoriales.

El segundo tipo de defensa que busca separar la actuación del municipio del daño es la excepción de inexistencia de la vulneración o amenaza a los derechos colectivos. Con esta defensa los municipios buscan demostrar que el daño que se alega no existe y que, por lo tanto, el municipio no debe realizar ninguna acción para su superación. Esta defensa suele ser inefectiva cuando es la única excepción invocada por la administración, ya que el demandante sólo deberá probar la existencia de la vulneración a los derechos colectivos para neutralizar la defensa de la administración. Así, con este tipo de defensas la entidad territorial pierde la posibilidad de demostrar las acciones que pudo haber realizado para mitigar o solucionar la amenaza a los derechos colectivos. En los casos en los que no resulte evidente que el daño alegado no existe, esta defensa se tendrá que acompañar con alguna excepción subsidiaria que le permita a la administración articular una defensa efectiva.



Un ejemplo de una sentencia en la que un municipio utilizó este tipo de defensa es el fallo del Consejo de Estado del 31 de marzo de 2011 (Consejo de Estado, 2011a). En este caso el municipio fue demandado por permitir la ocupación ilegal que unos particulares estaban realizando en una laguna en la zona rural del municipio. La alcaldía argumentó que no existía una vulneración o amenaza de derechos colectivos, ya que había incluido dentro del POT y del Plan de Desarrollo planes diseñados para la protección de la laguna. Adicionalmente, el municipio consideró que desalojar a los ocupantes ilegales de la laguna violaría derechos fundamentales de estas personas. El Consejo de Estado desestimó la defensa del municipio, pues consideró que es su obligación la protección de este ecosistema y la reubicación de la población que está invadiéndola. En este caso también se puede ver que la mayor debilidad de la excepción de inexistencia de la vulneración o amenaza a los derechos colectivos es que para alegar que esta no existe, es necesario demostrar que se ha cumplido con todas las funciones que tienen los entes territoriales. Esto puede ser especialmente complejo debido a las amplias facultades que la Ley les otorga a las alcaldías.

En ambos tipos de defensa las alcaldías pueden lograr que se falle a su favor si se prueba que no tenían ninguna responsabilidad frente al daño o amenaza alegados por los demandantes. Aun así, hay riesgos que surgen de la gran cantidad de funciones que deben cumplir las administraciones locales, así como de las funciones de control y vigilancia que deben ejercer frente al comportamiento de los particulares. Dichos riesgos llevan a que desligar, de manera completa al municipio de un hecho que vulnera los derechos colectivos, sea difícil.

3.2.2 Defensas que buscan romper el vínculo entre la vulneración o amenaza a los derechos colectivos y la actuación de la administración

En el segundo grupo de defensas las ciudades buscaron romper el nexo causal entre la actuación de la administración con el daño o amenaza a los derechos colectivos. En este grupo encontramos tres tipos de defensa: la superación de la amenaza o vulneración, la falta de material probatorio y la improcedencia de la acción popular. Estas tres defensas llevan al rompimiento del vínculo entre la administración y el hecho dañoso de maneras muy diferentes, pero buscan desvirtuar de alguna manera la responsabilidad que tiene la administración de atender la presunta violación de los derechos colectivos.

La primera de estas defensas es la superación de la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. En este caso la administración busca probar que sí ha actuado de manera diligente frente a la resolución del daño al bien colectivo que alega el accionante. La administración reconoce que el daño se ha venido causando, pero que las acciones que ha realizado la administración han sido suficientes para superar la vulneración de los derechos colectivos. Las actuaciones de la administración deben demostrar no ser esporádicas, sino que responden a una estrategia constante de mitigación y superación del daño a los derechos colectivos.

Un ejemplo de este tipo de defensas es la sentencia del Consejo de Estado del 12 de mayo de 2011 (Consejo de Estado, 2011b), en la que el municipio es demandado por su presunta inacción en la recuperación de las quebradas que corren en su jurisdicción y que están siendo contaminadas. El municipio logra probar que ha adelantado planes de compra de predios en las rondas de las quebradas y que ha llevado a cabo proyectos de restauración de las cuencas. Al demostrarse que la administración está realizando las actuaciones necesarias para la recuperación de las quebradas, el Consejo de Estado no condena al municipio, considerando probada la excepción de superación de la vulneración del derecho colectivo al goce de un ambiente sano.

Un segundo ejemplo en el que la administración logró demostrar que sus actuaciones han sido suficientes para superar el daño o amenaza es la sentencia del Consejo de Estado del 20 de junio de 2013 (Consejo de Estado, 2013). En este caso se demanda al municipio por permitir el funcionamiento

de una cantera que tiene su licencia ambiental suspendida, lo cual está causando daños medioambientales en el territorio. El municipio logró probar que ha ordenado la recuperación del predio y que solicitó la suspensión de la licencia ambiental de la cantera. De esta manera, la administración probó que actuó de manera diligente para evitar un daño a los derechos colectivos, evitando así una condena.

En este tipo de defensas se debe tener en cuenta que las actuaciones de la administración deben ser constantes y que una respuesta ocasional y desarticulada no es suficiente para exonerar a la administración. Un ejemplo de un caso en el que las actuaciones de la administración no fueron suficientes para que el Consejo de Estado considerara superada la amenaza es la sentencia del 6 de noviembre de 2014 (Consejo de Estado, 2014c). En esta sentencia el municipio es demandado por el estado ruinoso en el que se encontraba una parroquia declarada de interés cultural. El municipio considera que ya ha superado la amenaza al haber firmado un convenio para la reconstrucción del lugar. Tanto el Tribunal Administrativo como el Consejo de Estado deciden condenar al municipio, pues en ningún momento se contrataron los estudios para la restauración de la parroquia. En este sentido, no es suficiente comenzar las labores para superar el daño, sino que se deben llevar a cabo todas las medidas necesarias para asegurar que el daño o amenaza efectivamente han sido superados.

En segundo lugar, dentro de este grupo se identificaron las defensas que invocan la excepción de falta de material probatorio. El objetivo de este tipo de defensa es demostrar que el daño que se alegó no existe, o que, de existir, su ocurrencia no ha sido demostrada en el marco del proceso. En otras ocasiones la defensa busca romper la relación entre el daño a los derechos colectivos y la actuación de la administración, al mostrar la falta de evidencia que vincule a la administración con la ocurrencia de la violación de los derechos colectivos. Estas defensas suelen ser más efectivas que las que simplemente niegan la existencia del daño, porque buscan atacar la argumentación y la documentación que ha aportado la contraparte al proceso. Al negar la existencia de la ocurrencia del daño, se busca probar que en realidad se están cumpliendo con todas las obligaciones que tiene la administración, lo que hace mucho más difícil la defensa dadas las amplias responsabilidades que esta tiene a su cargo. En cambio, al atacar el material probatorio que presenta la contraparte se está buscando demostrar que esta no cumplió con la carga de la prueba de demostrar la existencia del hecho dañoso, centrando el debate en la capacidad que tiene la parte de probar y sustentar sus alegatos.

Un ejemplo de cómo una administración local utilizó este tipo de argumentación y logró prevalecer en el proceso es la sentencia del 12 de junio de 2008 (Consejo de Estado, 2008a), en la cual el municipio fue demandado por el riesgo que presuntamente causaba a los transeúntes de una vía del municipio la erosión de una ladera adyacente a este bien público. El municipio logró demostrar en el proceso que el demandante no cumplió con su deber de probar la existencia de la amenaza y que en efecto no existía erosión de la formación alledaña a la vía. Al centrarse en la falta de material probatorio en el proceso fue más sencillo para la administración demostrar la inexistencia de la amenaza, evitando así una condena innecesaria.

Otro caso en el que se logró evitar una condena fue en la sentencia del 13 de marzo de 2013 (Consejo de Estado, 2013a). En este caso el distrito fue demandado porque, de acuerdo con el demandante, en uno de los predios que pertenecen a la administración distrital suelen rondar perros potencialmente peligrosos y porque la administración no ha realizado acciones para evitar que estos causen daño a la comunidad que transita cerca al predio. La defensa del Distrito logró probar que no se encontraba probado el daño o amenaza a los derechos colectivos de la seguridad pública y el goce del espacio público, pues el demandante se limitó a alegar la existencia del peligro, pero no aportó suficiente material probatorio para demostrarlo.

El último tipo de defensa que se encontró en este grupo fueron las que alegan la improcedencia de la acción popular. Como se describió en la introducción de este capítulo, la acción popular busca la defensa de derechos e intereses colectivos difusos, lo que significa que estos no están en cabeza de una persona o de un grupo de personas determinables. La consecuencia directa de que los derechos

colectivos sean difusos es que los demandantes no podrán reclamar daños causados a sus derechos subjetivos por el Estado, sino que deberán probar un daño a los derechos colectivos de toda la comunidad. Esto quiere decir que en los casos en los que se reclamen derechos subjetivos, la acción popular será improcedente y se debería buscar una acción diferente para lograr el restablecimiento de estos derechos.

Así, las defensas de las administraciones han sido exitosas al defender sus intereses cuando han identificado que un demandante busca usar la acción popular para hacer avanzar sus derechos subjetivos. Un ejemplo de este tipo de defensa es la sentencia del 12 de junio de 2018 (Consejo de Estado, 2018), en la que el municipio es demandado porque la recuperación de un humedal en su jurisdicción se realizó en predios privados y estos nunca fueron comprados. El objetivo del demandante no era la protección de los derechos colectivos, sino lograr que el municipio realizara la compra de los predios. Por esta razón tanto el Tribunal Administrativo como el Consejo de Estado consideraron que el demandante eligió la acción equivocada, pues la acción popular no es el medio idóneo para la protección de derechos subjetivos.

Un segundo caso que muestra este tipo de defensa es la sentencia del 8 de junio de 2018 (Consejo de Estado, 2018a), en la que el municipio es demandado por el deterioro que han sufrido las viviendas de una urbanización que fue construida para dar vivienda a las personas damnificadas por el terremoto del eje cafetero. El demandante argumenta que los daños estructurales que sufren las viviendas deben ser reparados por la administración local, en la medida en que su construcción se hizo con recursos públicos. Tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Administrativo consideraron improcedente la acción popular, en la medida en que el demandante pretendía que se repararan inmuebles particulares y no que se evitara o se superara un daño a los intereses colectivos. Como muestran estos ejemplos, las defensas de los municipios deberán prestar atención a las pretensiones de la demanda, buscando establecer si los derechos que se buscan proteger son colectivos o subjetivos.

En los tres tipos de defensas que se describieron en esta sección el objetivo de la defensa es encontrar falencias en la argumentación de la contraparte para evitar una condena. A partir del estudio de las sentencias seleccionadas se llegó a la conclusión de que este tipo de defensa suele ser más efectiva, pues no trata de probar que el municipio ha realizado todas las funciones que se le exigen a la administración en el cumplimiento de sus deberes, sino que centra la discusión en la argumentación presentada por los demandantes.

3.2.3 Defensas que tienen falencias procesales

En último lugar se encuentran las defensas en las que se detectaron falencias procesales que deben ser prevenidas. En el estudio se identificaron dos tipos de falencias procesales que las defensas de las administraciones deben evitar, pues reflejan una comprensión insuficiente de la acción popular y de los deberes que tiene la administración. La primera de estas falencias consiste en buscar que se decrete la falta de legitimación en la causa por activa del demandante. Como ya se ha explicado, la acción popular puede ser presentada por cualquier persona, tenga o no un interés directo en la superación de la amenaza o vulneración del derecho colectivo. En esta medida, es poco común que una persona carezca de legitimación por activa en la acción popular. Tal como lo describe Juan Carlos Galindo (2013) “[S]i existe vulneración o amenaza de tales prerrogativas de la colectividad, cualquiera de sus miembros está habilitado para acudir ante el juez con el fin de demandar su protección”. Así pues, al existir la posibilidad de que cualquier individuo sea el titular de la acción, es inadecuado invocar la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva.

Un ejemplo de este tipo de defensa se da en la sentencia del 9 de febrero de 2012 (Consejo de Estado, 2012c), en la que el municipio es demandado por la falta de acciones para solucionar el problema de contaminación de una quebrada del municipio, que llevaron a su desbordamiento y a afectaciones

en la comunidad. Parte de la defensa que implementa la administración es alegar que el actor no tiene un interés directo en la solución de la amenaza a los derechos colectivos ya que, en caso de materializarse la amenaza, el actor no se vería afectado. Si bien el Consejo de Estado no se pronuncia sobre esta excepción propuesta por el municipio, es evidente que no tiene posibilidad de prosperar pues el artículo 12 de la ley 472 de 1998 no establece ningún tipo de requisito o calidad que deban ostentar los accionantes para presentar la acción popular. Incluir la excepción de falta de legitimidad en la causa por activa suele implicar una confusión sobre las características de la acción popular, dificultando de esta manera una defensa judicial efectiva.

En segundo lugar, tampoco es una defensa apropiada alegar la culpa exclusiva de la víctima en el caso de una vulneración a los derechos colectivos. Argumentar que la comunidad que se está viendo afectada por la vulneración de un derecho colectivo es la responsable ignora las obligaciones que tiene la administración de ejercer un control efectivo sobre las actividades que se dan en su jurisdicción, y de evitar que estas amenacen o causen daños a los derechos colectivos. Por ejemplo, en las sentencias de salubridad pública en las que la comunidad ha invadido la ronda de un río o quebrada y está contaminando su cauce, no es adecuado alegar la culpa exclusiva de la víctima, ya que el ente territorial tiene las obligaciones de reubicar a la comunidad y de proteger las fuentes de agua en su jurisdicción, así como de evitar la ocurrencia de desastres técnicamente prevenibles.

Un ejemplo claro de la falta de efectividad de este tipo de defensa es la sentencia del 31 de marzo de 2011 (Consejo de Estado, 2011a), en la cual el municipio es demandado por la falta de acciones para la conservación de una quebrada en su territorio. El municipio alegó que la comunidad había invadido la ronda de la quebrada y que arrojaba desechos a su cauce, por lo que se debía considerar la culpa exclusiva de la víctima. Tanto el Tribunal Administrativo como el Consejo de Estado desestimaron este argumento, pues el municipio tiene la obligación de mantener en buen estado las fuentes de agua de su territorio, y en caso de existir asentamientos en zonas de riesgo tiene la obligación de garantizar la reubicación de la comunidad. Además, en caso de que la comunidad fuera la culpable de la contaminación de la quebrada, la administración tiene la obligación de realizar control a la actividad y llevar a cabo todas las acciones administrativas necesarias para evitar el daño ambiental. Entre estas medidas se incluyen la imposición de multas o el cierre de establecimientos que contaminen la ronda del río o quebrada. Esta defensa no es efectiva, porque ignora la obligación de control y vigilancia que tiene la entidad, al demostrar que no ha tomado todas las medidas administrativas necesarias para evitar que se cauce el daño alegado.

3.3 RECOMENDACIONES

3.3.1 Recomendaciones de defensa jurídica

A partir de las temáticas esbozadas anteriormente, se concluye que las defensas jurídicas de las ciudades capitales pueden adoptar una serie de recomendaciones aplicables a sus litigios por acciones populares, que se sintetizan de la siguiente manera:

Recomendaciones de litigio

- La excepción de falta de recursos no es efectiva, pues el Consejo de Estado la ha rechazado. La falta de legitimación en la causa por pasiva no es efectiva, pues las funciones entre diferentes entidades se deben realizar de manera coordinada, y suele incluir la labor de control y vigilancia.
- Estructurar la defensa a partir de la demostración de cumplimiento de los deberes legales de la alcaldía.
- Acudir a mecanismos de practicidad y economía procesal.
- No son recomendables las excepciones de falta de legitimación por activa y culpa exclusiva de la víctima.
- Detectar si se persigue la protección de intereses particulares o colectivos y excepcionar improcedencia de la acción cuando se trate de los primeros.
- La carga de la prueba está en cabeza del demandante, por lo que la defensa puede demostrar que el demandante no probó el daño.
- Analizar la procedencia de la excepción de cosa juzgada respecto al objeto y la causa de la acción.

Tabla 13 - Fuente: Elaboración Propia.

3.3.2 Recomendaciones de política pública

En un escenario ideal, se debe prevenir la litigiosidad de acciones populares a través del diseño de políticas públicas. A partir de las sentencias analizadas y de las problemáticas más recurrentes en ellas se presenta a continuación una serie de recomendaciones de política pública.

Recomendaciones de política pública

- Desarrollar políticas constantes de protección a derechos colectivos. No bastan acciones aisladas durante determinado tiempo y posteriormente abandonarlas.
- Hacer énfasis en la planeación territorial, para poder evitar desastres naturales.
- Garantizar y vigilar la prestación de servicios públicos aun cuando estén en cabeza de entidades independientes de la administración.
- Realizar seguimiento y acompañamiento a los lugares y comunidades donde se ha ordenado la protección de derechos colectivos.
- Trabajar de manera coordinada con otras entidades estatales que tienen también a su cargo la garantía a los derechos colectivos, como por ejemplo las Corporaciones Autónomas Regionales y las gobernaciones departamentales.

Tabla 14 - Fuente: Elaboración Propia.

4. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

El presente capítulo tendrá una orientación distinta a la de los demás capítulos de este libro, en la medida en que abordaremos el litigio contra las ciudades capitales desde la perspectiva de las decisiones de política pública que incentivan la litigiosidad, y no desde la óptica de la defensa jurídica de las ciudades. Lo anterior debido a las características encontradas en las bases de datos de sentencias de nulidad y restablecimiento consultadas, las cuales se expondrán más adelante.

En primer lugar, se hará un breve recuento de las características principales de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Luego, se mostrarán los resultados del análisis cuantitativo realizado a partir de las sentencias estudiadas. Posteriormente, se explicarán los errores más comunes de la administración y de la defensa jurídica de las ciudades capitales. Finalmente, se expondrán algunas recomendaciones de política pública que están encaminadas a disminuir el volumen de litigio en contra de las ciudades capitales y algunas recomendaciones de litigio que se extrajeron del estudio realizado.

Para empezar, es importante señalar que el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA) define la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como el medio de control a través del cual una persona que se ha visto lesionada por los efectos de un acto administrativo puede acudir a la jurisdicción competente con el fin de que dicho acto sea declarado nulo, se restablezca su derecho y, en consecuencia, sea resarcido por parte de la entidad responsable de su expedición. Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta acción se caracteriza por ser **subjctiva, individual, temporal y desistible** (Consejo de Estado, 2018d). Esto ya que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sólo puede ser invocada por la persona cuyos derechos subjetivos, amparados por el ordenamiento jurídico, hayan sido vulnerados por el acto administrativo en cuestión, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación.

A través de esta acción se puede atacar la presunción de legalidad de los actos administrativos de carácter general o particular que hayan vulnerado los derechos subjetivos de una persona natural o jurídica. Dicha persona es, entonces, quien tiene la titularidad de la acción y, por ende, se encuentra facultada para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el fin de solicitar que se estudie la legalidad del acto en concreto, teniendo en cuenta los argumentos y pruebas que eventualmente se aporten al proceso.

Sobre las causales de nulidad y restablecimiento del derecho tenemos que son las mismas que pueden invocarse para que se declare la nulidad simple de un acto administrativo, esto es, “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” (Ley 1437 del 2011, art. 137, CPACA). Estos vicios o causales de ilegalidad dan cuenta de aquellos casos en los que la administración no ha cumplido con su deber de actuar según los principios y mandatos del ordenamiento jurídico, incurriendo en actividades ilegales que, en últimas, ocasionan daños a particulares y a terceros.

En la literatura de derecho administrativo (Rodríguez, 2017), estas causales de ilegalidad que pueden conducir a un acto administrativo nulo se clasifican en “la incompetencia o falta de competencia, la ilegalidad en cuanto al objeto, la falsa motivación, los vicios de forma o procedimiento y el desvío o desviación de poder”. La literatura especializada describe cada una de estas causales de la siguiente manera:

- a. **Incompetencia o falta de competencia:** cuando una autoridad toma una decisión que se encuentra por fuera de las atribuciones que le ha otorgado el ordenamiento jurídico, esto es, cuando toma una decisión para la cual no está facultada.
- b. **Ilegalidad en cuanto al objeto:** cuando el objeto del acto, su contenido mismo, es contrario a una norma jurídica superior en la que debía basarse.

- c. Falsa motivación:** cuando un funcionario expide un acto administrativo sin presentar los motivos que la ley le ha exigido para tomar determinada decisión (*falta de motivos*), o cuando los motivos expuestos por el funcionario realmente no existen, ya sea desde el punto de vista material o desde el punto de vista jurídico (*inexistencia de los motivos invocados, error de hecho o de derecho en los motivos*).
- d. Vicios de forma o procedimiento:** cuando el acto administrativo ha sido expedido violando las formalidades que establece la ley.
- e. Desvío o desviación de poder:** cuando una autoridad expide un acto administrativo en ejercicio de sus facultades, pero atendiendo a motivaciones ilegales.

Aunque las causales sean las mismas, la acción de nulidad simple y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho son acciones diferentes que responden a finalidades distintas y que, por ende, no deben confundirse. La nulidad simple, por un lado, busca confrontar el acto administrativo con los mandatos del ordenamiento jurídico en que debía fundarse, a partir de un juicio de legalidad y constitucionalidad que realiza la autoridad de lo contencioso administrativo a petición de uno o varios particulares. La nulidad y restablecimiento del derecho, por otro lado, no sólo pretende que se lleve a cabo este juicio de legalidad, sino también que se tomen las medidas necesarias para restablecer el derecho subjetivo vulnerado y resarcir el daño que ha sufrido la persona que ostenta su titularidad. De esta manera, en lo que respecta a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la tarea del juez no se limita a confrontar el acto demandado con las normas superiores en que debía fundarse, sino que también busca restablecer el derecho del accionante y repararlo, por ejemplo, a través de un nuevo acto administrativo que transforme los efectos del acto impugnado en cada caso concreto.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 18 de abril del 2018 estableció que:

En virtud de la fuerza normativa que se le reconoce a la Constitución y al derecho convencional integrado al bloque de constitucionalidad, cuando el acto administrativo demandado les desconozca abiertamente, aunque la parte actora no haya establecido tal reproche en la demanda, el juez se encuentra facultado para declarar la nulidad con base en las flagrantes vulneraciones constitucionales y convencionales que oficiosamente haya advertido. (...) No obstante lo anterior, el estudio no se agota allí pues el carácter subjetivo de la acción supone que esta se dirija a obtener el amparo de los derechos conculcados por el acto administrativo, lo que impacta de manera directa la conducta que procesalmente se exige del demandante, a quien no le bastará fundamentar las razones de disconformidad entre los actos acusados y el orden normativo, teniendo además que evidenciar una relación de causalidad entre la ilegalidad alegada y la forma en que su derecho se ha visto lesionado, lo que le permitirá acceder al restablecimiento de este. (Consejo de Estado, 2018b)

Teniendo en cuenta lo anterior, los efectos de una sentencia de nulidad simple son *erga omnes*, mientras que una sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho tiene efectos *inter partes*. Cuando una sentencia de fondo que decide sobre una nulidad y restablecimiento del derecho es desestimatoria, se concluye que su naturaleza es meramente declarativa, pues sólo se limita a negar las pretensiones del accionante. Cuando es estimatoria, su naturaleza es (i) declarativa, en tanto se pronuncia sobre la nulidad de los actos impugnados para que estos pierdan fuerza ejecutoria, y (ii) condenatoria, porque accede a las pretensiones de reparación y restablecimiento del derecho a favor del demandante. En síntesis, un fallo que resuelve una acción de nulidad y restablecimiento tiene efectos retroactivos e *inter partes*, en tanto busca trasladar al demandante en la situación anterior al acto administrativo impugnado, como si este nunca hubiese sido expedido por la respectiva autoridad (Rodríguez, 2017).

En cuanto a la naturaleza de los actos administrativos que pueden ser impugnados con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se observa que por regla general son concretos y de carácter

particular. No obstante, el CPACA establece que, de manera excepcional, los sujetos pueden demandar la nulidad y el restablecimiento del derecho sobre los efectos de actos administrativos generales y abstractos que hayan lesionado derechos subjetivos, en cada caso concreto, siempre y cuando la demanda sea presentada a más tardar cuatro meses después de su notificación. Sobre este punto han surgido varios debates en torno a la competencia que tiene el juez de dejar sin efectos un acto administrativo de carácter general. También la literatura (Rodríguez, 2017) ha discutido si los actos administrativos de carácter general pueden ocasionar daños a particulares por sí mismos o si es necesario que se expidan actos particulares de ejecución que generen la vulneración. Finalmente, se ha debatido si se deben impugnar ambos tipos de actos o sólo el de ejecución.

Una vez formuladas las características básicas de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, así como las discusiones que se han presentado en la literatura sobre el tema, se expondrán los resultados del análisis cuantitativo realizado a partir de las sentencias estudiadas.

4.1 ANÁLISIS CUANTITATIVO

4.1.1 Selección de sentencias

Entre el 2008 y el 2019 se identificaron 591 sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho proferidas por el Consejo de Estado en donde figuraban como demandadas ciudades capitales. De dichas sentencias se seleccionó una muestra de 530 sentencias de acuerdo con (i) los temas más recurrentes y (ii) los temas con mayor porcentaje de fallos adversos contra las ciudades capitales.

4.1.2 Temas más recurrentes y con mayor porcentaje de fallos adversos

En la tabla 15 se encuentran los temas más recurrentes en dichas sentencias y los que mayor porcentaje de fallos adversos tuvieron. Se observa que, con 248 sentencias, el tema de funcionarios públicos es el más recurrente. Sin embargo, es en el tema tributario en donde se presenta un mayor número de fallos adversos en contra de las ciudades, con un 70% de fallos en contra. Así mismo, se evidencia que el tema menos recurrente y en el que se presentaron menos fallos adversos en contra de las ciudades capitales es el tema de bienes inmuebles con 53 sentencias y un 34% de fallos adversos.

De lo anterior se advierte que, mientras que en temas de bienes inmuebles las ciudades capitales parecieran ejercer una defensa jurídica y una adecuada gestión de política pública que desincentiva el litigio, en los temas de funcionarios públicos y tributarios las ciudades tienen problemas estructurales con su defensa jurídica y toma de política pública. Lo anterior, toda vez que en estos últimos temas el número de fallos adversos es superior al 50%.

Temas	Total de sentencias	% de fallos adversos
Funcionarios públicos	248	58%
Tributario	229	70%
Bienes inmuebles	53	34%
Total general	530	--

Tabla 15 - Fuente: Elaboración Propia.

4.1.3 Promedio de años que dura el proceso dependiendo del tema demandado

En la tabla 16 se puede observar, según los temas demandados, el promedio de años que dura un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho desde la interposición de la demanda hasta el fallo del Consejo de Estado. De esta forma, en el tema de funcionarios públicos en promedio un proceso dura 7 años. Por su parte, en el tema tributario, el promedio es de 6 años y frente al tema de bienes inmuebles se observa que el promedio es de 10 años.

Lo anterior implica, como se ha visto en las demás acciones, un alto costo de representación y un desgaste institucional considerables para las ciudades capitales. Así, por ejemplo, en casos tributarios en donde se debate la devolución al contribuyente de una determinada suma por una indebida liquidación de la administración municipal, se ha ordenado, además de la devolución, el pago de intereses corrientes causados durante el periodo que duró el proceso. De este modo, el rubro correspondiente a los intereses, el cual se vería disminuido si el proceso durara menos o si se lograra conciliar a tiempo, genera mayores costos para las administraciones municipales.

Temas	Promedio de años
Funcionarios públicos	7
Tributario	6
Bienes inmuebles	10

Tabla 16 - Fuente: Elaboración Propia.

4.1.4 Causas alegadas por los demandantes

En la tabla 17 se resumen las causas por las que se demandaron los actos administrativos expedidos por las ciudades capitales. Allí se observa que la causa más invocada por los demandantes a la hora de atacar un acto administrativo expedido por una ciudad capital es el quebrantamiento de la norma superior (374 fallos), seguida por el quebrantamiento del debido proceso (185), la falsa motivación (125) y la expedición irregular del acto administrativo (70).

De los resultados de la investigación se puede observar que muchas veces estas causas invocadas concurren en un mismo proceso. Lo anterior se debe a que están íntimamente relacionadas y se centran en la vulneración de una norma superior, ya sea legal o constitucional. Así, pues, cuando se emite un acto administrativo sin la debida motivación (tercera causa invocada) o se incumple con alguno de los requisitos formales para la expedición de este (cuarta causa invocada), se vulnera el debido proceso (segunda causa invocada). Así mismo, cuando se presenta cualquiera de esas tres causas invocadas, se quebranta una norma superior (primera y mayor causa invocada). Por lo anterior, es de suma importancia que las ciudades tengan mayor cuidado a la hora de expedir un acto administrativo, buscando a toda costa no vulnerar el debido proceso o una norma superior. De igual forma, las ciudades deben motivar adecuadamente cada acto y expedirlo de acuerdo con las reglas procedimentales. Lo anterior ya que, si las ciudades incumplen con alguna de estas actuaciones, serán susceptibles de ser demandadas por todas las causas analizadas, lo cual puede llevar a que la defensa jurídica encuentre más obstáculos.

Causas invocadas por el actor	Total
Quebrantamiento de norma superior	374
Quebrantamiento del debido proceso	185
Falsa motivación	125

Causas invocadas por el actor	Total
Expedición irregular	70
Desconocimiento del precedente jurisprudencial	46
Desviación de poder	38
Falta de motivación	38
Expedición sin competencia	25

Tabla 17 - Fuente: Elaboración Propia.

4.1.5 Tipo de demandantes

Los tipos de demandantes que interpusieron acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las ciudades capitales están descritos en la tabla 18. Allí se evidencia que el tipo de demandante que más interpone la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las ciudades capitales corresponde a personas naturales. Sin embargo, cabe recalcar que, a diferencia de las demás acciones, aquí el porcentaje de personas jurídicas privadas que interponen la acción es más alto. Estas últimas representan un 41% del total de personas que demandan a las ciudades capitales mediante la acción en cuestión.

Lo anterior se debe a que los actos administrativos expedidos por las ciudades capitales recaen y afectan de manera equitativa a personas jurídicas y personas naturales. Así, por ejemplo, en los procesos referentes a temas tributarios, como se verá más adelante, el tributo más demandado es el ICA, el cual recae en su mayoría sobre personas jurídicas, pues son principalmente estas quienes realizan actividades industriales, comerciales o de servicios dentro del territorio nacional.

Tipo de demandante	Total
Persona jurídica (privada)	218
Persona jurídica (pública)	22
Persona natural	290
Total general	530

Tabla 18 - Fuente: Elaboración Propia.

4.2 ANÁLISIS CUALITATIVO

4.2.1 Funcionarios públicos

El tema por el cual se invoca más la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es el de los funcionarios públicos. Esto es, todo aquello relacionado con el régimen laboral especial de las personas que trabajan para las entidades públicas que cumplen con los fines y objetivos de la administración. A continuación, se llevará a cabo un análisis sobre las principales controversias que se suscitan entre los funcionarios y las entidades territoriales a las que demandan, así como las recomendaciones de política pública que se pueden extraer del resultado de dichas controversias.

Según lo observado en las 248 sentencias estudiadas sobre este tema se encuentra que, en la mayoría de los casos, los funcionarios públicos demandaron al Estado debido a controversias sobre i) contrato realidad; ii) régimen aplicable a la jornada laboral de los servidores públicos; iii) los derechos de

carrera en procesos de reestructuración y liquidación de entidades públicas; y iv) la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a las que tienen derecho los servidores públicos. Al respecto, se evidenció que la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiende a fallar a favor de los demandantes en los dos primeros casos, y a favor de las ciudades capitales en los dos restantes. Los fallos desfavorables suelen deberse a errores de la administración que son anteriores a la demanda, y que no pueden subsanarse a través de una buena defensa, mientras que los fallos favorables dependen de cuestiones procesales o probatorias. De esta manera, analizaremos las razones por las cuales se suscitan este tipo de controversias con la administración y cuáles son algunas de las debilidades que muestran las entidades territoriales en sus estrategias de defensa jurídica.

i. Contrato realidad

La figura del contrato realidad responde al principio de la primacía de la realidad sobre las formas (Sentencia T-093 de 2010), que rige las relaciones laborales en nuestro ordenamiento jurídico. El contrato realidad es declarado por el juez competente cuando observa que están presentes todos los elementos que conforman una relación laboral, independientemente del estatus que las partes le hayan dado al contrato que dio origen a esta. Según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, dichos elementos son la actividad personal del trabajador, la subordinación y la remuneración.

En el contexto de la contratación pública, se observa en nuestra muestra de fallos que fueron varias las demandas encaminadas a que se declarara la existencia de un contrato realidad entre el funcionario y la entidad, para que se diera paso al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de pagar al trabajador. Así, los fallos desfavorables a las entidades territoriales demandadas solían resultar en condenas que representaron gastos altos para la administración. Además, en nuestra muestra se observó que la controversia principal en estos procesos casi siempre se enfocaba en desvirtuar o demostrar la existencia de una relación subordinada o de dependencia entre las partes, siendo este el elemento más difícil de probar en el proceso.

De los fallos estudiados se concluyó que para no incentivar la declaratoria de un contrato realidad, las administraciones de las ciudades capitales deben tener en cuenta las conclusiones de la jurisprudencia sobre los elementos que configuran una relación laboral, así como conocer cuáles son aquellas labores que, dada su naturaleza, necesariamente cuentan con alguno o cada uno de dichos elementos. Por ejemplo, en la sentencia del 23 de septiembre de 2016 (Consejo de Estado, 2016c), el Consejo de Estado declaró la existencia de un contrato realidad a favor de una docente vinculada por contrato de prestación de servicios a una entidad estatal. Al respecto, el Consejo de Estado explicó que dada la naturaleza de las actividades que prestan los educadores, siempre se configura la subordinación o dependencia en la realización de sus labores. En concreto, explicó el Consejo de Estado que los educadores:

...están sometidos permanentemente a las directrices emitidas por las autoridades educativas, que son el Ministerio de Educación y las Secretarías de Educación, así como a su inspección y vigilancia, y no gozan de autonomía, en cuanto a que si requieren una permuta, un traslado, un otorgamiento de permiso, etc. necesitan la autorización de las autoridades locales, que son las que administran la educación conforme el Estatuto Docente y la ley 60 de 1993, a través de su respectiva Secretaría de Educación.

En general, la administración de las ciudades capitales debe prestar especial atención a la manera en que se vinculan los trabajadores a las actividades del sector público en nuestro país. Tanto la jurisprudencia como la literatura sobre el tema han hecho hincapié en el deber que tiene la administración pública de observar la legislación laboral, tanto nacional como internacional, vigente al momento de vincular a sus trabajadores, con el fin de no violar derechos mínimos laborales inherentes a cualquier persona que desarrolle labores para el Estado.

ii. Régimen aplicable a la jornada laboral de los servidores públicos

Para la determinación de la jornada laboral de los servidores públicos es necesario observar los límites y parámetros legales que han sido dispuestos por los tratados internacionales suscritos por Colombia y demás normatividad laboral vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Se observó en el estudio de estas sentencias (Consejo de Estado, 2015; Consejo de Estado, 2015a; Consejo de Estado, 2019) que se presentaron una serie de demandas en contra de las entidades territoriales debido a la aplicación de una norma que regulaba la jornada laboral de los bomberos en menoscabo de sus derechos y garantías laborales, alegando una violación del mínimo de horas permitidas por la legislación nacional e internacional. Si bien las entidades territoriales tienen la potestad de expedir normatividad especial que regule las jornadas laborales de los servidores públicos, dichas directrices no pueden desconocer los derechos y garantías mínimas que la legislación general ha determinado a favor de los trabajadores. Así, una entidad estatal estaba liquidando de manera errónea a sus trabajadores, a raíz de una jornada laboral que excedía los mínimos constitucionales, con lo que desconocía una gran cantidad de horas extras y recargos a favor del cuerpo bomberil.

Ante esto, el Consejo de Estado falló a favor de los accionantes en todas las demandas que se presentaron sobre esta misma controversia y condenó a la entidad territorial al pago de las prestaciones y emolumentos dejados de percibir a favor del trabajador, con cifras indexadas. Así mismo, el Consejo de Estado determinó que el régimen aplicable a la jornada laboral de las personas que hacen parte del cuerpo bomberil es aquella establecida para los servidores públicos en general, esto es, el Decreto 1042 de 1978. Esta misma situación se presentó con respecto a las personas que trabajaban para la Dirección de la Cárcel Distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá D.C. Al respecto, el Consejo de Estado falló de la misma manera y determinó que el régimen aplicable seguía siendo el previsto en el Decreto 1042 de 1978 (Consejo de Estado, 2016; Consejo de Estado 2015).

iii. Los derechos de carrera en procesos de reestructuración o liquidación de entidades públicas

Según las sentencias analizadas sobre el tema, el Consejo de Estado ha sostenido que es legal que las entidades públicas supriman cargos aforados en los procesos de reestructuración que se llevan cabo al interior de estas. Al respecto, este alto tribunal ha explicado que las entidades públicas se encuentran facultadas para adecuar sus plantas de personal, con el fin de que el ejercicio de la función pública sea cada vez más eficiente, ágil y eficaz, llegando incluso a suprimir cargos pertenecientes a servidores que hacen parte de los sindicatos o de la carrera administrativa de la respectiva entidad (Consejo de Estado, 2016e). Según el Consejo de Estado, siempre y cuando se busquen los fines del Estado Social de Derecho y se garantice una mejor prestación de los servicios de la administración, los derechos sindicales y de carrera deben ceder ante el interés general y no pueden oponérsele a las entidades públicas que, de manera motivada, supriman cargos pertenecientes a trabajadores aforados (Consejo de Estado, 2008e).

No obstante, según el precedente del Consejo de Estado es indispensable un estudio técnico previo que justifique la necesidad e idoneidad de la modificación del personal, así como el respeto de los derechos que son inherentes a los trabajadores aforados en este tipo de procedimientos. Esto es, la entidad pública se encuentra en la obligación de notificar a tiempo sobre la decisión y señalar de manera expresa los derechos a la reincorporación o indemnización de los que gozan los trabajadores aforados cuyos cargos han sido suprimidos (Consejo de Estado, 2008e). Si no se satisfacen todos estos requisitos, procede la nulidad y restablecimiento del derecho a favor del trabajador que invoque la acción, dando lugar al reintegro, al pago de emolumentos y prestaciones dejados de recibir, y a la indemnización sobre la que se hizo referencia. En ese orden de ideas, si de las pruebas allegadas al

proceso se concluye que se cumplieron debidamente todos los requisitos, la entidad será absuelta por la respectiva Sala.

En cuanto al derecho de preferencia del que gozan los trabajadores que hacen parte de la carrera administrativa de una entidad territorial, el Consejo de Estado, en sentencia del 24 de julio del 2020, señaló que “la reducción de empleos en los procesos de supresión genera una imposibilidad material de revincular a todos los empleados amparados con fuero de estabilidad, por lo que no es un imperativo para la Administración incorporar preferencialmente a todos los empleados de la antigua planta” (Consejo de Estado, 2020). Así mismo, el alto tribunal señaló que el accionante que pretende el reintegro a su cargo se encuentra en el deber de probar que ostentaba un mejor derecho, respecto de los demás trabajadores cuyos cargos fueron suprimidos, para ser reintegrado a la entidad. Esto último porque, dada la naturaleza de los procedimientos de reestructuración organizacional, se torna imposible para la administración garantizar el reintegro de todos los empleados cuyos cargos hubiesen sido suprimidos.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observó que los casos donde las entidades públicas fueron condenadas reflejaban debilidades por parte de la administración. Esto es, notificaciones hechas sin debida forma o de manera tardía, estudios técnicos deficientes, indemnizaciones no pagadas y violaciones al derecho de preferencia, por ejemplo, al no reintegrar a un funcionario de carrera, pero sí a un trabajador vinculado por nombramiento y remoción.

iv. La sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a las que tienen derecho los servidores públicos

En sentencia del 22 de marzo del 2018, el Consejo de Estado explicó que “la **Ley 244 de 1995** en cuanto a las cesantías definitivas que habrán de reconocerse a los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado una vez terminen su relación laboral, señala no solo unos términos perentorios para su liquidación, reconocimiento y pago, sino también una **sanción por mora** en caso de que se pague de forma tardía dicha prestación.” (negrilla fuera de texto) (Consejo de Estado, 2018c). De este modo, si logra probarse que la entidad pública incumplió con esta obligación a favor del trabajador, en principio, prosperan las pretensiones del accionante que busca reclamar sus derechos laborales a través de la nulidad y el restablecimiento del derecho. No obstante, aunque la ley antes mencionada no prevé un término de prescripción para reclamar la sanción moratoria que consagra, en las sentencias analizadas sobre el tema se observó que el Consejo de Estado reiteró en varias ocasiones que, al tratarse de una sanción, de ninguna manera puede concebirse que ese derecho sea imprescriptible a favor del trabajador. Así las cosas, concluye el alto tribunal que “la sanción moratoria deberá solicitarse a la administración dentro de los tres años siguientes al momento en que se hace exigible la obligación, aun cuando el pago de las cesantías no se haya efectuado, so pena de verse afectada por el fenómeno de prescripción” (Consejo de Estado, 2018f).

De esta manera, y según lo estudiado en las sentencias analizadas, la excepción de prescripción del derecho a la sanción moratoria prosperó en todos los casos, pues los accionantes, al no observar un término de prescripción en la norma que regula esta materia, presentaron sus demandas fuera del tiempo oportuno.

4.2.2 Tributario

Como ya se observó, el tema respecto al cual se profieren el mayor número de fallos adversos en contra de las ciudades capitales es el tributario, que representa un 70% de fallos en contra. Por ello, a continuación, se hará un análisis a fondo sobre el mismo, procurando evidenciar las tendencias juris-

prudenciales que se presentan en el tema y las recomendaciones de política pública que se pueden extraer a partir de dichas tendencias.

Del estudio realizado se evidenció que los tributos más demandados son el impuesto de industria y comercio, el impuesto de alumbrado público y el impuesto predial unificado, cada uno con un porcentaje del 61%, 10% y 8%, respectivamente, sobre el total de sentencias en este tema. Es importante resaltar que el impuesto de industria y comercio abarca más de la mitad del porcentaje de los tributos demandados, lo que sugiere que las ciudades deben ser más cuidadosas a la hora de liquidar este tributo.

Tipo de tributo	Total	%
ICA	132	61%
Alumbrado público	22	10%
Impuesto predial unificado	17	8%
Impuesto de delineación urbana	14	6%
Otros	25	12%
Total general	215	100

Tabla 19 - Fuente: Elaboración Propia.

Así mismo, del estudio se advierte que el promedio de años que toma un proceso en el que se demanda un acto de carácter tributario, desde la interposición de la demanda hasta la fecha en que el Consejo profiere sentencia, es de 6 años. Adicionalmente, las causas por las que más se demandan estos tributos giran en torno a la discusión de la liquidación (51%), exigencia de devolución (15%), sujeción pasiva (8%) y territorialidad (7%).

Causa de la controversia	Total	%
Liquidación	109	51%
Devolución	33	15%
Sujeción pasiva	18	8%
Territorialidad	15	7%
Otros	12	6%
Sanción	11	5%
Procesos de cobro coactivo	9	4%
Tipo de actividad tributada	8	3%
Total general	215	100

Tabla 20 - Fuente: Elaboración Propia.

Otro hallazgo importante de nuestro estudio es que, a diferencia del resto de temas de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el porcentaje de demandantes privados, esto es, personas jurídicas, es mayor que el de personas naturales, tal como se evidencia en la tabla 21.

Tipo de demandante	Total	%
Persona jurídica (privada)	187	86,9%
Persona jurídica (pública)	20	9,3%
Persona natural	8	3,7%
Total general	215	100%

Tabla 21- Fuente: Elaboración Propia.

Cabe resaltar que en este tipo de temas la tasa de fracaso o éxito en cabeza de las ciudades capitales no se debe principalmente a la estrategia de defensa, sino que se ve determinada por la toma de políticas públicas antes de que las entidades territoriales sean demandadas. En ese sentido, se expondrán a continuación las principales debilidades en la toma de políticas públicas que se evidenciaron en el estudio realizado. Dichos temas son: (i) nulidad del acto en el que se basa la liquidación del impuesto; (ii) indebida notificación del acto (configuración del silencio positivo); (iii) sanción por inexactitud; (iv) territorialidad en el impuesto de industria y comercio, y (v) sujeción pasiva del impuesto de alumbrado público de empresas dedicadas a la exploración, explotación y transporte de recursos no renovables.

i. Nulidad del acto en el que se basa la liquidación del impuesto

Una de las principales debilidades en la toma de políticas públicas por parte de las ciudades capitales tiene origen en el desconocimiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a la nulidad del acto que sirve de base para la liquidación de un impuesto. Así, pues, en el estudio realizado se encontraron varios casos en los que las ciudades, cuando se les pedía corregir una declaración de impuesto debido a que el acto en el que se basaba dicha declaración había sido declarado nulo, se negaban a corregirla alegando que, para la fecha en que se había presentado la declaración, el acto se encontraba vigente.

Así pues, las ciudades parecían desconocer lo dicho por el Consejo de Estado, el cual ha establecido que las sentencias ejecutoriadas que declaren la nulidad de un acto administrativo tienen efectos inmediatos frente a situaciones jurídicas no consolidadas (Consejo de Estado, 2011c), entendiendo éstas como aquellas situaciones que se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o judiciales al momento de proferirse el fallo. Por lo tanto, para esta alta corporación, un acto administrativo que es declarado nulo tiene efectos inmediatos sobre situaciones que, por ser debatidas o susceptibles de debatirse ante la administración o jurisdicción, no se encuentran consolidadas.

Un claro ejemplo de este error cometido por las ciudades capitales se encuentra en la sentencia del 6 de marzo de 2014 (Consejo de Estado, 2014d). En esta se resuelve la legalidad de la resolución mediante la cual la ciudad capital rechazó la solicitud de corrección a la declaración del ICA presentada por la parte actora. Dicha solicitud consistía en la corrección de la declaración del ICA en el sentido de eliminar del cobro del impuesto el rubro correspondiente a la actividad educativa contemplada en el código 305-02 del artículo 2º del Acuerdo 57 de 1999, toda vez que, según la actora, dicho código había sido declarado nulo. Así, la accionante alegó los siguientes hechos: (i) que en el año 2005 la actora declaró el ICA en donde pagó el rubro correspondiente a la actividad educativa contemplada en el código 305-02 del artículo 2º del Acuerdo 57 de 1999; (ii) que por sentencia del 25 de septiembre de 2006, la Sección Cuarta del Consejo de Estado confirmó la nulidad del código 305-02 del artículo 2º del Acuerdo 57 de 1999, con base en el cual la demandante había determinado el impuesto de industria y comercio sobre la actividad educativa para el año 2004; (iii) que en la misma sentencia el Consejo de Estado precisó que los servicios educativos están exentos de este impuesto en el municipio; y (iv) que para la fecha en la que solicitó la corrección del impuesto, esto es, el 13 de marzo de 2007, no existía aún una situación jurídica consolidada frente a su declaración del ICA.

Cabe resaltar que la actora presentó la solicitud de corrección el 13 de marzo de 2007, dentro del plazo legal. Lo anterior, porque el 28 de abril de 2006 había corregido la declaración inicial, por lo cual tenía un (1) año contado a partir de esa fecha, esto es, hasta el 28 de abril de 2007, para presentar la solicitud. Así, no existía una situación jurídica consolidada frente a la declaración de ICA de la actora por el año gravable 2004, ya que para la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia que confirmó la nulidad del artículo 2 del Acuerdo 057 de 1999 (9 de octubre de 2006) dicha declaración no había cobrado firmeza y podía ser corregida; es decir, al momento del fallo era una situación susceptible de ser debatida ante las autoridades administrativas.

Pese a lo anterior, el municipio rechazó la solicitud de corrección argumentando que para la fecha en que se presentó la declaración privada estaba vigente el código 305-02 del artículo 2º del Acuerdo 57 de 1999 y que, por ende, la actora estaba obligada a liquidar el impuesto por el ejercicio de la actividad educativa.

Aquí la ciudad incurrió en un error estratégico, pues no tuvo en cuenta que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, las sentencias ejecutoriadas que declaren la nulidad de un acto administrativo tienen efectos inmediatos frente a situaciones jurídicas no consolidadas (Consejo de Estado, 2011c), tal como ocurrió en este caso puntual, en el que la declaración del ICA presentada por la actora aún no se encontraba consolidada.

ii. Indebida notificación del acto (configuración del silencio positivo)

La sentencia del 9 de julio de 2015 del Consejo de Estado (2015b) es un caso típico en el que las ciudades capitales tienen que asumir las consecuencias de una indebida notificación del acto administrativo.

En el caso mencionado, la parte actora, mediante un recurso de reconsideración interpuesto el 26 de septiembre de 2007, solicitó a la administración municipal la modificación de la declaración del impuesto que había presentado. El acto que resolvió dicho recurso fue notificado personalmente por la administración municipal el 2 de octubre de 2008, esto es, un año y seis días después de la interposición del recurso, lo que significa que fue notificado de manera extemporánea. De esta forma, la administración incumplió con el término de 1 año para resolver los recursos de reconsideración o reposición que se encuentran consagrados en el artículo 732 del Estatuto Tributario. Cabe destacar que, con respecto al término “resolver” dispuesto en el artículo 732, el Consejo de Estado (2015c) ha afirmado:

En efecto, en cuanto la expresión «resolver» contenida en este artículo, la jurisprudencia ha precisado que la decisión a la que se refiere la Ley, es la «notificada legalmente», vale decir, dentro de la oportunidad legal, ya que de otra manera no puede considerarse resuelto el recurso, como quiera que si el contribuyente no ha tenido conocimiento del acto administrativo, este no produce los efectos jurídicos correspondientes y, por tanto, no puede tenerse como fallado el recurso presentado.

En otras palabras, para el Consejo de Estado no puede considerarse que el recurso haya sido resuelto sino hasta el momento en el que se notifique de la decisión de este dentro del término legal.

Ahora bien, aunque el municipio intentó defenderse alegando que la actora tenía conocimiento de la decisión del recurso de reconsideración con el aviso de citación, es importante precisar, como lo hizo el Consejo de Estado (2015b) en esta sentencia, que:

El envío o introducción al correo del aviso de citación no constituye una notificación por correo del acto que decide el recurso, pues, por mandato legal, ese acto debe notificarse personalmente, o por edicto si no es posible la notificación personal. Es decir, **la Administración no puede dar por notificada la decisión de un recurso con el aviso de citación para la notificación personal.** El aviso constituye solo el medio que la ley creó para que el administrado se acerque a las oficinas de impuestos a notificarse personalmente de la decisión del recurso (Negrilla fuera de texto).

En ese sentido, no basta con que la administración realice la citación para notificación personal vía correo electrónico, sino que es necesario que efectivamente se configure esa notificación en las formas establecidas por la ley.

También es importante destacar el caso de la sentencia del 15 de agosto de 2018 en el que el municipio, teniendo en cuenta que se iban a vencer los términos para notificar el acto que resolvió el recurso de reconsideración, procedió a notificar por edicto sin esperar a que se cumpliera el término establecido por ley para notificar personalmente. Al respecto el Consejo de Estado (2018d) afirmó:

Para la Sala, es claro que una vez concedido el plazo de diez días al contribuyente para que compareciera a notificarse personalmente de la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, y antes de que este culminara, debía esperarse que se surtiera tal medio, antes de acudir a otro. Eso es así, porque dicho plazo, fijado por el Estatuto Tributario (art. 565) y reiterado por el artículo 13 del Decreto Municipal de Santiago de Cali 139 de 2012, opera en favor del contribuyente, y por lo tanto no puede ser limitado o suspendido por la administración con el fin de anticipar la notificación. Lo anterior supone, que el contribuyente puede negarse a recibir copia de la resolución, cuando aún no ha finalizado el término para que comparezca, y de otra parte, que el edicto fijado en vigencia de dicho plazo, no surte efecto alguno.

Finalmente, se debe precisar que según el Consejo de Estado (2015):

El término de un año para resolver el recurso de reconsideración es preclusivo, porque su incumplimiento conduce a que se configure el silencio positivo frente a la decisión del recurso. Y al ser preclusivo, se entiende que, a su vencimiento, la Administración pierde competencia para manifestar su voluntad”.

En suma, las administraciones municipales cometen reiteradamente yerros en la notificación de los actos, entre otras razones porque notifican fuera del término legal, consideran que el correo que cita a las personas a notificarse surte efectos de notificación o porque incumplen los términos establecidos para la notificación personal al utilizar otro medio para notificar. Lo anterior conlleva a que se configure una nulidad de los actos por falta de competencia temporal.

iii. Sanción por inexactitud

Otra razón por la cual las ciudades capitales son constantemente demandadas se configura cuando estas imponen a los contribuyentes sanciones por inexactitud en la declaración del tributo sin que haya lugar a dicha sanción. Un claro ejemplo es la sentencia del 3 de julio de 2008 (Consejo de Estado, 2008b) en la que se demanda el acto por el cual la administración municipal, argumentando que la actora “omitió información” en la declaración del impuesto de industria y comercio, le impuso una sanción por inexactitud. Para el Consejo de Estado no había lugar a tal sanción puesto que se presentó una diferencia de criterios a la hora de interpretar la forma en que debía declararse el impuesto. Sobre la diferencia de criterios, el Consejo de Estado (2016d) ha dicho que:

La jurisprudencia ha sostenido que no es admisible una responsabilidad tributaria objetiva. Es decir, que no será válido que la autoridad tributaria, en ejercicio de la potestad sancionadora, imponga una sanción al contribuyente solo por la constatación del resultado censurable previsto en la norma que regula la infracción. Una comprensión adecuada de la aplicación del principio de culpabilidad lleva a considerar que **si el contribuyente ha cumplido sus obligaciones tributarias con fundamento en hechos completos y cifras veraces, basado en una interpretación que, bajo ciertas condiciones, se califica como razonable, no parece justo y acorde con el ordenamiento jurídico que se le impongan sanciones por el simple hecho de existir controversias o discrepancias en la aplicación de la ley** (Negrilla fuera de texto).

Así, pues, las ciudades capitales deben tener más cuidado a la hora de fijar una sanción por inexactitud toda vez que esta no es procedente cuando lo que se configura es una diferencia de criterios para interpretar y aplicar la norma entre la administración municipal y el contribuyente.

iv. Territorialidad en el impuesto de industria y comercio

A partir del análisis de nuestra base de datos se evidenció que en reiteradas ocasiones las ciudades capitales eran demandadas por haber liquidado el impuesto de industria y comercio sin que tuvieran la competencia territorial para hacerlo. Tal es el caso de la sentencia del 22 de marzo de 2013 (Consejo de Estado, 2013b) en la que el actor demanda un acto mediante el cual la ciudad capital le cobra un rubro por la actividad industrial que realiza en otro Municipio. Para la ciudad capital, el actor debe tributar en su jurisdicción debido a que es allí donde la empresa comercializa sus productos, aunque estos se fabriquen por la misma empresa en otra jurisdicción. Así, los actos acusados pretenden que el mismo gravamen que se pagó en la localidad de la sede de la planta industrial, se pague en la ciudad capital. Esto configura para el Consejo de Estado una doble imposición sobre la misma base gravable y por el mismo sujeto pasivo (Consejo de Estado, 2013b).

Al respecto aduce el Consejo de Estado que, según el artículo 77 de la Ley 49 de 1990:

i) la comercialización que el productor realiza de los bienes que fabrica es una actividad industrial, ii) **el impuesto de industria y comercio por la actividad industrial corresponde al municipio donde esté ubicada la sede fabril** y, iii) **la base gravable por la actividad industrial está conformada por los ingresos provenientes de la comercialización de los productos** (Negrilla fuera de texto).

En ese sentido, para el Consejo de Estado no es procedente que el municipio en donde se comercializa un producto que fue producido en otra jurisdicción, pretenda gravar el impuesto de industria y comercio solo por dicha comercialización. Lo anterior en la medida en que la base gravable por la actividad industrial, la cual incluye todo lo atinente a la comercialización de los productos creados, debe tributarse en el municipio donde está ubicada la sede fabril.

De esta forma, los municipios deben ser cuidadosos a la hora de gravar la comercialización de un producto cuando este ha sido creado por la misma empresa que lo comercializa en otra jurisdicción. En tales casos, no es válido que la entidad territorial liquide lo correspondiente al impuesto de industria y comercio debido al factor territorial.

v. Sujeción pasiva del impuesto de alumbrado público de empresas dedicadas a la exploración, explotación y transporte de recursos no renovables

A partir de un análisis de nuestra base de datos podemos concluir que una causa recurrente contra las ciudades capitales se presenta cuando estas son demandas por cobrar el impuesto de alumbrado público a empresas dedicadas a la exploración, explotación y transporte de recursos no renovables que no tienen un establecimiento fijo en su jurisdicción.

Un caso que ejemplifica esta situación es la sentencia del 14 de junio de 2018 en la cual la parte actora, una empresa dedicada a la exploración, explotación y transporte de recursos no renovables, solicita la nulidad del acto administrativo por el cual la ciudad capital le ordenó el pago del impuesto de alumbrado público. El Consejo de Estado acoge las pretensiones de la demandante, pues encuentra probado que esta no posee un establecimiento físico en la ciudad capital demandada. Al respecto afirma el alto tribunal:

La sujeción de las empresas dedicadas a la exploración, explotación y transporte de recursos no renovables al impuesto de alumbrado público está condicionada a las siguientes premisas: Que sean usuarios potenciales del servicio, en tanto hagan parte de la colectividad que reside en el municipio que administra el tributo. Es decir, que tengan, por lo menos, un establecimiento físico en esa jurisdicción municipal. (Consejo de Estado, 2018d)

De acuerdo con lo anterior, las ciudades capitales deben tener en cuenta lo dispuesto por la jurisprudencia frente a la sujeción pasiva del impuesto de alumbrado público de empresas dedicadas a la exploración, explotación y transporte de recursos no renovables. En consecuencia, las entidades territoriales no pueden liquidar dicho impuesto a aquellas empresas que no sean usuarias potenciales del servicio, esto es, que no tengan un establecimiento físico fijo en su jurisdicción.

4.2.3 Bienes inmuebles

Frente al tema de bienes inmuebles se observa que, al igual que en los temas tributarios y de funcionarios públicos, el éxito o fracaso de las defensas jurídicas de las ciudades capitales se ve influenciado o determinado por políticas públicas previas. Así, algunos de los errores recurrentes que cometen las administraciones de las entidades territoriales en este tema tienen que ver con: (i) expropiación administrativa de bienes de uso público; (ii) indebida notificación del acto administrativo; (iii) vulneración de los derechos del poseedor e (iv) indebida valorización de predios. A continuación, se discutirán cada una de estas debilidades en la toma de políticas públicas que incentivan el litigio.

i. Expropiación administrativa de bienes de uso público

Esta primera causal de litigio la encontramos, por ejemplo, en la sentencia del 12 de junio de 2014 fallada por el Consejo de Estado (2014e). Allí se discute la legalidad de una resolución a través de la cual la administración municipal declaró la expropiación por vía administrativa de los inmuebles de Ferrocarriles Nacionales sin contemplar indemnización alguna. En este caso el Consejo de Estado declara la nulidad de la resolución dado que los bienes inmuebles que conforman el corredor férreo, sus zonas anexas, contiguas o de seguridad, se clasifican como bienes de uso público mientras se hallen vinculados al servicio público del transporte ferroviario y, por ende, resultan ser inembargables, inajenables e imprescriptibles. Así pues, la resolución quebrantó el ordenamiento jurídico al desconocer la naturaleza del bien de uso público de los mismos.

De ahí que, como recomendación de política pública, se advierte que a la hora de expropiar las ciudades capitales deben tener en cuenta qué tipo de bienes son sujetos de expropiación y en qué condiciones.

ii. Indebida notificación del acto administrativo

Otro fallo recurrente en el servicio por el que las ciudades capitales son constantemente demandadas surge con la indebida notificación del acto administrativo, ya sea porque se omitió la notificación o porque se notificó por fuera de los términos legales.

El primero de los casos (omisión de la notificación) lo encontramos en la sentencia del 29 de mayo de 2008 (Consejo de Estado, 2008c). Allí la parte actora solicita que se declare la nulidad de la resolución en la que le impusieron multa de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes y le ordenaron reedificar el inmueble que había demolido. La sociedad actora alega que se le violó el derecho al debido proceso, en la medida en que no se le notificó el acto administrativo que clasificaba el inmueble demolido como de conservación y por lo tanto este no le era oponible. Frente a esto, el Consejo de Estado decide acoger las pretensiones de la demandante toda vez que la licencia de demolición no había perdido fuerza ejecutoria en la medida en que el decreto que declaró el bien como de conservación patrimonial nunca fue notificado a los dueños, y por lo tanto la demolición

se hizo de acuerdo con la Ley. En esta medida, los actos sancionatorios no tenían un sustento legal y por lo tanto debían ser declarados nulos.

El segundo tipo casos (notificación fuera de los términos legales) se observa en la sentencia del 6 de febrero de 2014 (Consejo de Estado, 2014f). En esta el actor solicita la nulidad de las resoluciones que niegan el auto avalúo que realiza la sociedad sobre sus bienes argumentando que la notificación de estas se dio de forma extemporánea. Frente a ello, el Consejo de Estado considera probada la ocurrencia de un silencio administrativo y por lo tanto declara la nulidad de las resoluciones y el restablecimiento de los derechos.

De lo anterior se evidencia que las ciudades capitales deben ser más diligentes a la hora de notificar todos los actos administrativos particulares y generales con efectos frente a un particular; de lo contrario, dichos actos son inoponibles y llevan a que la administración pierda el proceso aún con una buena defensa judicial.

iii. Vulneración de los derechos del poseedor

En sentencia del 27 de agosto de 2008, el Consejo de Estado (2008d) decidió sobre una acción de nulidad y restablecimiento del derecho de una persona cuyos derechos como poseedor de un bien inmueble se vieron vulnerados por una errónea actuación de la administración. En concreto, el alcalde de la ciudad capital, a pesar de haber reconocido la posesión por parte del accionante en un negocio jurídico anterior, celebró un contrato de compraventa que recaía sobre la propiedad del bien inmueble en cuestión, y posteriormente ordenó la restitución de este por parte del demandante al atribuirle la calidad de “bien de uso público”.

En la sentencia se explica que la resolución que ordenó la restitución del inmueble por considerarlo de uso público se encontraba viciada por desviación de poder y falsa motivación, en tanto el alcalde ya había reconocido plenamente la posesión que estaba ejerciendo el demandante y aun así desconoció los derechos de este ordenándole su restitución e interrumpiendo su tiempo de posesión. En concreto señala el alto tribunal lo siguiente:

El Distrito Capital disponía de los medios provistos por el ordenamiento jurídico para hacerse a la posesión del bien fiscal: la acción reivindicatoria o de dominio (art. 946 CC) [13] y la expropiación, en este caso, de las mejoras o construcciones levantadas en el inmueble (art. 9° Ley 9ª /1989). Al momento de comprar el inmueble, el Alcalde Local sabía cierto que no recibía la posesión y que forzosamente debía acudir a alguno de los expresados cauces legales para lograr la entrega; sin embargo, optó por calificar el inmueble como bien de uso público, sin que realmente lo fuera, para fundamentar la iniciación de la querrela. El reconocimiento de la posesión en la escritura pública y la inmediatez con que se inició la querrela demuestran que el acto acusado se dictó para lograr una finalidad proscrita por el orden jurídico, que fue la de obviar los procedimientos legales y, de paso, desconocer los derechos del poseedor. (Consejo de Estado, 2008d).

Debe recordarse que la posesión, tanto regular como irregular, se encuentra protegida por nuestro ordenamiento jurídico y es independiente de cualquier otro negocio que se celebre de manera paralela por terceros y que recaiga sobre el mismo bien que es objeto de la posesión. Así, este alto tribunal condenó al municipio al pago de la indemnización a favor del demandante.

iv. Indebida valorización de predios

Si una persona considera que la administración pública ha vulnerado sus derechos a través de una diligencia de expropiación, procede la nulidad y restablecimiento del derecho, siempre y cuando se

pruebe que el avalúo catastral que dio sustento al acto administrativo en cuestión no cumplió con los parámetros establecidos en el Decreto 1420 de 1998 para determinar el valor comercial de un inmueble. Puesto que estos actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, es deber del accionante probar que se encontraban viciados y que existe un nexo de causalidad entre el daño sufrido y el trámite de expropiación. No basta con que el demandante afirme que no se cumplieron dichos requisitos, sino que debe probar de manera suficiente, a través de un estudio pericial, que existen deficiencias graves en el avalúo comercial y los estudios técnicos que se realizaron para sustentarlo (Consejo de Estado, 2014f).

Una de las conclusiones que arroja nuestro estudio es que, en la mayoría de los casos, el Consejo de Estado absolvió a los municipios en tanto los accionantes no pudieron demostrar que los actos administrativos habían sido expedidos con falta de motivación o sin ajustarse a la ley, ni que los avalúos realizados contenían errores graves que viciaban las decisiones de la administración.

4.3 RECOMENDACIONES

4.3.1 Recomendaciones de política pública

Como se observó en el presente capítulo, las recomendaciones dirigidas a las ciudades capitales, más que de defensa jurídica, son de política pública, toda vez que las ciudades capitales presentan debilidades en la toma de decisiones que incentivan el litigio y afectan la calidad de la defensa jurídica. Por ello, a continuación, se presentará un resumen de las principales recomendaciones que se extraen del presente capítulo.

Recomendaciones de política pública

- Evitar la ejecución de contratos realidad.
- Pactar una jornada laboral en la que se cumpla el mínimo de horas permitidas por la legislación nacional e internacional.
- No suprimir cargos pertenecientes a trabajadores aforados sin haber realizado un estudio técnico previo que justifique la modificación del personal y sin haber señalado de manera expresa los derechos a la reincorporación o indemnización de los que gozan los trabajadores aforados cuyos cargos han sido suprimidos.
- Pagar a tiempo las cesantías a las que tienen derecho los servidores públicos.
- Tener en cuenta que, de acuerdo con el Consejo de Estado, las sentencias ejecutoriadas que declaren la nulidad de un acto administrativo tienen efectos inmediatos frente a situaciones jurídicas no consolidadas.
- Analizar si en temas tributarios procede efectivamente una sanción por inexactitud o si, por el contrario, se trata de una diferencia de criterios entre la administración municipal y el contribuyente a la hora de interpretar y aplicar la norma.
- Ser cuidadosos a la hora de gravar la comercialización de un producto cuando este ha sido fabricado por la misma empresa que lo comercializa en otra jurisdicción; en ese caso, la entidad territorial no podrá liquidar lo correspondiente al impuesto de industria y comercio.

Recomendaciones de política pública

- No liquidar el impuesto de alumbrado público a aquellas empresas que no tengan un establecimiento físico en la jurisdicción del municipio.
- Tener en cuenta a la hora de expropiar qué tipo de bienes son sujetos de expropiación y en qué condiciones.
- Notificar adecuadamente y dentro del término legal las decisiones tomadas por la administración.

Tabla 22 - Fuente: Elaboración Propia.

4.3.2 Recomendaciones de defensa jurídica

Si bien el presente capítulo tuvo como objetivo principal analizar las debilidades más recurrentes en la toma de política pública que incentivan el litigio contra las ciudades capitales, en el estudio realizado también se evidencian algunas fallas en la defensa jurídica de las ciudades que son susceptibles de ser corregidas. Es así como, a continuación, se presentará un resumen de las recomendaciones que las ciudades pueden aplicar a la hora de enfrentarse a un posible litigio por nulidad y restablecimiento del derecho.

Recomendaciones de litigio

- Aportar las pruebas pertinentes y encaminadas a demostrar que la administración llevó a cabo procedimientos, como la reestructuración organizacional o una notificación, en debida forma.
- Desvirtuar el elemento de la subordinación cuando se trate de demandas por contrato realidad.
- Invocar la excepción de “prescripción del derecho” cuando se trate de demandas que pretendan el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a las que tienen derecho los servidores públicos.

Tabla 23 - Fuente: Elaboración Propia.

5. ACCIÓN DE TUTELA

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1991, la Asamblea Nacional Constituyente buscó implementar una herramienta judicial con un alcance mayor que el del recurso de amparo existente a la fecha en el ordenamiento jurídico colombiano. Surgió entonces la acción de tutela como una acción eficaz para la defensa de los derechos fundamentales que no substituía las herramientas ordinarias del derecho. Así, la tutela se concibió por el artículo 86 de la Constitución Política de la siguiente manera:

Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Por otra parte, la Corte Constitucional (2008) también ha definido la tutela en los siguientes términos:

La acción de tutela se define como un mecanismo de defensa judicial al cual puede acudir toda persona para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad o de los particulares en los casos que señale la ley. La acción de tutela tiene un carácter subsidiario y residual, en tanto ella sólo procede en el evento en el que afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo éste, sea presentada como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

La acción de tutela tiene cinco características principales, las cuales, a su vez, deben ser satisfechas para que sea admitida por un juez constitucional. Dichas características son las siguientes:

a. Subsidiaria: en la acción de tutela es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Con base en lo anterior, si un juez constitucional concluye que es necesario agotar un medio judicial distinto a la tutela, esta se declarará improcedente. Sin embargo, si existe la amenaza de un perjuicio irremediable, y aun cuando el accionante no haya agotado los medios judiciales pertinentes, el juez deberá tutelar el derecho que se está afectando con el fin de evitar la concreción de la vulneración, tal como lo enuncia el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991:

Artículo 8o. LA TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)

b. Específica: es específica debido a que la acción de tutela se dirige a la protección de derechos fundamentales de aplicación inmediata, conforme a lo establecido en el artículo 85 de la Constitución Política.

Es importante resaltar que más allá de la enunciación expresa del artículo 85 de la Constitución Política, la acción de tutela es procedente para otro tipo de derechos de acuerdo con lo establecido en el artículo 94 de dicha normativa:

Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos (...)

En ese orden de ideas, a partir de los artículos mencionados se tiene como susceptibles de amparo mediante la acción de tutela los siguientes derechos:

- 1 | Derechos de aplicación inmediata enumerados en el artículo 85 de la Constitución.
- 2 | Derechos subjetivos contenidos en el capítulo 1 del título II de la carta, siempre y cuando su estructura y contenido permitan la aplicación de su inmediatez judicial (se exceptúa el derecho a la paz, como ya se dijo) o su contenido haya sido desarrollado de forma independiente a través de una ley destinada a ello (derecho de asilo, por ejemplo).
- 3 | Derechos fundamentales por expreso mandato constitucional (es el caso de los derechos fundamentales de los niños).
- 4 | Derechos que integran el bloque de constitucionalidad (*strictu sensu*).
- 5 | Derechos innominados.
- 6 | Derechos fundamentales por conexidad... (Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2009, pp. 9-10)

c. Inmediata: esta característica hace referencia al concepto de plazo razonable para la presentación de la acción y se debe analizar en relación con las circunstancias de cada caso concreto. Dicha razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, es decir, con la necesidad de proteger de manera urgente e inmediata un derecho constitucional fundamental (Sentencia T-246, 2015).

d. Preferente y Sumaria: si bien no es una característica determinante para la admisión de la acción de tutela, significa que el juez debe darle prelación respecto a cualquier otro asunto de su competencia y dentro de términos improrrogables. Esta acción también es sumaria, ya que su procedimiento exige la mayor brevedad posible para su resolución (Carrera Silva, 2011, p. 89).

A partir de las características anteriormente explicadas, la acción de tutela puede definirse como un mecanismo de protección expedito de carácter subsidiario, porque sólo procede si no existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo. Inmediato, pues su propósito es otorgar sin demoras la protección que se demanda. Específico, porque tiene un carácter especial de protección de los derechos fundamentales. Y, por último, es eficaz porque le exige al juez un pronunciamiento de fondo de manera preferente y sumaria.

5.1 ANÁLISIS CUANTITATIVO

5.1.1 Selección de Sentencias

En los procesos de tutela en los que figura como demandada una ciudad capital, se revisaron 340 sentencias proferidas por la Corte Constitucional en el periodo comprendido entre 2008 y 2019. De este universo de tutelas se decidió analizar una muestra representativa de 102 fallos, las cuales se escogieron con base en dos factores. En primer lugar, se determinó cuáles temas eran los más recurrentes en las tutelas; en segundo lugar, se estableció el porcentaje de fallos adversos contra las ciudades capitales en cada uno de estos temas.

5.1.2 Temas más recurrentes y con mayor porcentaje de fallos adversos

En la tabla 24 se resumen los temas por los que más se acude a la acción de tutela contra las ciudades capitales. En primer lugar, se observa que el tema con mayor número de sentencias es el referente al espacio público. Así mismo, este es el que cuenta con un mayor porcentaje de sentencias adversas para las ciudades capitales.

Es de resaltar, a su vez, que en el tema referente al espacio público la problemática que más tutelas genera es la garantía del derecho al trabajo. En concreto, para las ciudades capitales el tema que más genera litigiosidad en las acciones de tutela es el relacionado con el conflicto de derechos entre la garantía del goce de espacio público de los ciudadanos y la necesidad de proteger el derecho al trabajo de los vendedores ambulantes.

En el mismo sentido, es importante decir que, con relación a otro tipo de acciones descritas en este libro, la de tutela presenta la tasa más alta de fallos adversos. Esto podría encontrar explicación en la naturaleza garantista de esta acción, gracias a la cual los jueces constitucionales tienden a sobrepasar la garantía de los derechos fundamentales de los individuos por encima de los intereses de las entidades territoriales.

A pesar de lo anterior, el tema con menor porcentaje de fallos adversos es el de los subsidios a población vulnerable. Si bien se trata de un porcentaje comparativamente alto de fallos adversos (58%), se evidencia en este punto una mayor efectividad de las defensas de las ciudades capitales con respecto a los temas de trabajo y espacio público.

Temas	Total de sentencias	% de fallos adversos
Trabajo	26	65%
Espacio público	31	67%
Subsidio población vulnerable	26	58%
Afectación de propiedad privada	19	62.5%
Total general	102	

Tabla 24 - Fuente: Elaboración Propia.

5.1.3 Promedio de años que dura un proceso de tutela

Por las características de eficacia y preferencia propias de la tutela, esta acción presenta tiempos de duración mucho menores si se compara con otro tipo de acciones públicas. Así, el promedio de años que tarda en ser resuelta una tutela contra una ciudad capital no varía dependiendo del tema tratado. Como se observa en la Tabla 25, este fue en promedio de un año en todos los casos, desde la presentación de la tutela hasta la decisión por parte de la Corte Constitucional. A pesar de la homogeneidad de los tiempos, es notable resaltar que los términos dispuestos para la resolución en cada instancia se tienden a respetar.

Temas	Promedio de años
Trabajo	1
Subsidio población vulnerable	1
Espacio público	1
Afectación de propiedad privada	1

Tabla 25 - Fuente: Elaboración Propia.

5.1.4 Excepciones propuestas por las ciudades capitales

Dentro de las excepciones que presentan las defensas de las ciudades capitales, las más comunes, como muestra la tabla 26, son las que atacan el fondo de la controversia. De manera específica, las ciudades buscan demostrar la inexistencia de la vulneración o afectación de derechos fundamentales. De igual manera, las ciudades capitales acuden a la excepción de falta de legitimación por pasiva y a la falta de material probatorio para reconocer la vulneración a un derecho fundamental, pero, al mismo tiempo, alegan no ser responsables de esa vulneración.

En el segundo grupo se ubican las defensas de índole procesal. Son invocadas principalmente por las ciudades capitales las referentes a la improcedencia de la acción de tutela, la indebida elección de la acción y la cosa juzgada. Estas defensas, a diferencia del primer grupo, buscan eximir a las ciudades capitales de las condenas a partir de las características específicas de la acción de tutela. Así, las ciudades capitales buscan demostrar que los accionantes no cumplen con los requisitos de inmediatez, especificidad o subsidiariedad y que, por ello, no se deben amparar los derechos que solicita el accionante.

Tipo de excepción	Número de veces invocada
Inexistencia de la vulneración/amenaza de derechos fundamentales	58
Falta de legitimación en la causa por pasiva	13
Falta de material probatorio	7
Improcedencia de la acción tutela	6
Indebida elección de la acción	12
Hecho de un tercero	3
Cosa juzgada	3

Tabla 26 - Fuente: Elaboración Propia.

5.1.5 Tipo de demandantes

Como se puede observar en la tabla 27, la gran mayoría de los demandantes son personas naturales (más del 95%). Esto concuerda con la naturaleza de la acción de tutela, pues, al tratarse de derechos fundamentales, es de esperar que los mayores afectados sean personas naturales y no jurídicas.

Tipo de demandante	Total
Persona jurídica (privada)	5
Persona jurídica (pública)	1
Persona natural	97
Total general	102

Tabla 27 - Fuente: Elaboración Propia.

5.2 ANÁLISIS CUALITATIVO

En la acción de tutela encontramos como forma principal de defensa de las ciudades capitales la inexistencia de vulneración a los derechos fundamentales y la falta de legitimación por pasiva (en el sentido de que las ciudades demandadas reconocen la vulneración, pero no aceptan su responsabilidad en dicha vulneración). Así mismo, en una menor proporción, las ciudades capitales también acuden a excepciones procesales como la indebida elección de la acción, así como a la falta de procedencia por el no cumplimiento de los requisitos de la acción de tutela.

Antes de entrar en la descripción de los tipos de defensas judiciales de las ciudades, es importante resaltar que, por la alta carga garantista de la acción de tutela, las defensas de las ciudades capitales usualmente no son acogidas por los jueces. Aun cuando las ciudades capitales aplican buenas defensas jurídicas, las decisiones de la Corte Constitucional tienden a concluir en la protección de los derechos del accionante.

En los siguientes apartados se describirán las principales formas de defensa utilizadas por las ciudades capitales, cómo son recibidas por la Corte Constitucional y, principalmente, cómo la Corte otorga prevalencia a la garantía y protección de los derechos fundamentales del accionante por encima de los argumentos de los defensores de las ciudades.

5.2.1 Defensas a partir de la responsabilidad sustancial de la vulneración

5.2.1.1 Inexistencia de la vulneración/amenaza derecho fundamental

En relación con la forma de defensa más usual dentro de los procesos de tutela cabe resaltar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la protección a los derechos fundamentales es el eje central para que se decida tutelar al accionante (Sentencia T-095, 2016).

Con base en dicho eje, para que un demandado pueda alegar la inexistencia de vulneraciones a derechos fundamentales resulta primordial una plena identificación de qué se considera como derecho fundamental. De manera específica, la Corte Constitucional ha señalado sobre este punto que los derechos fundamentales son aquellos que se relacionan con la realización de la dignidad humana y pueden concretarse en derechos subjetivos (Sentencia T-428, 2012). Con base en esta caracterización, un primer grupo de defensas se centran en controvertir ese eje central y en atacar la existencia de la

vulneración de un derecho fundamental. Dicha defensa puede resultar exitosa si logra demostrar que los derechos fundamentales del actor no se encuentran tan siquiera amenazados de ser vulnerados.

Tal es el caso, por ejemplo, de la Sentencia T-775 de 2009. En dicho caso el actor estimó vulnerados sus derechos al mínimo vital y al trabajo (entre otros) por la decisión de una ciudad capital de negarle la renovación del carné que lo autorizaba a ejercer el oficio de vendedor ambulante en un sitio específico de la ciudad. La defensa de la ciudad capital logró demostrar que ni siquiera existía una amenaza de vulneración a los derechos fundamentales por cuanto el actor percibía una pensión de invalidez cuyo monto era superior a un (1) salario mínimo legal mensual. La Corte Constitucional acogió la teoría propuesta por la defensa de la ciudad capital y en su decisión la eximió de toda responsabilidad.

Ahora bien, es importante poner de presente que, al ser la tutela una acción altamente garantista y con una marcada tendencia a proteger los derechos fundamentales de los actores, resulta poco eficiente como estrategia de defensa justificar las actuaciones de los entes territoriales y no desvirtuar la vulneración a los derechos fundamentales. De manera específica, aun cuando las administraciones municipales actúan con legalidad o con fines constitucionales, esto no resulta suficiente como argumento ante el juez de tutela si efectivamente existió la vulneración a derechos fundamentales o existe una amenaza a estos.

Lo anterior se puede ilustrar con la Sentencia T-895 de 2010, en la cual el accionante alegó como vulnerados el derecho al debido proceso en razón a una Resolución de la administración del ente territorial con la que se ordenaba la restitución del espacio público, lo que conllevó al desalojo de la tienda que servía como sustento para el accionante. En dicho caso, la Corte Constitucional determinó que a pesar de la actuación legítima de la autoridad municipal (ejecutó disposiciones jurídicas que le exigían la liberación del espacio público), debió ofrecer alternativas al actor con el fin de evitar que empeoraran sus condiciones de vida. A pesar de la finalidad legítima que perseguía la actuación de la administración, la Corte condenó a la ciudad capital por cuanto el Estado debe buscar que la preservación del interés común no se transforme en una carga indebida y desproporcionada que vulnere derechos fundamentales (Sentencia T-895, 2010).

Otro caso de similares características en el cual se alega que las actuaciones de la administración tenían fines legítimos y no se desvirtuó la vulneración a un derecho fundamental, es el de la Sentencia T-458 de 2011. En dicho caso, varios lavadores de carros solicitaron el amparo del derecho al trabajo que consideraban vulnerado por la orden que emitió la alcaldía de suspender sus actividades por estar contaminando uno de los ríos de la ciudad. La alcaldía de la ciudad capital manifestó que las medidas tenían un carácter preventivo de cuidado ambiental y específicamente de la protección al recurso hídrico. Sin embargo, la Corte Constitucional consideró que, si bien la administración estaba actuando de acuerdo con los fines constitucionales que impone el artículo 79 de la Constitución Política, su actuación vulneraba el mínimo vital de los accionantes (Sentencia T-458, 2011).

En la misma línea, una sentencia en la que se muestra lo garantista que puede llegar a ser la acción de tutela es la T-904 de 2012. En ese caso, el actor consideró que la entidad territorial vulneró los derechos fundamentales al trabajo al impedirle continuar ejerciendo su labor de lavado de carros en la calle. La alcaldía se defendió alegando que la zona de la calle sobre la cual el accionante ejercía su actividad es una zona prohibida para parquear carros, lo cual hacía que su actividad fuera contraria a las normas establecidas en el Código de Tránsito y Transporte.

A pesar de las irregularidades en la actividad y del conocimiento del accionante sobre lo improcedente de su labor, la Corte Constitucional consideró que el trabajador informal se encontraba en un estado de vulnerabilidad debido a su precaria situación laboral y económica. En ese orden de ideas, merecía por parte de la administración un tratamiento especial con miras a proteger su derecho al trabajo y a la libre escogencia de oficio, independientemente de si estaba o no amparado por el principio de confianza legítima¹. En definitiva, a pesar de ser una actividad ilegal la desarrollada por

¹ No es posible acudir en ese caso al principio de confianza legítima para proteger el derecho al trabajo del accionante. Esto se debe a que los comerciantes informales pueden invocar el principio aludido si demuestran que las actuaciones u omisiones de la administración anteriores a la orden de desocupar les permitían concluir que su conducta era jurídicamente aceptada.

el actor, la Corte les dio prevalencia a las garantías constitucionales y protegió el derecho al trabajo del tutelante (Sentencia T-904, 2012).

En conclusión, aun cuando las actuaciones de las ciudades capitales se orienten a finalidades legítimas y jurídicamente válidas, para evitar ser condenas por una acción de tutela usualmente deben demostrar que el derecho fundamental no fue vulnerado y que ni siquiera se encuentra en amenaza.

5.2.1.2 Legitimación en la causa por pasiva

Antes de entrar a describir este tipo de defensa, es relevante hacer la delimitación conceptual de la legitimación en la acción de tutela. En primer lugar, a partir del artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, se aclara que:

Artículo 10: La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier 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.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

En segundo lugar, la legitimación en la causa por pasiva (contra quien va dirigida la acción de tutela), la define el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 cuando establece que se dirigirá contra la autoridad o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. De manera específica, la Corte Constitucional señaló en la sentencia T-416 de 1997 lo siguiente:

La legitimación pasiva se consagra como la facultad que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material.

Así, las ciudades capitales buscan reconocer la existencia de la vulneración, pero al mismo tiempo pretenden (i) acreditar su causación a una entidad ajena a la ciudad capital, o (ii) demostrar que quien tiene la posibilidad de garantizar ese derecho fundamental es también un ente ajeno a la ciudad capital. En definitiva, las defensas de las ciudades pretenden demostrar que la autoridad no fue quien violó el derecho fundamental o que tampoco está en la posición de impedir esa amenaza de vulneración.

En la primera de las formas señaladas, se pone como ejemplo la Sentencia T-566 de 2013. En dicho caso, el inmueble del accionante fue demolido por estar ubicado en zona de riesgo. El accionante consideró vulnerado su derecho a una vivienda digna porque no se le reubicó su vivienda y se le suspendió el subsidio de arrendamiento temporal. La entidad territorial demandada estimó que no podía endilgársele responsabilidad alguna en tanto era ajena a los procedimientos aplicables pues eran de competencia de un instituto y de una corporación que no tenían relación con la ciudad capital. La Corte Constitucional no acogió el argumento de la entidad territorial y aseveró que, si bien las autoridades municipales no eran responsables directos de la vulneración, sí tenían la obligación de brindar alternativas como el subsidio y la reubicación al accionante para que se le garantizara su derecho fundamental a la vivienda digna.

La segunda forma de defensa se puede encontrar, por ejemplo, en la Sentencia T-709 de 2017. Allí, la actora consideró que se le estaba vulnerando su derecho fundamental a la vivienda digna por la no restitución de dineros del subsidio de vivienda familiar. La defensa de la entidad territorial se enfocó

en demostrar que es una sociedad constructora particular ajena a la alcaldía la que puede encontrar una solución de fondo a la situación de la demandante. Para la Corte Constitucional, las actuaciones del ente territorial resultaron insuficientes toda vez que, si bien la responsabilidad directa de la devolución del dinero es de la constructora, se le impuso una carga desproporcionada al accionante y la entidad territorial debió ejercer su capacidad administrativa sobre la constructora para proteger los derechos del accionante.

En conclusión, la falta de legitimación por pasiva usada por las ciudades capitales solo será una defensa eficaz si efectivamente se logra demostrar que la ciudad capital no tenía ninguna responsabilidad por la vulneración del derecho fundamental o que no contaba con la capacidad de revertir la amenaza de vulneración. Sin embargo, como lo detallan los ejemplos aquí reseñados, aun cuando las entidades territoriales no sean las causantes directas de la vulneración o no tengan responsabilidad por la protección del derecho fundamental, están llamadas a ejecutar acciones en pro de la garantía efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

5.2.2 Defensas a partir de los aspectos procesales de la tutela

Es importante poner de presente que, si bien la acción de tutela cuenta con requisitos procesales específicos, su contenido procedimental para la admisión de la acción se ve relegado a un segundo plano para darle prioridad a la protección de derechos fundamentales. En la mayoría de las sentencias revisadas, la Corte Constitucional le daba prevalencia a la protección y garantía de los derechos fundamentales por encima de las formalidades procesales que exige la acción.

5.2.2.1 Indebida elección de la acción

Una de las características principales de la acción de tutela es la subsidiariedad. En ese sentido, la acción de tutela solo será procedente cuando no exista ninguna otra acción judicial por la que se pueda llegar a los mismos resultados que con la tutela, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre este punto la Corte Constitucional ha precisado que

Frente a la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se esté frente a un perjuicio irremediable, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que únicamente se considerará que tal es la magnitud cuando, dadas las circunstancias del caso particular, se constate que (iii) el daño es cierto e inminente, esto es, que no se debe a conjeturas o especulaciones, sino que se halla sustentado en la apreciación razonable de hechos reales y apremiantes; (iv) que involucra gravedad, desde el punto de vista de incontrastable trascendencia y de la naturaleza del derecho fundamental que lesionaría; y (v) de urgente atención, en el sentido de que sea necesario e inaplazable precaverlo o mitigarlo, evitando que se consuma una lesión antijurídica de connotación irreparable. (Sentencia T-097, 2011)

Bajo este marco, lo que buscan las ciudades capitales al plantear una indebida elección de la acción es demostrar que los accionantes podían acudir a otro tipo de acciones para alcanzar los mismos resultados. De manera específica, las defensas que más se plantean en el universo de sentencias analizadas están basadas en el argumento de que el actor había podido acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para hacer ineficaz las decisiones que derivaron en la afectación a derechos fundamentales.

Así ocurrió por ejemplo con la Sentencia T-629 de 2013. En esta, en el desarrollo de un proceso de reubicación ordenado por la administración municipal mediante una resolución, el actor estimó vulnerados sus derechos fundamentales debido a la falta de publicidad y adecuada información sobre el proceso. A dicha pretensión la defensa jurídica del municipio respondió afirmando que el medio

idóneo para atacar los efectos del acto administrativo era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, la defensa afirmó que el accionante había podido eventualmente solicitar medidas provisionales tendientes a conseguir el decaimiento de dicho acto administrativo y con ello conseguir con inmediatez la protección de sus derechos fundamentales. La Corte Constitucional denegó las pretensiones de la tutela (por considerar que no se vulneró el principio de publicidad) pero, en relación con la defensa del municipio sobre la idoneidad de la tutela señaló que, si bien el actor había podido acudir a la vía jurídica señalada por la parte demandada, esta no resultaba idónea porque se necesitaba proteger al accionante de un perjuicio irremediable y esto solo se podía hacer mediante una acción eficaz como la tutela (Sentencia T-629, 2013).

Otro ejemplo de una defensa que propone acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no a la acción de tutela se dio en la Sentencia T-895 de 2010. En dicho caso, el accionante estimó vulnerado su derecho fundamental al debido proceso en la expedición de una resolución que ordenó la restitución del espacio público. La defensa de la ciudad capital demandada estimó, entre sus excepciones de contestación, que existían otros medios de defensa judicial como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, los cuales son instrumentos idóneos que podía emplear el actor para solicitar la declaratoria de nulidad del acto administrativo. Sobre este particular, la Corte Constitucional afirmó que la existencia de otro medio de defensa judicial no hace improcedente la intervención del juez de tutela, pues se debía tener en cuenta que se usaba la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (Sentencia T-895, 2010).

En conclusión, acudir a la indebida elección de la acción como argumento de defensa ante una acción de tutela, resulta poco efectivo por la prevalencia que tiene la protección de derechos fundamentales y la posibilidad de que el actor haya sufrido un perjuicio irremediable. Como se plantea a través de los ejemplos expuestos, en caso de que exista la posibilidad de ese perjuicio irremediable, y aun con la procedencia de otro tipo de acciones, la acción de tutela será la más eficaz y, por ende, será probablemente admitida por los jueces constitucionales.

5.2.2.2 Falta de procedencia de la acción de tutela

Las ciudades capitales también controvierten desde lo procesal otro tipo de requisitos para argumentar la improcedencia de la acción de tutela. Atendiendo a las características especiales de la acción, las defensas de las ciudades capitales buscan demostrar que las acciones de tutela en las que se les demanda no cumplen con los requisitos del artículo 86 de la Constitución Política y del Decreto 2591 de 1991.

Así se presentó por ejemplo en la Sentencia T-207 de 2013, en la cual el actor solicitó el amparo a los derechos fundamentales de una persona de 82 años que vivía sola, padecía complicaciones de salud graves y fue retirada del Programa de Protección Social bajo el argumento de que se encontraba inmersa en la causal de retiro consistente en ser propietario de más de un inmueble. Entre las contestaciones de la ciudad capital esta propuso la improcedencia de la tutela porque ésta no cumplía con el requisito de inmediatez, pues consideró que el tiempo transcurrido entre la resolución que excluyó al accionante del Programa de Protección Social y la presentación de la tutela había un plazo irrazonable (5 meses) para su presentación.

La Corte Constitucional sostuvo que la razonabilidad del plazo que impone la tutela se determina a partir de la finalidad misma de esta, que debe ser ponderada en cada caso concreto en concordancia con los hechos, y que es el juez el llamado a determinar si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado (Sentencia SU-961, 1999). En el caso concreto, la Corte consideró que el tiempo transcurrido entre la Resolución que confirmó la expulsión del accionante del programa y el momento en el que fue instaurada la acción de tutela, había sido razonable, teniendo en cuenta las condiciones personales del accionante (Sentencia T-207, 2013).

Como argumentamos en este aparte, alegar la falta de procedencia de la tutela porque esta supuestamente no cumple con los requisitos que le impone la Constitución Política y la ley, puede ser estratégico para las ciudades capitales en algunos casos concretos. Sin embargo, dada la naturaleza de la acción de tutela, lo que prevalece es la garantía y protección a derechos fundamental por encima de los requisitos de procedibilidad. Es decir, si existe vulneración o amenaza a derechos fundamentales, no será pertinente usar como defensa la falta de procedibilidad de la tutela porque prevalecerá la protección de estos.

5.3 RECOMENDACIONES

5.3.1 Recomendaciones de defensa jurídica

De lo observado anteriormente se puede concluir que las defensas jurídicas en las acciones de tutela tienen un alto nivel de complejidad. Esto debido a la naturaleza misma que le imprime la Constitución Política a la acción de tutela y por la cual es un mecanismo altamente eficaz y garantista para proteger los derechos fundamentales de los accionantes.

A partir de los análisis esbozados en este capítulo, planteamos una serie de recomendaciones que pueden incorporar las defensas jurídicas de las ciudades capitales para reducir el porcentaje de fallos adversos por acciones de tutela.

Recomendaciones de litigio

- Atacar directamente, de ser posible, la existencia de la vulneración o amenaza al derecho fundamental.
- Demostrar, de ser posible, que el accionante tiene otros medios diferentes a las acciones de las entidades estatales para garantizar sus derechos.
- No utilizar como principal defensa la justificación de la actuación de la entidad territorial bajo fines constitucionales o siguiendo estándares de legalidad. Lo más relevante es demostrar, si se puede, que no existió vulneración o amenaza a un derecho fundamental.
- Demostrar que la garantía de los derechos a tutelar se puede dar por medio de otras acciones judiciales.
- Analizar en cada caso concreto si el actor se encuentra amenazado por un perjuicio irremediable. De ser así, no procederá la excepción de indebida elección de la acción.
- Analizar si al momento de dar contestación a la acción de tutela ha cesado la vulneración a derechos fundamentales o se ha consumado la vulneración, de modo que ya no sea posible restablecer al solicitante el goce de su derecho conculcado.

Tabla 28 - Fuente: Elaboración Propia.

5.3.2 Recomendaciones de política pública

A modo general, se recomienda a las ciudades capitales hacer énfasis en los temas de política pública que actualmente generan mayor litigiosidad contra las ciudades capitales. De manera específica, los temas de controversia sobre espacio público y sobre subsidios a la población vulnerable.

Recomendaciones de política pública

- Desarrollar políticas públicas que permitan la reubicación de vendedores ambulantes en los procesos de recuperación de espacio público. Esto en aras de que no se afecte su derecho al trabajo y al mínimo vital de los vendedores.
- Ejercer constantes controles sobre el espacio público para que en sus ocupantes no se genere el principio de confianza legítima².
- Ampliar la cobertura de los subsidios a la población vulnerable o como mínimo mantenerla y no reducirla.
- Implementar con anterioridad a los desalojos, procesos de reubicación que le garanticen a todas las personas afectadas una vivienda digna.

Tabla 29 - Fuente: Elaboración Propia.

² "La confianza legítima que desarrollan los particulares frente a las actuaciones del Estado deviene de la potestad que tienen las personas de presumir que, si se les ha tolerado una conducta abierta, permanente, pacífica y continua, se lo va a seguir haciendo hacia el futuro. Ese principio no implica que el Estado no pueda nunca regularizar una sustitución irregular, pero sí tiene como consecuencia que al hacerlo no actúe de improviso y sin haber dado aviso previo suficiente" (Corte Constitucional, Sentencia T-067 de 2017, p. 1).

6. ACCIÓN DE GRUPO

Las acciones de grupo fueron incorporadas al ordenamiento jurídico colombiano con la adopción de la Constitución Política de 1991. El artículo 88 de la Carta Política establece que “La ley (...) También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.” Este artículo fue desarrollado por la Ley 472 de 1998, que estableció los procedimientos y requisitos que tendría esta acción en Colombia.

Antes de analizar cuáles son estas características, es necesario reconocer que las acciones de grupo en Colombia son un trasplante de las acciones de clase o *Class Actions* de los sistemas anglosajones. Así lo señala la literatura sobre el tema:

Las acciones de grupo colombianas siguen una lógica similar a las de las acciones de clase estadounidenses, ya que el apoderado o representante de un grupo de individuos agraviados por un daño particular (ambiental, de productos defectuosos, de servicios públicos, etc.) exige reparaciones concretas en nombre del grupo ante un tribunal. (Páez-Murcia et al., 2017, p. 212)

En esta medida, las acciones de grupo comparten el fin indemnizatorio de las acciones de clase, y por lo tanto buscan que un grupo que ha sido afectado por un mismo hecho sea indemnizado de manera integral por la administración. El artículo 46 de la Ley 472 de 1998 determinó el carácter patrimonial y reparatorio de las acciones de grupo, al establecer que “Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas.” Por tanto, este artículo define el carácter indemnizatorio de la acción, al establecer que únicamente se podrá recurrir a ella con el objetivo de “obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios.”

Una de las características más importantes de esta acción es que, a pesar de que sólo es necesario que uno de los miembros del grupo presente la demanda, este tendrá la carga de probar que el grupo se compone de al menos 20 personas. En otras palabras, no es necesario que se presenten 20 afectados para poder surtir el trámite de la acción de grupo, pero sí es necesario probar que al menos 20 personas se han visto afectadas, o bien, establecer el método por medio del cual se pueden identificar a los damnificados.

Un segundo punto que debe ser tenido en cuenta en las acciones de grupo es la unicidad del hecho dañoso. Para que la acción de grupo prospere, es necesario que se establezca un único suceso que desencadene todos los daños reclamados. Al respecto, la Corte Constitucional estimó en la Sentencia C-569 de 2004 que:

En síntesis, causa común en las acciones de grupo equivale a que el hecho dañoso o los hechos dañosos, concomitantes o sucesivos en el tiempo y en el espacio, constituyan el origen de los perjuicios que se demandan, lo que permite que una o varias personas que han sufrido un daño individual puedan interponer una acción que beneficie al grupo, en lugar de presentar numerosas y múltiples acciones en interés particular, en el entendido de que las controversias son muy parecidas y la solución o decisión en derecho podrá ser la misma y con efectos respecto de todos ellos (cosa juzgada ultra partes).

Estas dos características, la conformación del grupo y la unicidad del daño, cobran especial importancia en los procesos de acciones de grupo, porque la parte demandada suele desvirtuar la legitimación en la causa por activa de los demandantes al alegar problemas en la conformación del grupo, o al argumentar que se trató de varios hechos dañosos inconexos entre sí.

En la medida en que la acción de grupo es una acción indemnizatoria, está sujeta a la figura de la caducidad, que de acuerdo con el artículo 47 de la Ley 472 de 1998 es de dos años desde la ocurrencia del daño, o desde la finalización de la acción vulnerante de los derechos colectivos. De acuerdo con Galindo (2013) “El Consejo de Estado ha decidido que quien determina el momento a partir del cual debe contarse la caducidad es el juez, según se trate de hechos generadores de daño instantáneo o considerando (sic) sus efectos se prolongan en el tiempo”.

En este capítulo se hará un análisis de varias sentencias de segunda instancia de acciones de grupo. A diferencia de los capítulos anteriores, no se hará un análisis de todas las sentencias de acción de grupo que han sido decididas por el Consejo de Estado, en la medida en que la Ley 472 de 1998 estableció en su artículo 51 que “[D]e las acciones de grupo conocerán en primera instancia los jueces administrativos y los jueces civiles de circuito. En segunda instancia la competencia corresponderá a la sección primera del Tribunal Contencioso Administrativo o a la Sala Civil del Tribunal del Distrito Judicial al que pertenezca el juez de primera instancia.” De este modo, desde la creación de los juzgados administrativos en el año 2006, las acciones de grupo son decididas en segunda instancia por los Tribunales Administrativos. De esta manera, las acciones de grupo que hayan sido interpuestas después del año 2006 no son decididas por el Consejo de Estado, lo que imposibilita hacer un análisis similar al que se hizo en las demás acciones debido a las grandes dificultades de encontrar los textos de las sentencias de Tribunales Administrativos.

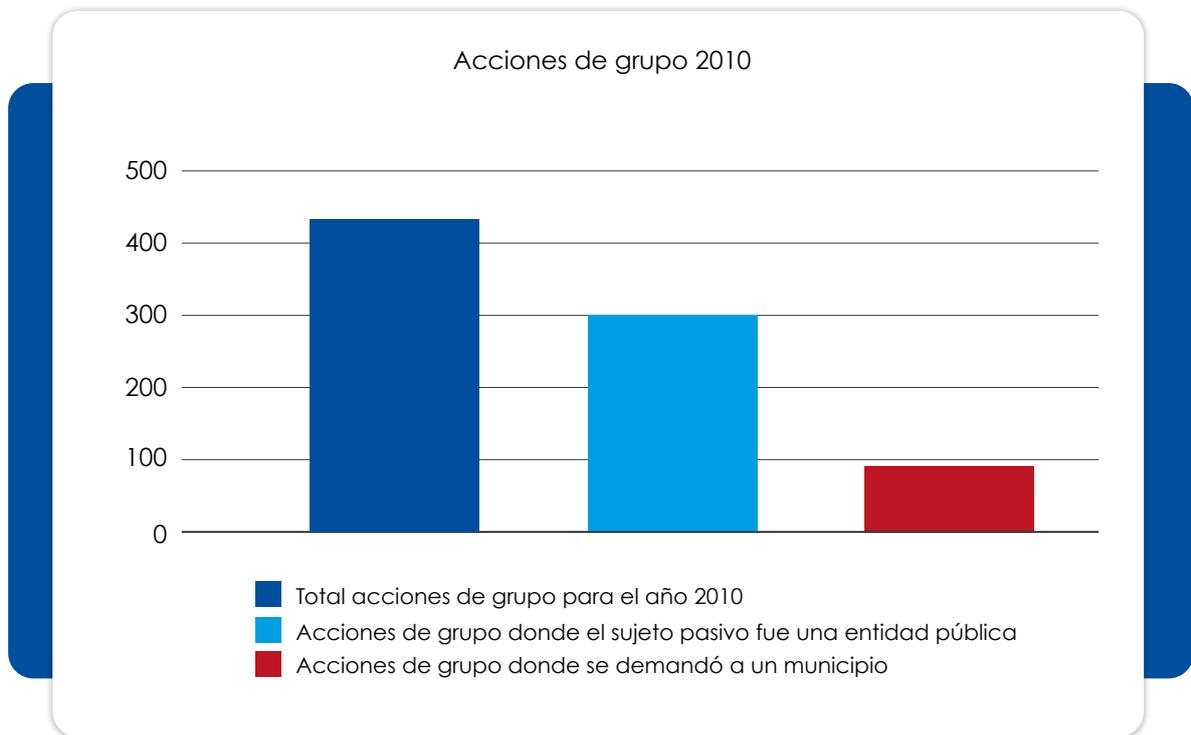
Así, este capítulo se dividirá en tres secciones. En primer lugar, se hará un análisis cuantitativo de las cifras reportadas por la nación y por algunas ciudades capitales con objeto de entender las posibles consecuencias presupuestales que tienen las acciones de grupo para la nación y para las entidades territoriales. En segundo lugar, se realizará un análisis cualitativo de 10 sentencias en las que el demandado ha sido una ciudad capital y que fueron seleccionadas ya fuera por su importancia fiscal o por los argumentos presentados por los jueces o por las partes. En esta segunda sección se hará un análisis detallado de cuatro de estos casos, en los cuales se examinarán las características más relevantes para una defensa exitosa de las ciudades capitales. En tercer lugar, se evaluarán los alegatos más relevantes en materia de defensa de entes territoriales. Por último, se presentarán las recomendaciones de política pública y de defensa jurídica que consideramos deben tener en cuenta los defensores de las ciudades capitales cuando aborden una demanda de acción de grupo.

6.1 ANÁLISIS CUANTITATIVO

6.1.1 Datos nacionales

En esta sección se analizarán los datos recolectados por las entidades del nivel nacional sobre la prevalencia de la acción de grupo en los procesos adelantados en contra del Estado. En primer lugar, se examinarán las cifras globales recolectadas por la Defensoría del Pueblo hasta el año 2010, para luego centrarse en las cifras recolectadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE).

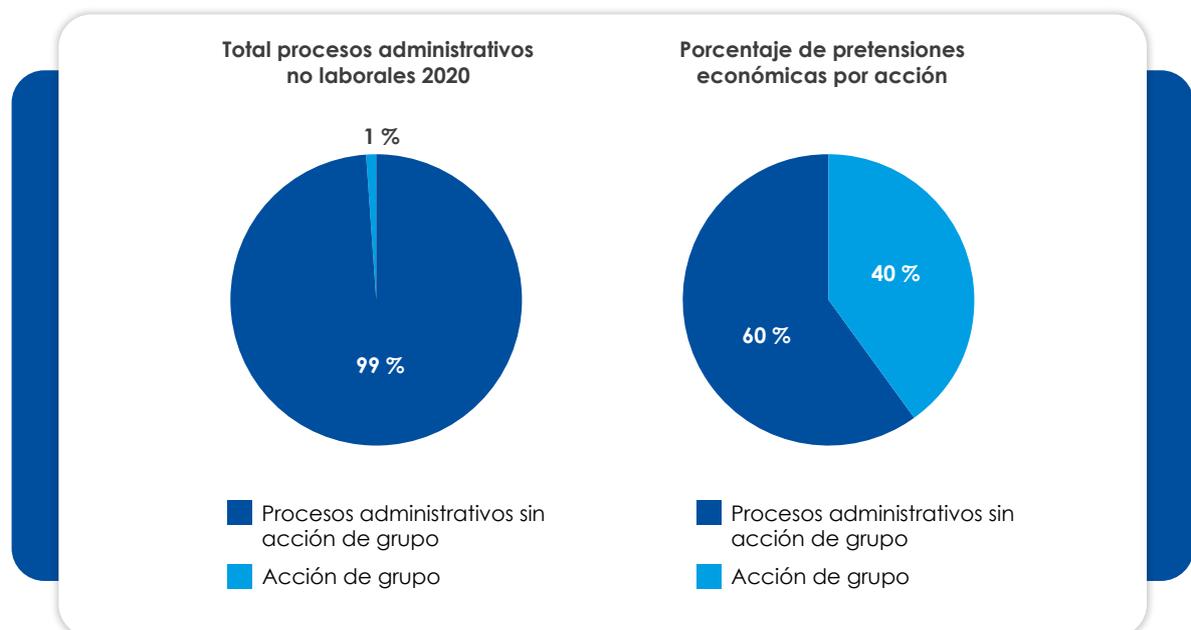
La Defensoría del Pueblo publicó en el año 2010 un informe sobre la prevalencia y las consecuencias de las acciones de grupo en Colombia. Como se puede observar en la gráfica 2, para el año 2010 se tenía registro de la interposición de 419 acciones de grupo en contra de todo tipo de actores en el país. De este universo de acciones, 303 tenían como sujeto pasivo una entidad de naturaleza pública, 82 de naturaleza particular y 17 de naturaleza mixta. Finalmente, de las 303 acciones dirigidas contra una entidad pública, 84 tenían a un municipio como demandado (Defensoría del Pueblo, 2010). En conclusión, un 20% del total de acciones de grupo para el año 2010 tenía como demandado a un municipio.



Gráfica 2- Fuente: Acciones de grupo y de clase en casos de graves vulneraciones a derechos humanos. 2010. DEFENSORIA DEL PUEBLO.

Según el informe trimestral de litigiosidad de la ANDJE, para el año 2020 se registró un total de 90.573 procesos administrativos no laborales activos. Las pretensiones económicas de este universo de procesos representaban un total de \$360,2 billones de pesos. Ahora bien, el número de acciones de grupo contra la nación ascendió a 648 procesos para este año, estimados en un total de 142,3 billones de pesos en pretensiones.

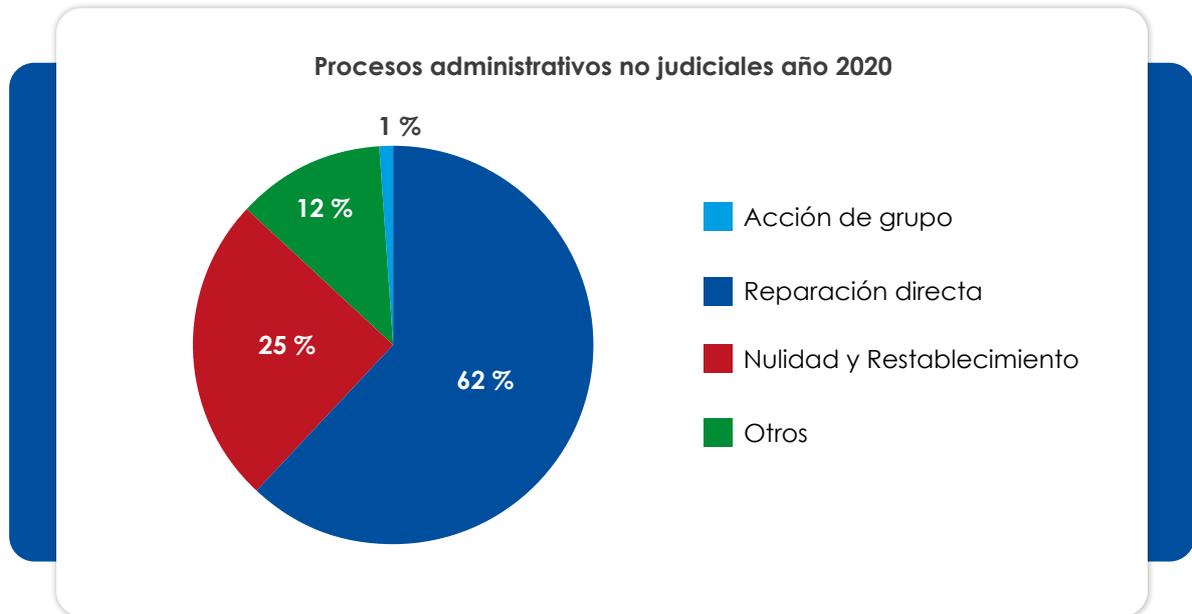
Como puede observarse en la gráfica 3, frente al universo completo de acciones administrativas, la acción de grupo representa menos del 1% de la totalidad de procesos activos no laborales en contra la nación. Sin embargo, como lo presenta la gráfica 4, las acciones de grupo equivalen al 40% del total de impacto económico contra la nación por razón de procesos administrativos no laborales (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2020).



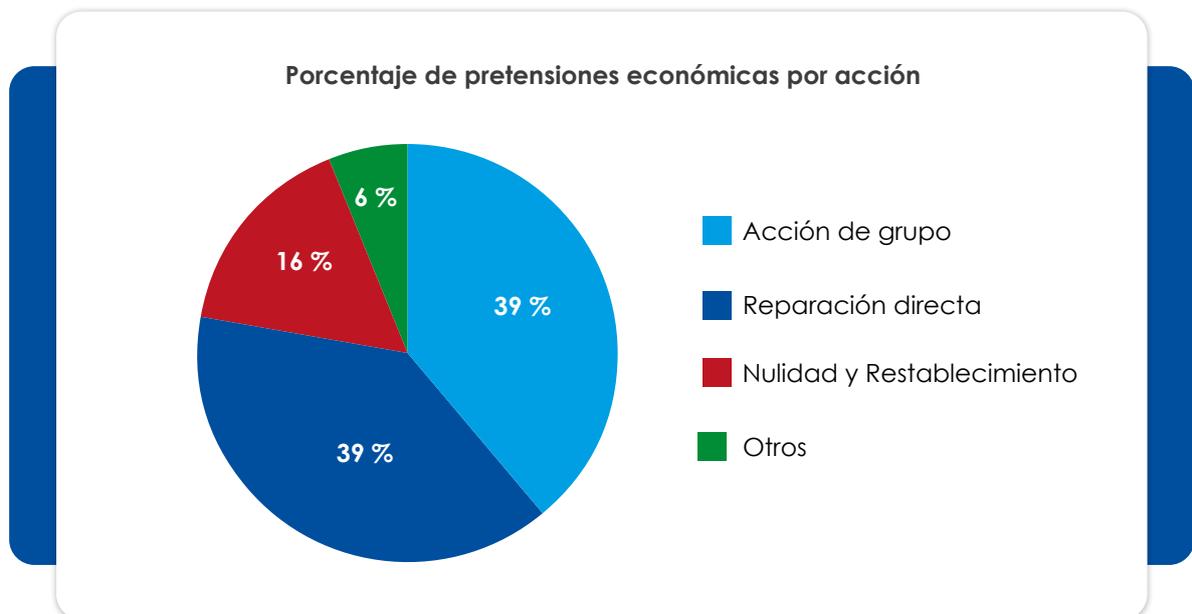
Gráfica 3-Fuente: Informe Trimestral de Litigiosidad: Segundo Trimestre; Corte junio de 2020. ANDJE.

Gráfica 4-Fuente: Informe Trimestral de Litigiosidad: Segundo Trimestre; Corte junio de 2020. ANDJE.

Así, los procesos de acción de grupo son pocos, pero tienen el potencial de causar un impacto económico muy alto para la nación y para las entidades territoriales. Esto se ve con más claridad en las gráficas 5 y 6, donde se comparan los datos de la acción de grupo con otros procesos judiciales. Allí se puede observar que la acción de grupo representa menos del 1% del total de procesos administrativos no laborales para el año 2020, pero concentra el 39% de las pretensiones económicas (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2020).



Gráfica 5- Fuente: Informe Trimestral de Litigiosidad: Segundo Trimestre; Corte junio de 2020. ANDJE.

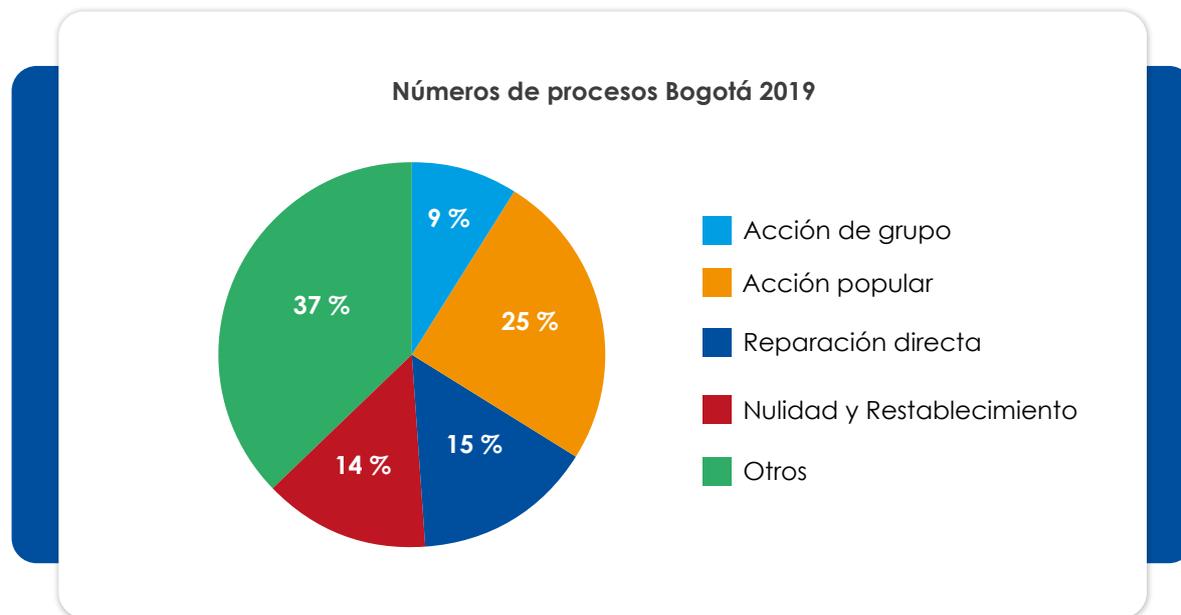


Gráfica 6- Fuente: Informe Trimestral de Litigiosidad: Segundo Trimestre; Corte junio de 2020. ANDJE.

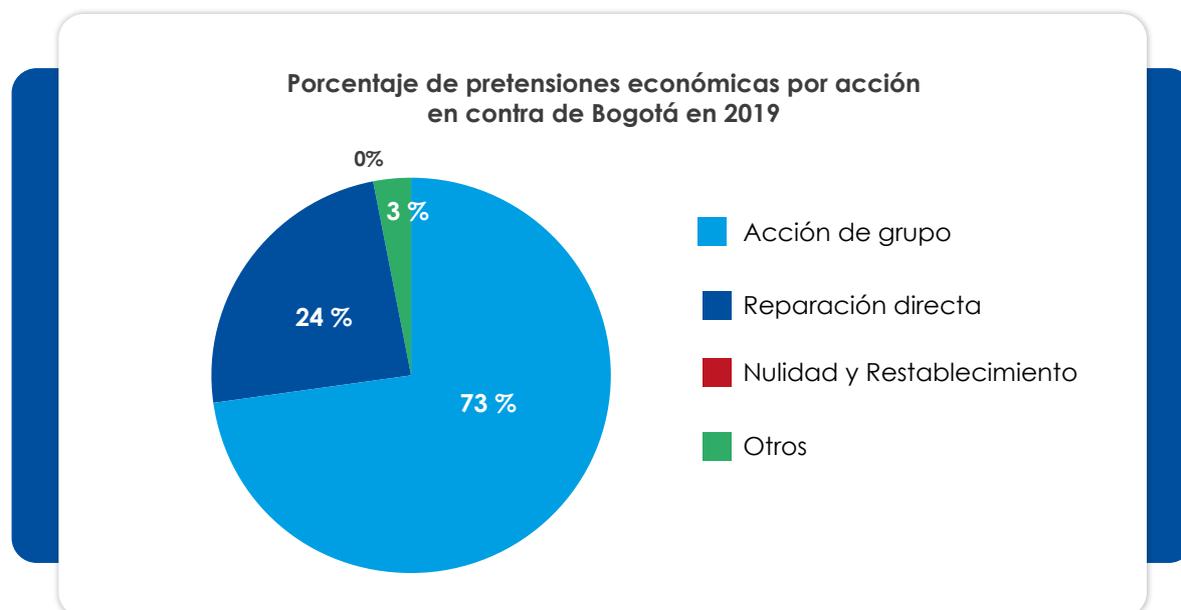
De este modo, se advierte que, aunque la acción de grupo es una de las acciones con menor número de procesos activos a nivel nacional, es la que tiene un mayor impacto económico. Así, el impacto fiscal de esta acción incluso supera a la de reparación directa, la cual comparte su carácter indemnizatorio y tiene un número mucho más alto de procesos activos.

6.1.2 Datos de municipios

Ya evaluados los datos a nivel nacional, presentaremos, a modo de ejemplo, los datos correspondientes a la ciudad de Bogotá. Estos permiten verificar el impacto fiscal que tiene la acción de grupo. Como se observa en la gráfica 7, en el caso de la ciudad de Bogotá, para el año 2019, de un universo de 707 procesos judiciales interpuestos en contra del distrito, 62 correspondieron a acciones de grupo. Sin embargo, como se muestra en la gráfica 8, la sumatoria de las pretensiones en estos procesos representaron el 73% del total de pretensiones económicas (Secretaría Jurídica Distrital, 2019). En otras palabras, a pesar de equivaler tan solo al 9% de las acciones interpuestas en contra del Distrito de Bogotá, la acción de grupo concentra tres cuartas partes de las pretensiones en contra de la ciudad.



Gráfica 7-Fuente: Informe de gestión y resultados. Vigencia 2019. SECRETARÍA JURÍDICA DISTRITAL.



Gráfica 8-Fuente: Informe de gestión y resultados. Vigencia 2019. SECRETARÍA JURÍDICA DISTRITAL.

Estos datos nos muestran el potencial que tiene la acción de grupo de causar un daño enorme a las finanzas territoriales. A pesar de que la acción de grupo no representa sino un par de docenas de casos en cada ciudad, esta puede tener impactos fiscales de miles de millones de pesos. Por lo tanto, la defensa efectiva de las entidades territoriales en este tipo de acciones cobra especial relevancia.

6.2 ANÁLISIS CUALITATIVO

Como se pudo ver en el anterior acápite, la acción de grupo se destaca por tener un número pequeño de procesos activos, pero que representan un costo fiscal muy alto. A continuación, se realizará un análisis detallado de cuatro casos de gran importancia. Posteriormente, se analizarán las defensas más destacadas en la acción de grupo.

6.2.1 Casos seleccionados

Algunos de los casos seleccionados fueron iniciados en una fecha anterior a la creación de los jueces administrativos, momento en el cual el tribunal administrativo fungía como primera instancia y el Consejo de Estado como segunda. De igual forma, los casos reseñados que iniciaron en una fecha posterior al año 2006 se rigen por las normas de competencia de los numerales 10 y 15 del art. 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, donde el juez administrativo es competente en primera instancia y el tribunal administrativo en segunda.

6.2.1.1 Caso “Barrio San Francisco”

En la acción de grupo “Barrio San Francisco” (Tribunal Administrativo de Bolívar, 2018) del año 2018, se demandó a una ciudad capital por la inadecuada estimación de la calidad y estabilidad de los suelos donde se construyó el barrio. Este error llevó a que se autorizara la construcción de asentamientos humanos en una zona de alto riesgo. Debido a la ocurrencia de un evento sísmico, se causó una remoción de masa que llevó a la destrucción del barrio. Así las cosas, los perjuicios se expresaron en la afectación y destrucción de las viviendas que eran propiedad de los integrantes del grupo accionante.

Luego de que el fallo de primera instancia resultó favorable a los demandantes, las dos partes enfrentadas interpusieron recurso de apelación. Los accionantes alegaron que la suma reconocida en el fallo era insuficiente y que no incluyó en su estimación a todos los integrantes del grupo. Por su parte, el municipio argumentó en su apelación que el daño se produjo por un evento sísmico que no podía ser previsible y, por lo tanto, no implicaba responsabilidad del Estado.

El Tribunal Administrativo, al fungir como juez de segunda instancia, centró su análisis en tres puntos: i) excepción previa de caducidad, ii) responsabilidad del Estado, y iii) composición del grupo.

i. Caducidad:

La parte demandante propuso la excepción de caducidad al señalar que el daño se concretó en el año 1998, con la ocurrencia de un evento sísmico. El juez en primera instancia confundió el daño y sus efectos al momento de verificar que la acción fue interpuesta a tiempo. También alegó que el daño no podía ser previsible para el municipio, por cuanto quien estructuró y desarrolló urbanísticamente el barrio fue una entidad ajena a este.

El Tribunal no encontró probada la excepción, al considerar que la falla geológica había estado presente desde la formación del cerro, por tanto, no surgió con la ocurrencia del sismo del año 1998. Al seguir este hilo argumentativo, el Tribunal encontró probado que la falla geológica había sido advertida en estudios realizados por INGEOMINAS en octubre de 1998, cuando se determinó la tendencia del terreno a los deslizamientos. Posteriormente, para el año 1999, la ciudad catalogó la zona del barrio San Francisco como zona de alto riesgo y ordenó una serie de medidas para mitigar y evitar catástrofes. Sin embargo, estas medidas nunca fueron ejecutadas por las autoridades competentes. Por el contrario, el municipio realizó obras de construcción de viviendas para los habitantes del barrio San Francisco sobre el sector clasificado como de alto riesgo. Esta situación, sumada a los eventos sísmicos ocurridos en el año 2011, constituyeron el daño.

Así las cosas, se tiene que la afectación y destrucción de viviendas ocurrió el 23 de agosto de 2011, por lo que, a la fecha de presentación de la demanda (26 de julio de 2012), no se habían cumplido los dos años requeridos para la configuración de la caducidad de la acción de grupo.

ii. Responsabilidad del Municipio

El Tribunal hace un recuento del material probatorio que permite dar cuenta del conocimiento por parte del municipio de la inestabilidad del suelo donde se erigió el barrio San Francisco. Por ejemplo, el Tribunal describe un avalúo urbano realizado por el instituto Geográfico Agustín Codazzi, donde se especificó que para los años 1962 y 1965, el barrio San Francisco era el relleno de basura de la ciudad. Posteriormente, los terrenos del sector fueron rellenados con la basura recolectada, lo que hacía que los suelos fueran vulnerables a la inestabilidad e inundaciones. Asimismo, desde 1999 el municipio había acordado realizar la declaratoria de alto riesgo del sector en mención.

En consecuencia, el Tribunal subrayó que:

Los municipios en sus planes de ordenamiento territorial, deben adoptar las políticas, directrices y regulaciones sobre prevención de amenaza y riesgos naturales, el señalamiento y localización de las áreas de riesgos para asentamientos humanos, así como las estrategias de manejo de zonas expuestas a amenazas y riesgos naturales. (Tribunal Administrativo de Bolívar, 2018)

En suma, el municipio tenía conocimiento de lo inadecuados que eran los suelos y de la existencia de la falla geológica en el sector donde se construyó el barrio. Sin embargo, permitió la construcción de obras de infraestructura sobre este terreno. Para el Tribunal esta omisión de control por parte de la alcaldía es suficiente para declarar la responsabilidad del municipio.

Así las cosas, la defensa del municipio no controversió las pruebas aportadas por la parte demandante. De haber enfocado su intervención en este aspecto, la defensa de la ciudad capital habría podido romper el nexo causal entre la actuación de la administración y el daño o haber disminuido el monto reconocido como a los demandantes. Sin embargo, la defensa alegó el desconocimiento de sucesos que estaban apoyados por material probatorio dentro del proceso, lo que resultó en una argumentación poco exitosa.

iii. Composición del grupo

En el caso “Barrio San Francisco”, hay un total de 1669 demandantes. Sin embargo, luego del análisis realizado por el Tribunal se reconoce la indemnización de perjuicios:

A las 2469 personas que figuran como titulares o jefes de núcleos familiares, por ser titulares de derecho de dominio o de posesión sobre los bienes afectados, como a los 3585 integrantes de dichos núcleos, que se encuentran relacionados en el último censo actualizado de damnificados del barrio San Francisco aportado por la oficina asesora para la Gestión del Riesgo de Desastre. (Tribunal Administrativo de Bolívar, 2018)

Debe recordarse que una de las características de la acción de grupo es que no se requiere que todos los perjudicados hagan parte del grupo que instaura la demanda, por cuanto el demandante representa en el proceso a todos los individuos afectados por los hechos vulnerantes. Así las cosas,

Si bien la acción puede ser interpuesta por una persona, esta debe actuar en relación con el daño causado a un grupo no inferior de 20 personas y que la demanda debe, en todo caso, establecer los criterios que permitan la identificación del grupo afectado. (Tribunal Administrativo de Bolívar, 2018)

De esta forma, para el caso concreto el criterio determinante para la identificación del grupo fue:

Ser catalogado como damnificado por la falla geológica producida en el barrio San Francisco en el año 2011, y la prueba más expedita para determinar quiénes son los damnificados, es el censo aportado por la oficina asesora para la Gestión del Riesgo de Desastre. (Tribunal Administrativo de Bolívar, 2018)

La decisión del Tribunal evidencia que no es sencillo para la defensa realizar una estimación de perjuicios al momento de recibir la notificación de la demanda, en la medida en que la composición del grupo está sujeta a la valoración probatoria que realice el juez. En este caso, el número de afectados casi se cuadruplicó, lo que permite mostrar uno de los mayores riesgos a los que se exponen las entidades estatales al ser demandados en una acción de grupo: la imposibilidad de estimar de manera efectiva el monto de las pretensiones. La entidad territorial deberá cuestionar los criterios de conformación del grupo que presentan los demandantes con el objetivo de disminuir este riesgo. Entre más estrecho sea el criterio acogido por el juez, menores serán los perjuicios en contra de la entidad territorial.

En conclusión, el caso “Barrio San Francisco” permite ejemplificar dos de los grandes temas en los que se deben centrar las defensas de los municipios al enfrentar una acción de grupo: la composición del grupo y el material probatorio que soporta el nexo causal. Como se vio en este apartado, una inadecuada defensa en estos ámbitos puede llevar a una cuantiosa condena en contra del municipio. La sola negación de la responsabilidad en el daño resulta insuficiente en este tipo de acción, y en cambio se debe buscar desvirtuar el material probatorio presentado por la contraparte.

6.2.1.2 Caso “Ciudadela Parque de la Roca”

En el caso denominado “Ciudadela Parque de la Roca” (Consejo de Estado, 2010a), fallado en el año 2010, la responsabilidad del municipio surge de la decisión de otorgar un permiso de construcción en una zona de alto riesgo geológico. Este permiso dio vía libre a la edificación de una ciudadela en una zona montañosa de alto riesgo. Al terminar la construcción, las estructuras fueron entregadas con graves deterioros físicos, vertimientos inadecuados de aguas negras, movimientos de terreno, grietas, tubos rotos, escapes de gas, derrumbamientos, amenaza de ruina y malos olores.

El municipio alegó que su actuación estuvo ceñida a la normatividad vigente y que actuó adecuadamente dentro del límite de sus competencias. Argumentó que el hecho de que el ordenamiento conceda un permiso de construcción de ninguna manera responsabilizaba al Estado por las posibles fallencias en las estructuras. Así las cosas, concluyó que su única obligación en la expedición de licen-

cias de urbanismo y construcción es la verificación de la existencia de estudios y conceptos previos en materia de suelos y sismo resistencia.

En la primera instancia prosperaron las pretensiones de la demanda. Esta decisión fue apelada tanto por la parte demandada como por la demandante. La parte actora consideró que el monto de la condena no reflejaba los perjuicios probados durante el proceso, por cuanto los inmuebles presentaban pérdida total del valor comercial. Por otro lado, el municipio alegó que el material probatorio no demostraba la responsabilidad de la entidad territorial, ya que al momento de expedir la licencia se realizaron las recomendaciones pertinentes al constructor acerca de las condiciones del terreno.

En segunda instancia, la Sala confirmó la decisión anterior aumentando el monto de la condena. Los puntos más importantes a los que se refirió el Consejo de Estado en la parte motiva de la sentencia fueron: i) la caducidad de la acción, ii) la composición del grupo, y iii) la existencia del daño

i. Caducidad

La Sala estimó que para determinar la caducidad de la acción debe tenerse claro el momento de ocurrencia del daño. En este caso, el daño se presentó desde el inicio de la obra con las afectaciones de las viviendas; sin embargo, los daños se acentuaron en los años 1998 y 2000. De esta forma, al considerar que la demanda se interpuso en el año 2001, la acción fue ejercida oportunamente.

ii. Composición del grupo accionante

La acción de grupo cobija a todos los perjudicados individualmente; por esto, no es posible adelantar una pluralidad de acciones de grupo por la misma causa. Esto sin perjuicio del derecho de exclusión que algún afectado ejerza, entendido como el permiso que prevé la ley para que uno de los integrantes del grupo exprese su interés de ser excluido del grupo para iniciar una acción independiente (Corte Constitucional, 1998).

En este sentido, dentro de un proceso de acción de grupo debe demostrarse la existencia del daño causado al grupo. Una vez acreditado el daño, cada afectado que no hizo parte del proceso deberá demostrar su pertenencia al grupo en los siguientes términos:

La oportunidad para acreditar la pertenencia al grupo en este tipo de acciones será hasta después de proferida la sentencia, ante el Fondo Para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, pues, será dicha entidad la encargada de administrar el monto total de la indemnización y a cargo del cual se pagarán las indemnizaciones individuales de quienes formaron parte en el proceso de conformidad con lo dispuesto en la sentencia. (Consejo de Estado, 2010a)

En este caso, para demostrar la pertenencia al grupo se debía certificar la propiedad sobre los bienes inmuebles afectados. La forma ideal de acreditación es por medio de la escritura pública de compraventa. Sin embargo, la mayoría de los integrantes del grupo solo aportaron los certificados de libertad y tradición, lo que llevó al cuestionamiento de la idoneidad de estas pruebas por parte del municipio. Sobre este particular el Consejo de Estado estableció que:

Aunque la mencionada norma permite concluir que dicho certificado de ninguna manera suple la titulación que en ellos se menciona, pues la ley confiere a los registradores la atribución de certificar, acerca del estado o situación en que se encuentran los inmuebles, lo cierto es que deja ver quiénes son las personas que figuran como propietarios, y que para el caso que ocupa la atención de la Sala, son las mismas personas que integraron el grupo para el ejercicio de la acción y que resultaron afectadas con ocasión del hecho dañoso. (Consejo de Estado, 2010a)

En consecuencia, el Consejo de Estado reconoció como miembros del grupo a todos los que aportaron certificados de libertad y tradición de los bienes afectados. Este cuerpo colegiado aclaró que, para recibir la indemnización, los afectados debían acreditar su propiedad con la escritura pública ante el Fondo Para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

Aunque en este caso la defensa del municipio no pudo desvirtuar el valor probatorio de los certificados de libertad y tradición, su defensa estuvo bien encaminada. En los procesos de acción de grupo uno de los objetivos más claros que deberá tener la defensa del municipio es lograr la exclusión del mayor número de miembros del grupo posible. En caso de lograrlo, se disminuirá de manera significativa el monto por el que pueda ser condenado. La mejor estrategia para lograr la exclusión de miembros del grupo es el ataque a las pruebas que acreditan el daño sufrido, o la relación entre este daño y el hecho alegado por los demandantes.

iii. Existencia del daño

Si bien el municipio alegó que sus actuaciones no condujeron a la ocurrencia del daño, el Consejo de Estado determinó que el material probatorio presentado por los demandantes daba cuenta de la responsabilidad del municipio. Así, estableció que la entidad territorial omitió varios deberes de conducta, entre ellos el acompañamiento, verificación y control de la sujeción de la obra a lo contenido en las licencias de urbanismo y construcción, y la imposición de las sanciones urbanísticas respectivas.

Aunque era responsabilidad de la constructora la ejecución del proyecto, el municipio tenía la obligación de ejercer la vigilancia y el control tanto de la ejecución de las obras para garantizar el cumplimiento de la licencia otorgada, como de la atención de la constructora a las especificaciones y recomendaciones técnicas realizadas por la autoridad administrativa. Así mismo, las propias condiciones del terreno donde se construyó la urbanización requerían mayor atención por parte del distrito.

Finalmente, el Consejo de Estado confirmó la sentencia de primera instancia y aumentó la suma de la indemnización. Este fallo es importante para el análisis de este tipo de acciones en la medida en que demuestra que los deberes de la administración suelen implicar un control efectivo de las actividades que son autorizadas por el Estado. En esta medida, si las actuaciones cotidianas de la administración no se realizan de manera adecuada pueden tener graves consecuencias posteriormente.

6.2.1.3 Caso “Transporte masivo”

El Caso “Transporte masivo” (Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, 2015) fue una demanda interpuesta por un grupo de 37 comerciantes que alegaban una disminución sustancial de sus ingresos debido al menor tráfico de vehículos y personas frente a sus negocios por la construcción de Sistema de Transporte Masivo del municipio y los cierres de avenidas y pasos peatonales que fueron necesarios para la ejecución del proyecto. Los daños alegados por los demandantes se limitan al lucro cesante causado por los cierres viales durante la construcción del sistema.

En primera instancia, el juzgado condenó al municipio a pagar a los demandantes y los damnificados potenciales el monto de \$645.693'991.449. La sentencia fue apelada por ambos extremos procesales, por lo que el Tribunal Administrativo pudo decidir de manera integral el fondo de la controversia. El municipio argumentó en su recurso de apelación que el juzgado había realizado un inadecuado análisis probatorio de varios aspectos decisivos para la acción. En primer lugar, consideró que no había identidad en el daño alegado por los demandantes, por lo que no era posible conformar el grupo. Adicionalmente, consideró que varias de las pruebas aportadas por los demandantes eran inadecuadas o insuficientes para probar los daños alegados.

Al resolver la apelación planteada por ambas partes, el Tribunal Administrativo se centró en tres puntos clave: i) la conformación del grupo y la unicidad del hecho dañoso, ii) la responsabilidad del Estado y iii) la tasación de los perjuicios.

i. Conformación del grupo y unicidad del hecho dañoso

El primer punto tratado por el Tribunal fue la conformación del grupo. La corporación comenzó por definir los criterios que deben cumplir los demandantes para tener legitimidad por activa en una acción de grupo. El Tribunal estableció que sólo se necesita que una persona presente la demanda para tener legitimidad por activa. Si bien el artículo 46 de la Ley 472 de 1998 establece como requisito de procedencia de la acción de grupo la acreditación de la ocurrencia de un hecho dañoso a un grupo de al menos 20 personas, no hay necesidad de que todas estas comparezcan al proceso. En otras palabras, el demandante tiene la carga de probar que al menos 20 personas se vieron afectadas por una actuación de la administración para poder interponer la acción de grupo.

En el caso concreto, 37 demandantes comparecieron al proceso, y de ellos 32 probaron que sus comercios se ubicaban sobre las avenidas en las cuales se llevó a cabo la construcción del sistema de transporte masivo durante el tiempo en el que se ejecutó el proyecto. De esta manera, se cumple con el presupuesto de la existencia de un grupo de personas afectadas por una acción de la administración.

Ahora bien, para el municipio los demandantes no contaban con la legitimación en la causa por activa, en la medida en que los comerciantes se vieron afectados por el desarrollo de ocho contratos diferentes que se llevaron a cabo en igual número de avenidas de la ciudad. De esta manera, para el municipio se trataba de ocho hechos dañosos separados y, por lo tanto, no existía una unidad de los demandantes frente al daño. El Tribunal Administrativo examinó este argumento y consideró que no debía prosperar, por cuanto la identidad del daño hace referencia a los fines que busca la administración con la suscripción de los contratos. Si bien el objeto de cada uno de los contratos es en principio diferente, todos se enmarcan en la implementación del sistema de transporte masivo en la ciudad. El Tribunal describió este punto de la siguiente manera:

Las anteriores reflexiones permiten concluir con seguridad que en el sub lite los reclamantes se hallan arropados por una causa común que les permite acudir a la acción de grupo en aras de obtener la indemnización pretendida. Si bien es cierto que los daños reprochados se fundamentan en la ejecución de una multiplicidad de obras de infraestructura, llevadas a cabo en puntos distintos de la ciudad y en tal medida se halla involucrada toda una pluralidad variopinta de comerciantes afectados, no lo es menos que a través de esa diversidad de factores —y actores— puede vislumbrarse un común denominador: todas las obras que adelantó la Administración en ese contexto tuvieron lugar en el ámbito de la implementación de un plan marco, que no es otro que el Sistema de Transporte Masivo en la ciudad de Cali -el Sistema MIO-. Los reclamantes se presentan como afectados por esta implementación. (Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, 2015)

De esta forma, el Tribunal concluyó que se cumplían los requisitos que establece la Ley 472 de 1998. Así, el punto central tratado por el Tribunal en esta primera sección es la definición del concepto de unicidad del daño, el cual se delimita por los fines que busca la administración con sus actuaciones. De esa forma, si varias actuaciones administrativas están destinadas a la consecución de un fin común, se deberá entender que todas ellas hacen parte de un único hecho dañoso.

ii. Responsabilidad del Estado

El segundo punto del que se ocupa la sentencia del Tribunal Administrativo es la definición de la responsabilidad del Estado. En primer lugar, el Tribunal establece cuál es el daño que alegan los demandantes y qué características debe tener el daño para ser atribuible a la administración. Luego se determina en el caso concreto si los daños alegados por los demandantes son atribuibles a la administración.

El Tribunal hace un primer análisis de los diferentes tipos de daño que podrían reclamar los demandantes, específicamente los referidos a la falla en el servicio, el riesgo excepcional o el daño especial. Esta corporación determinó que el daño alegado por los demandantes se limitó a la disminución en las ventas de sus negocios por la ejecución del proyecto. Así mismo, el tribunal encontró que los demandantes no alegaron una falla en la ejecución de los contratos que implique una falla en el servicio o un riesgo excepcional para los ciudadanos. De esta manera, el marco en el que se analizó el caso “Transporte masivo” fue el del daño especial, que implica demostrar que el daño sufrido por los demandantes es mayor al que jurídicamente están obligados a soportar en comparación con el resto de la población. El Tribunal consideró que si bien la implementación del sistema de transporte masivo era un fin legítimo buscado por la administración, su ejecución no podía implicar un daño mayor para algunos miembros de la comunidad. De esta manera, el Tribunal definió que:

Esta finalidad legítima traducida en los hechos reprochados, si bien implicó incomodidades y sacrificios para toda la comunidad caleña, que debían ser aceptados en pro del desarrollo y el beneficio que les representaría a largo plazo en atención a los principios de igualdad ante las cargas públicas y prevalencia del interés general, no puede significar el sacrificio de los actores en cuanto a la limitación del ejercicio de su actividad comercial y correlativo empobrecimiento patrimonial, pues se trata de una afectación ilegítima que excede a la esperable del resto de la comunidad. (Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, 2015)

Así, el Tribunal desvirtuó los argumentos del municipio, que buscaban atacar el nexo causal entre la actuación de la administración y los daños causados a los comerciantes que tenían negocios en el trazado de las líneas del transporte masivo. El Tribunal fue claro al establecer que el municipio debe responder por los daños causados de manera injustificada a los demandantes.

iii. Tasación de los perjuicios

El último punto analizado en la sentencia, y en el cual la defensa del municipio tuvo el mayor éxito, fue en la tasación de los perjuicios de los demandantes. El debate en este aspecto fue probatorio. De acuerdo con la apelación del municipio, los documentos aportados por los demandantes no cumplían con las formalidades necesarias para poder ser consideradas en el proceso. Además, el peritaje en el que se basó el juez de primera instancia para tomar su decisión fue aportado por los demandantes y tuvo como base las pruebas que estos aportaron, sin que se valorara si estas debían ser consideradas o no.

El debate probatorio se centró en establecer si los estados financieros aportados por los demandantes cumplían con todos los requisitos de Ley y, en caso de no hacerlo, si estos debían ser considerados en el proceso. El municipio identificó de manera adecuada que muchos de los estados financieros no habían sido suscritos por contadores certificados, o no habían sido firmados por los representantes legales.

La apelación de los demandantes consideró que no tener en cuenta en el proceso los estados financieros de algunas de las empresas por no cumplir con los requisitos de ley condujo a una violación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas. El Tribunal, por el contrario, consideró que le asistía razón al municipio, pues:

La normativa invocada líneas atrás indica que cada requisito exigido para la debida presentación de los estados, obedece a la necesidad de asegurar que la información ahí contenida tenga concordancia con la plasmada en los libros de contabilidad. Así, la obligación de que el representante legal y el contador suscriban ese documento, y de esta manera lo certifiquen, constituye la vía que el legislador estatuyó para alcanzar dicha finalidad, al igual que sus notas explicativas. (Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, 2015)

Con este argumento, el municipio logró excluir a varios de los demandantes en el proceso de determinación de los daños causados a los comerciantes con la implementación del sistema de transporte. Así mismo, en el proceso se probó que varios demandantes no aportaron información contable que permitiera contrastar las ventas antes y durante la ejecución del proyecto. De esta manera, con un análisis muy detallado del material probatorio por parte del municipio, este logró que el número de demandantes tenidos en cuenta para establecer los perjuicios causados disminuyera de 33 a 6. Esto no significa que los demás integrantes del grupo no tuvieran derecho a ser indemnizados, sino que en el proceso no lograron probar el monto de los daños.

Así mismo, el Tribunal decidió que no es posible determinar de manera certera la razón por la que hubo una disminución en las ventas de cada negocio, aunque consideró que la implementación del transporte masivo tuvo un efecto negativo. Así, el Tribunal decidió que se debía indemnizar a los demandantes, pero que no era posible calcular la diferencia entre las ventas de los años en los que se construyó el proyecto y en los que no. En cambio, consideró que a esta diferencia se le debía calcular el porcentaje correspondiente a los ingresos netos (descontando los costos operacionales del negocio) y que a ese valor se le debía sustraer un 30%, que representa la disminución en las ventas que no puede ser explicada únicamente por la implementación del proyecto. De esta manera, el monto a indemnizar por parte del municipio y de la empresa de transporte pasó de \$645.693'991.449 a \$10.674'213.906. En esta medida, el municipio sólo tuvo que disponer de \$5.337'106.953 para cumplir con la sentencia, lo cual representa una disminución de alrededor de trescientos mil millones de pesos para el municipio.

Una disminución tan sustancial en el pago de perjuicios para el municipio significó un ahorro superior al medio billón de pesos para el municipio y la empresa de transporte del municipio. El éxito de los argumentos presentados por la defensa muestra la importancia que tiene la discusión probatoria alrededor de los perjuicios en las acciones de grupo. La defensa del municipio debe prestar especial atención a la manera en la que estos se tazan y a los medios probatorios utilizados por los demandantes para probar los daños, toda vez que en estos recae la carga de la prueba.

6.2.1.4 Caso “Relleno sanitario 1”

En el caso “Relleno Sanitario 1” (Consejo de Estado, 2012e) se demandó al municipio debido a los daños causados por el deslizamiento de un millón de metros cúbicos de basuras del relleno a los barrios aledaños, ocurrido en el año de 1997. El municipio había adjudicado a una compañía la construcción y operación del relleno sanitario, el cuál operó desde 1994 hasta el deslizamiento en el año 1997. De acuerdo con los demandantes, el municipio no realizó el debido control del contrato que le delegó la operación del relleno sanitario a la empresa, y únicamente empezó a realizar requerimientos e inspecciones después del deslizamiento. Para los demandantes, esta negligencia llevó a la falla

en el servicio que causó el derrumbe de uno de los muros de contención del relleno sanitario y a la consecuente avalancha de basuras, que afectó barrios de cuatro localidades del municipio.

En primera instancia el municipio es condenado, decisión que es confirmada por el Consejo de Estado en segunda instancia. En la sentencia se trataron dos temas muy relevantes para el análisis de las acciones de grupo: i) la determinación de los daños y ii) la tasación de los perjuicios.

i. La determinación de los daños

En el caso “Relleno sanitario 1” se debatió de manera tangencial la conformación del grupo afectado por el deslizamiento de basuras. Los demandantes alegaron que todas las personas que realizaban de manera frecuente cualquier actividad en los barrios afectados deberían ser indemnizadas, argumento que es acogido en primera y segunda instancia. Así, se determinó que las personas que pudieran comprobar que residían, estudiaban o trabajaban en los barrios ubicados en un radio de 5000 metros del deslizamiento, podían ser indemnizados.

Ahora bien, si la conformación del grupo no generó mayor debate en la sentencia, la determinación de los daños causados sí fue un punto de discusión. Para el Consejo de Estado el Tribunal acertó al reconocer el daño moral causado a los demandantes por la incertidumbre y el miedo generados por el deslizamiento en las personas afectadas. Así lo describió el Consejo de Estado:

El daño moral atiende principalmente “...a cubrir la lesión de los sentimientos, situaciones dolorosas, o menoscabo o deterioro de la integridad afectiva o espiritual dentro de determinado límite que no transvase a lo patológico “. Así las cosas, de la prueba testimonial y documental recaudada se puede colegir que las consecuencias ambientales generadas por el derrumbe del relleno sanitario de Doña Juana generó en la población afectada una sensación de angustia y miedo, por el desconocimiento de los efectos que sobre su salud podía llegar a tener la exposición continua al aire contaminado por las basuras. Si bien es cierto que en el proceso se demostró una actividad de información del distrito posterior al desastre, al presentarse la emergencia ésta fue insuficiente, razón por la cual la comunidad se sumió en una situación de incertidumbre, aumentada por las afecciones que presentaban y que fueron atendidas en las diferentes unidades móviles de salud y Hospitales. En consecuencia, en este punto se confirmará la sentencia de primera instancia. (Consejo de Estado, 2012e)

Así mismo, el Consejo de Estado consideró que el “daño a la vida en relación” alegada por los demandantes no puede derivarse de un daño generalizado a la salud, y por esta razón decidió no conceder este reclamo. Adicionalmente, estableció que en el caso concreto no se acreditó un daño específico a la salud, y que, por lo tanto, este tampoco sería reconocido. Al respecto, el Consejo de Estado citó al Tribunal de primera instancia al señalar que:

En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones. (Consejo de Estado, 2012e)

Aun así, el Consejo de Estado consideró que sí existió una afectación a los derechos constitucionales a la intimidad, la recreación y la educación. Al analizar la posibilidad de indemnizar el daño al

derecho a un ambiente sano, el Consejo de Estado consideró que no era posible individualizar este derecho, pero que su afectación se veía reflejada en los derechos subjetivos ya reseñados, los cuales sí pueden ser indemnizados. De esta manera, el Consejo de Estado reconoció la afectación que el deslizamiento de basuras tuvo sobre estos derechos subjetivos en el conjunto del grupo, y ordenó al municipio resarcir este daño.

Una última discusión alrededor de los daños es la depreciación de los bienes inmuebles en el área de influencia del relleno sanitario. El Consejo de Estado consideró, en concordancia con lo alegado por el municipio, que estos daños no fueron probados en el proceso, y que por lo tanto no podían ser tenidos en cuenta para la estimación de la indemnización que debía pagar el demandado. El Consejo de Estado consideró, también, que no hubo individualización del daño por parte de los demandantes, quienes intentaron probarlo mediante un peritaje que estimó la depreciación de los inmuebles en un 9%. Para el Consejo de Estado, esta prueba no era idónea para probar el daño alegado, pues:

Al igual que lo consideró el Juez de primera instancia, para la Sala esta prueba se torna ineficaz, ya que para tener certeza respecto de la baja en el valor comercial de las propiedades era necesario realizar un avalúo comercial de los bienes individualmente considerados, por su área y características arquitectónicas. De igual manera, no existen en el proceso medios probatorios que acrediten cuál era el valor de los inmuebles antes y después de la ocurrencia de los hechos haciendo imposible para el operador judicial determinar si se dio o no una disminución en el mismo. (Consejo de Estado, 2012e)

A lo largo de esta sección se ha visto la importancia que tiene en las acciones de grupo la individualización del daño, en respuesta al carácter indemnizatorio de la acción. De esta manera, la defensa de las ciudades capitales es exitosa cuando logra probar que los daños alegados por los demandantes no han sido individualizados de manera adecuada y que, por lo tanto, no es posible restituir a los demandantes. Es así como los aspectos probatorios del proceso cobran importancia a la hora de definir cuáles daños son indemnizables.

ii. Tasación de los perjuicios

La manera en la cual el Consejo de Estado tazó los perjuicios en el caso de “Relleno sanitario 1” reflejó lo generalizados que fueron los daños causados por el derrumbe para los habitantes de la ciudad. El Consejo de Estado definió, de acuerdo con uno de los informes periciales presentados por los demandantes, un área de influencia en la que todas las personas tenían derecho a una indemnización. Este grupo fue definido por la distancia que hay entre el lugar del derrumbe y los barrios afectados. De este modo, todas las personas que acreditaron que vivían, trabajaban o estudiaban en un radio de 5 kilómetros a la redonda del lugar tenían derecho a una indemnización.

Así mismo, el Consejo de Estado, en consonancia con la decisión de primera instancia, consideró que no todos los miembros del grupo fueron afectados en la misma medida por la avalancha de basura. A partir de esta consideración, la corporación decidió dividir el grupo en tres subgrupos, definidos por la distancia entre el derrumbe y los barrios afectados. Los tres subgrupos se definieron de la siguiente manera:

“Subgrupo Uno: de 0 a 1500 mts alrededor del foco emisor.

Subgrupo Dos: de 1500 a 3000 mts alrededor del foco emisor

Subgrupo Tres: de 3000 a 5000 mts alrededor del foco emisor.”

El Consejo de Estado consideró que la indemnización adecuada para cada uno de los daños probados en el proceso (daño moral y daño derivado de la afectación a derechos constitucionales) sería de tres salarios mínimos para el primer subgrupo, de dos salarios mínimos para el segundo subgrupo y de un salario mínimo para el tercer subgrupo. De esta manera, el primer subgrupo tuvo derecho a una indemnización total de seis salarios mínimos, el segundo subgrupo a una de cuatro salarios mínimos y el tercer subgrupo a uno de 2 salarios mínimos.

Siguiendo esta lógica, para determinar el monto que debía destinar el municipio para indemnizar a las personas indeterminadas que fueron afectadas por el deslizamiento de basuras del relleno sanitario, el Consejo de Estado consideró que se debía calcular el monto como si todos los afectados fueran miembros del subgrupo uno. Así lo explicó el Consejo de Estado:

En consecuencia, la Sala tomará como criterio para calcular el monto de la indemnización que corresponde a quienes no se hicieron parte del proceso el censo de usuarios de los servicios de acueducto y alcantarillado de las localidades de Kennedy, Rafael Uribe, Ciudad Bolívar, Usme, San Cristóbal, Tunjuelito y Bosa, aportado al proceso en medio magnético por la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá. En este caso concreto, se hará la liquidación como si el número total de usuarios pertenecieran al subgrupo 1, es decir el monto se calculará como si a cada uno se reconociera 3 salarios mínimos por concepto de daño moral y 3 salarios mínimos por la afectación de bienes constitucionales. (Consejo de Estado, 2012e)

Esta decisión hizo que los montos que tuviera que reservar el municipio para indemnizar a las personas afectadas por la avalancha ascendieran a \$223.000.000.000 (doscientos veintitrés mil millones de pesos), causando una grave afectación fiscal al municipio.

6.3 DEFENSA DE LOS ENTES TERRITORIALES

Después de realizar un análisis detallado de estos casos emblemáticos de acción de grupo, nos ocuparemos de presentar de forma concisa algunos casos que nos permiten evaluar la efectividad de alegar ciertas excepciones.

6.3.1 Cosa juzgada

En cuanto a la defensa de cosa juzgada, debe tenerse en cuenta el principio constitucional de “*non bis in idem*” que hace parte del derecho al debido proceso contenido en el art 29 de la Constitución Nacional. Este principio establece que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos (Consejo de Estado, 2007). Así las cosas, se deben hacer precisiones sobre la figura de cosa juzgada.

El artículo 303 del Código General del Proceso establece tres requisitos para la existencia de cosa juzgada, a saber: 1) identidad de objeto; 2) identidad de causa; 3) identidad jurídica de partes.

- i. **Identidad de objeto:** se refiere a la finalidad de la acción, que puede ser indemnizatoria, como en el caso de la acción de grupo, o preventiva, como la acción de grupo o la acción de tutela.
- ii. **Identidad de la causa:** hace referencia a la razón por la que se demanda.
- iii. **Identidad jurídica de las partes:** se refiere a que la sentencia de la cual se pretende derivar la cosa juzgada no tenga efectos entre las partes, sino que su alcance sea general (*erga omnes*). Un ejemplo de sentencia de alcance *erga omnes* es la acción popular.

En suma, para que se declare la existencia de la cosa juzgada se deben reunir estos tres requisitos. A continuación, se analizarán dos casos en los que se invocó la cosa juzgada como excepción previa en

procesos judiciales de acciones de grupo. El primer caso ejemplifica una invocación errónea de esta excepción, mientras que en el segundo caso se alegó la cosa juzgada de forma exitosa.

En el caso que hemos denominado “Relleno sanitario 2” (Consejo de Estado, 212e), los demandantes alegaban perjuicios producidos por residuos peligrosos que fueron arrojados al relleno sanitario de la ciudad y que causaron diversas enfermedades a los habitantes de las comunidades aledañas, además de desvalorizar los predios de la zona e impedir la locomoción cerca del relleno sanitario.

En este caso, la excepción de cosa juzgada fue presentada por la Corporación Autónoma Regional-CAR, la cual también fungía como demandada. Esta corporación argumentó que el Tribunal Administrativo había resuelto en el año 2001 una acción popular por los mismos hechos (identidad de causa) y con las mismas partes (identidad jurídica de las partes). Sin embargo, la evaluación del Consejo de Estado señaló que, por la naturaleza de la acción popular y la acción de grupo, respectivamente, no existía cosa juzgada. La Sala resaltó que la acción popular tiene carácter preventivo mientras la acción de grupo tiene carácter indemnizatorio. Así las cosas, no hay identidad de objeto entre estas dos acciones y por tanto no se configuró la cosa juzgada.

En el caso que hemos denominado “trabajadores informales” (Consejo de Estado, 2004), el perjuicio surge de la recuperación del espacio público por parte de las autoridades del municipio, con fundamento en una orden emitida por la Alcaldía. Esta decisión llevó al desalojo de los vendedores informales que obtenían beneficios económicos al trabajar en el espacio público. En esta oportunidad el Consejo de Estado, de forma oficiosa, advirtió que sobre los mismos hechos (identidad de causa) y con las mismas partes (identidad jurídica de las partes) se adelantó previamente una acción de grupo ante el Tribunal Contencioso Administrativo, que fue fallada en el año 2003. En consecuencia, por tratarse del mismo tipo de acción, existía identidad de objeto. De esta forma, el Consejo de Estado declaró la cosa juzgada ante la concurrencia de los tres requisitos, y revocó la sentencia de primera instancia en la cual el Tribunal no había advertido esta situación.

Los casos aquí señalados muestran que no se configura la cosa juzgada cuando, a pesar de existir identidad de partes e identidad de causa, se está ante acciones con objeto diferente. Debe entonces tenerse en cuenta que la finalidad de la acción de grupo es de carácter indemnizatorio, por lo que no es procedente una excepción que busque declarar la cosa juzgada entre una acción de grupo y una acción popular.

6.3.2 Ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones

El artículo 88 del Código General del Proceso autoriza la acumulación de pretensiones, siempre que se cumplan tres requisitos:

- 1 | Que el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía.
- 2 | Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.
- 3 | Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

Así, se configura la indebida acumulación de pretensiones cuando la demanda no reúne estos requisitos (Corte Constitucional, 1999).

En el caso que hemos denominado “Urbanización Aurora II” (Consejo de Estado, 2003) los hechos giran en torno a los perjuicios derivados de daños en tuberías de aguas domiciliarias y aguas residuales, y a la existencia de filtraciones de agua que fueron advertidas e ignoradas al momento de construir la urbanización.

En el caso que nos ocupa, el Distrito alegó la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones. Lo anterior por cuanto la demanda pretendía acumular pretensiones dirigidas tanto a evitar el daño producido por los vicios redhibitorios de las estructuras que estaban a cargo de la sociedad constructora, como aquellos dirigidos a la reparación de los perjuicios ocasionados a los demandantes.

El Consejo de Estado acogió esta excepción, ya que algunas de las pretensiones contenidas en la demanda tenían la finalidad de suprimir el riesgo de la condición de las viviendas, es decir, tenían un objeto preventivo propio de la acción de tutela o la acción de grupo. Por el contrario, otras pretensiones buscaban el reconocimiento de una indemnización, objeto propio de la acción de grupo. Frente a esta dualidad de la demanda, la Sala decidió proferir sentencia únicamente sobre las pretensiones encaminadas a obtener la reparación de perjuicios.

6.3.3 Legitimación en la causa por activa

En el caso “Urbanización Aurora II”, explicado en el acápite anterior, hay un argumento que lleva a que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Este es la excepción de falta de legitimación en la causa por activa.

El Consejo de Estado de forma oficiosa determinó la configuración de esta excepción, por cuanto quien fungía como demandada era una persona jurídica que representaba los intereses de una colectividad. Esta situación no es válida en el caso de las acciones de grupo, para las cuales la ley exige de forma expresa la individualización de los daños sufridos. En el caso concreto la copropiedad del edificio es la que demanda, pero esta no hace parte del grupo que se vio afectado, y no puede representar los intereses de los dueños de los apartamentos. Por esta razón, la Sala entendió que la asociación como persona jurídica autónoma no había sufrido ningún perjuicio y por lo tanto no podía tener intereses indemnizatorios, al ser los dueños de los apartamentos quienes sufrieron los daños.

6.3.4 Caducidad

En el caso que denominamos “Cobro ilegal de tarifas” (Consejo de Estado, 2005), los demandantes consideraron que se causó un daño por el cobro de un tributo que no había sido fijado por el Concejo Municipal, es decir, que al momento de su cobro no existía legalmente. Sin embargo, el Tribunal en primera instancia identificó de forma oficiosa la configuración de la caducidad.

Debe tenerse en cuenta que el término de caducidad de las acciones de grupo es de dos años. Así las cosas, el daño dejó de causarse con la expedición del Acuerdo de 2002, el cual reguló el tributo exigido a los demandantes. Frente a esta situación, el Consejo de Estado determinó que, para la fecha de presentación de la demanda (el 16 de diciembre de 2004) ya habían transcurrido los dos años señalados por la ley para la configuración de la caducidad. En consecuencia, la Sala decidió confirmar la sentencia de primera instancia, por medio de la cual se rechazó la demanda por caducidad de la acción.

6.3.5 Inexistencia del daño

El caso que hemos denominado “vendedores ambulantes” (Consejo de Estado, 2005) se centra en la recuperación del espacio público que produjo perjuicios materiales para los demandantes, quienes laboraban como vendedores ambulantes y alegaban ejercer derechos de posesión. En este caso la defensa alegó que no se causó un daño, por cuanto los demandantes no ocupaban un predio, sino

que ejercían la actividad ilegal de ocupar el espacio público. De esta forma, la actuación de la administración se limitó a dar cumplimiento de la Constitución y la Ley.

Frente a esta argumentación, el Consejo de Estado determinó que los posibles perjuicios derivados de la recuperación del espacio público no surgieron de la actuación de la administración; en cambio, tenían su origen en la conducta ilegal desarrollada por los accionantes. El Consejo de Estado sustentó su argumento en una resolución emitida por la Alcaldía Local, mediante la cual se declaró previamente a los accionantes como contraventores por ocupación del espacio público en zona verde y se ordenó su recuperación. Al determinar la inexistencia del daño, la Sala confirmó la sentencia de primera instancia que había negado las pretensiones de la demanda.

6.3.6 Oficiosidad

Tras el análisis de estas acciones de grupo, se destaca que tanto en el caso denominado “Trabajadores informales”, como en el caso “Cobro de tarifas”, se logró un desenlace positivo para los municipios gracias a la acción oficiosa de cada Sala, las cuales identificaron la existencia de cosa juzgada y de caducidad, respectivamente.

Esto indica una inadecuada evaluación por parte de las respectivas defensas al momento de responder la demanda, por cuanto no se advirtieron los yerros procesales oportunamente. De haberse mostrado a tiempo estos yerros, se habría evitado el desgaste procesal que conlleva un análisis de fondo en las sentencias.

6.4 ONEROSIDAD DE LA ACCIÓN DE GRUPO

Como pudo observarse con las cifras a nivel nacional y municipal en materia de acciones administrativas, la acción de grupo es extremadamente onerosa a pesar de representar un pequeño porcentaje de los procesos judiciales activos. Por tanto, este acápite se centrará en analizar las razones que llevan a que los montos de las pretensiones económicas sean desproporcionadamente altos.

La naturaleza de la acción de grupo permite no solo que el grupo que interpone la demanda reciba indemnización, sino que la decisión cobija a la totalidad de individuos perjudicados. Esto deriva en situaciones como la evidenciada en el caso “Barrio San Francisco”, donde de un número inicial de 1669 demandantes se reconoció como perjudicados a un total de 6054 personas. Esto no ocurre en otro tipo de acciones, en las que la indemnización sólo se reconoce a quienes integraron la parte demandante del proceso.

Esta característica de la acción de grupo de cobijar a todos los afectados puede tener graves consecuencias, pues una condena con 6054 personas representa un impacto fiscal enorme para la parte demandada, que no puede ser previsto al momento de la notificación de la demanda.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que adelantar una acción de grupo resulta considerablemente más eficiente para el grupo de afectados frente a la posibilidad de interponer diversas demandas, por ejemplo, de reparación directa. En otras palabras, la acción de grupo disminuye los costos en los que incurrir los demandantes, en la medida en que sólo se necesita que uno de ellos sea representado por un abogado, mientras permite que se busque la indemnización de todo el grupo. De este modo, los demandantes individuales tan sólo tienen la carga de aportar las pruebas necesarias para demostrar el daño individual al que fueron sometidos. Incluso si no logran probar el monto del daño en el proceso, los demandantes podrán acceder de manera posterior a la indemnización, al cumplir

con los criterios establecidos en la sentencia. Un ejemplo de un caso como este es el del “Transporte masivo”, en el que varios demandantes no aportaron pruebas suficientes para cuantificar los perjuicios que se le causaron, pero se les dio la oportunidad de presentar las pruebas necesarias para cuantificar el daño de manera posterior.

Así mismo, el caso de “Relleno sanitario 1” nos permite ver una segunda razón por la que los perjuicios pueden llegar a ser tan onerosos en este tipo de acción: los daños morales. En la medida en que existe unicidad del hecho dañoso, es muy sencillo para los demandantes probar que el daño moral que se causó es extensible a todos los miembros del grupo. En el caso de “Relleno sanitario 1” no fue necesario probar el daño sufrido por cada miembro del grupo, sino que este se consideró probado a partir de los testimonios de algunos de los miembros. En esta medida, al expandir el alcance del daño moral a todos los miembros de un grupo, se aumenta el monto de los daños de manera muy significativa en esta acción.

6.5 RECOMENDACIONES

Todos los casos reseñados tienen como factor común una clara existencia del daño imputable a los municipios. Sin embargo, la correcta argumentación de excepciones previas y la advertencia de yerros procesales permiten llegar a un fallo ajustado a los intereses de la defensa. Así las cosas, una defensa efectiva debe centrarse en verificar aspectos de forma de la demanda, como la debida acumulación de pretensiones. Sin embargo, ninguna defensa debe ignorar la importancia de atacar la existencia del daño o el nexo causal para asegurar un fallo exitoso.

Se destaca la importancia de que los encargados de la defensa jurídica de las entidades territoriales tengan clara la diferencia en el objeto de las distintas acciones, por cuanto tener clara la finalidad netamente indemnizatoria de la acción de grupo permite identificar con rapidez la configuración de una cosa juzgada o de una indebida acumulación de pretensiones. Un segundo punto de relevancia para lograr una defensa efectiva consiste en la valoración y discusión de las pruebas aportadas por los demandantes en el proceso. La carga de la prueba en las acciones de grupo recae en el demandante, por lo que una adecuada valoración probatoria puede llevar a una disminución enorme de los perjuicios en el proceso.

Varios de los casos aquí señalados han resultado en fallos en los que se niegan las pretensiones de la demanda. Sin embargo, en muchas ocasiones esto es atribuible a la acción oficiosa de los jueces, mas no de los argumentos de defensa de los municipios. Esto demuestra una defensa inadecuada. En este sentido, se recomienda verificar el tiempo de caducidad de la acción, la concordancia de las pretensiones con la acción, y la correcta individualización de los perjuicios y de los demandantes, al momento de realizar la contestación de la demanda.

6.5.1 Recomendaciones de litigio

A partir de las temáticas evaluadas a lo largo de este capítulo, proponemos recomendaciones aplicables a los litigios en materia de acción de grupo, que pueden mejorar la defensa.

Recomendaciones de litigio

- Se debe realizar un estudio del escrito de demanda y sus anexos, para verificar el cumplimiento de todos los requisitos procesales de la acción.
- Se debe conocer la diferencia de objeto entre las diversas acciones para poder formular excepciones como cosa juzgada o indebida acumulación de pretensiones
- Se deben tener en cuenta las particularidades de la composición del grupo, por ejemplo, que solo una persona puede interponer la acción en representación de todos los afectados.
- Se debe evaluar el material probatorio para atacar la composición del grupo y desestimar los montos de perjuicios.

Tabla 30 - Fuente: Elaboración Propia.

6.5.2 Recomendaciones de política pública

La acción de grupo puede derivar en enormes condenadas debido a inefectivas políticas públicas, o a la existencia de daños imputables a los municipios. Es por esta razón que es fundamental tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

Recomendaciones de política pública

- Cumplir a cabalidad con las funciones de vigilancia y control sobre obras públicas u obras privadas donde se otorgó licencia o permiso de construcción.
- Optar por la conciliación como método de solución efectiva de conflictos ante casos de acción de grupo donde hay una adecuada composición del grupo y material probatorio suficiente para demostrar el daño. Esto con el objetivo de disminuir el monto a pagar.
- Evaluar la potencialidad de una demanda de acción de grupo a partir de las acciones populares. Esto permite al municipio estar preparado para demandas futuras.

Tabla 31 - Fuente: Elaboración Propia.

7. DESAFÍOS HUMANOS, TECNOLÓGICOS Y DE PROCESOS EN LA DEFENSA JURÍDICA DE LAS CIUDADES CAPITALES

7.1 INTRODUCCIÓN

Con el fin de entender los retos que enfrentan las ciudades capitales en materia de defensa jurídica, el equipo de investigación realizó tres grupos focales con funcionarios de secretarías y oficinas jurídicas directamente involucrados con los procesos judiciales en los que las alcaldías actúan como demandadas.³ Los funcionarios que participaron en los grupos focales representaban los equipos jurídicos de tres categorías de ciudades: capitales con niveles altos, intermedios y bajos de recursos y capacidad institucional para la defensa jurídica. En total, los grupos focales contaron con representantes de nueve ciudades capitales⁴ que, siguiendo la metodología de entrevistas grupales focalizadas (Morgan, 1996),⁵ no sólo respondieron a las preguntas hechas por el equipo de investigación, sino que también deliberaron con los otros miembros del grupo para llegar a conclusiones sobre los principales desafíos y perspectivas de la defensa jurídica en estas entidades territoriales.

A continuación, presentaremos los resultados de los grupos focales, los cuales organizamos según los tres desafíos principales que identificamos en las entrevistas grupales con los miembros de equipos jurídicos, a saber: (i) humanos, (ii) tecnológicos y (iii) de procesos. Aunque interrelacionados, cada uno de estos desafíos apela a aspectos distintos de los procesos de defensa jurídica en las ciudades capitales y pone en evidencia diversos retos que surgen de la práctica diaria de los abogados y abogadas que defienden los intereses de las ciudades capitales.

7.2 DESAFÍOS HUMANOS

La defensa jurídica de las ciudades capitales está en cabeza de profesionales del derecho que experimentan altas cargas de trabajo, que en un porcentaje alto de casos no tienen un contrato laboral sino de prestación de servicios, y que están expuestos a una gran diversidad de asuntos jurídicos que no permiten la especialización en un área concreta.

Uno de los resultados más importantes de nuestros grupos focales es que los desafíos que enfrentan los equipos jurídicos de las ciudades capitales impactan directamente la calidad de las defensas de estas. Lo anterior ya que se evidenció que la carga desmedida de trabajo, la inestabilidad laboral, la división entre personal contratista y trabajadores de planta, la falta de continuidad de la defensa jurídica debido a los constantes cambios de equipos, los problemas de actualización y formación en temas jurídicos, entre otros factores, inciden de manera clara en muchos de los vacíos en la defensa jurídica que identificamos en este estudio.

A continuación, discutiremos desde la perspectiva de los mismos defensores y defensoras jurídicos, las razones por las cuales enfrentar los desafíos humanos de la defensa jurídica debe ser una de las prioridades de las administraciones locales. Entender dichos retos es muy relevante si lo que se busca es mitigar el impacto negativo del daño antijurídico sobre los presupuestos y la capacidad de formular políticas públicas por parte de las ciudades capitales del país.

³ Estos grupos focales se realizaron en el mes de enero de 2020 y los días 13 y 14 de agosto del mismo año.

⁴ La ciudad participante en el grupo focal del mes de enero fue Quibdó. En este participaron Fidel Lemus, secretario de Hacienda de Quibdó; Gloria Palacios, miembro de la secretaría jurídica del municipio, y Lina Mosquera, de la oficina de comunicaciones del municipio. Las ciudades participantes en los grupos focales del mes de agosto fueron: Barranquilla, Armenia, Cali, Cartagena, Medellín, Bogotá, Tunja, y Florencia.

⁵ De acuerdo con Morgan (1996) los grupos focales son una herramienta investigativa que busca recolectar información de un tema determinado por el investigador mediante la interacción entre los participantes del grupo. En esta medida, las experiencias de los participantes se contrastan y retroalimentan en la interacción, permitiendo al investigador contrastar las experiencias de cada uno de los participantes.

En primera instancia, se debe destacar que en los tres grupos focales surgió un tema recurrente referido a los desafíos humanos de la defensa jurídica de las ciudades: los impactos negativos de la proporción de personal de planta y contratistas en las oficinas o secretarías jurídicas de las alcaldías. Aunque esta proporción varía de entidad a entidad, siendo superior el número de personal contratista al de planta en un buen número de alcaldías, se pudo identificar que cuando existe una gran cantidad de contratistas, la continuidad, y en ocasiones la calidad de las defensas jurídicas, tienden a salir afectadas de manera negativa.

Cuando un contratista no cuenta con la suficiente experiencia o conocimiento de un proceso judicial que puede llevar más de cinco años ante un juzgado o tribunal, son muchas veces los defensores jurídicos de planta quienes deben asumir la carga laboral de los abogados contratistas. Paradójicamente, según varios participantes de los grupos focales, con frecuencia la vinculación de contratistas en el área de defensa jurídica puede ser una carga adicional para los defensores de planta y no un apoyo o un aligeramiento de una carga laboral que muchas veces es excesiva.

El participante de un grupo focal ponía de presente dicha división entre personal contratista y de planta, así como sus efectos sobre la continuidad de los procesos de defensa judicial:

En el caso del municipio de X, somos 3 abogados de planta y abogados contratistas son 10, estamos hablando de un promedio de 70% contratistas que muchas veces, y para fortuna de la oficina, cambian cada 4 años, pero hay otras situaciones en las que cambian cada año, cada seis meses, cada dos años. Esto impide que haya una continuidad en la defensa.

En ocasiones, como lo manifestaron varios participantes de los grupos focales, el número de contratistas que ejercen funciones de defensa jurídica supera por mucho el de defensores de planta. Así, mientras un participante afirmó que “la planta global de nuestra secretaría jurídica es muy pequeña, yo diría que el 60% de nuestros compañeros son contratistas”, otro sostuvo que “en el área de defensa jurídica somos 16 abogados. [...] De planta son 3 abogados y en desarrollo de la convocatoria están pendientes de que se posesionen dos. El resto somos contratistas.” Otra entrevistada vinculada a la oficina jurídica de una ciudad capital puso de presente que en algunas alcaldías, especialmente las de menores recursos y capacidad institucional, los contratistas se encargan de la defensa jurídica ante la ausencia de personal de planta. En este sentido, esta entrevistada sostuvo lo siguiente:

En temas de litigio, yo soy casi que sola en el área de contratación, de defensa judicial, acciones de tutela, de PQRS, me toca a mí todo solita [...] En mi área jurídica no hay personal de planta, solamente soy yo como contratista.

Varios entrevistados sostuvieron que la falta de continuidad de los miembros de los equipos afecta los resultados de la gestión jurídica. Por ejemplo, un participante de los grupos focales sostuvo que “el tema de contratistas le da un golpe duro a lo que es la defensa. Porque por bien que les vaya duran los cuatro años, pero llega el cambio de gobierno y cambian a casi todos los contratistas.”

Lo anterior se ve agravado por el hecho de que un gran porcentaje de los contratistas no conoce los procesos burocráticos al interior de las entidades, los cuales tienden a ser lentos y pueden afectar de diversas maneras los procesos judiciales en los cuales las ciudades actúan como demandadas. Adicionalmente, varios participantes mencionaron que algunos contratistas, debido a la misma naturaleza provisional de sus contratos de prestación de servicios, no tienen un compromiso institucional estable con las administraciones locales, especialmente si se les compara con los empleados de planta.

Al respecto, una participante de los grupos focales manifestaba su impresión sobre el impacto que tiene la falta de continuidad de los contratistas sobre lo que ella llama “la memoria histórica” de los procesos de defensa jurídica: “Para mí sí ha sido horrible, porque al no tener personal de planta, al

llegar y ver que la memoria histórica de la oficina ya no está, pues me ha tocado muy duro. Me ha tocado buscar documentación, leer los contratos y ver qué pasó.”

Esta misma percepción de falta de articulación y pérdida de “memoria institucional” que produce la inestabilidad laboral de los contratistas fue reiterada por otro participante de los grupos focales, quien afirmó que:

Antes de subir todo a la nube y digitalizarlo sí tuvimos algún inconveniente, porque a los de planta nos tocaba asumir lo que quedaba pendiente de los compañeros contratistas mientras les renovaban el contrato, y no tenías información porque ellos se llevaban los expedientes y no los devolvían, pero afortunadamente eso ya se resolvió.

Sin embargo, el impacto del personal contratista sobre la calidad de la defensa jurídica es solo uno de los desafíos que enfrentan los equipos humanos de las secretarías y oficinas jurídicas de las alcaldías de las ciudades capitales. Otro elemento que resaltaron los participantes de los grupos focales es la alta carga de trabajo y la forma como se distribuyen los casos. Así, un defensor jurídico subrayaba que los procesos judiciales:

Algunas veces se reparten teniendo en cuenta el grado de especialización de cada abogado o funcionario y otras veces teniendo en cuenta el perfil de cada uno. En ciudades grandes como Bogotá es común que cada abogado o funcionario tenga que llevar una gran cantidad de procesos por sí solo (hasta 100). Este alto volumen de litigio entorpece en gran medida la calidad de la defensa y el conocimiento a fondo de cada caso por parte de los abogados.

En nuestros grupos focales fue reiterativo el tema de la altísima carga laboral que deben asumir los defensores jurídicos de las ciudades capitales, independientemente del nivel de complejidad del municipio o distrito. Un participante resaltaba que “hay compañeros que pueden estar llevando en el mes 150 tutelas [...] Yo estoy durando 14 horas diarias dedicadas al trabajo.” Muchos entrevistados señalaban que las acciones de tutela representan una carga desmedida para los defensores. Así, un miembro de equipo jurídico señalaba que “los compañeros de defensa tienen alrededor de 150 a 220 procesos. En el tema de tutela, sólo el mes pasado nos llegaron 170 acciones constitucionales.” En municipios de menor complejidad, es común que los defensores tengan a su cargo un alto volumen de casos y que tengan que cubrir una gran diversidad de temas. Por ejemplo, un participante de los grupos focales que hace parte del equipo jurídico de un municipio pequeño añadía que “realmente mi trabajo es de lunes a lunes, incluyendo sábados y domingos porque soy la única persona en el tema jurídico; entonces me toca responder derechos de petición, tutelas... Cada semana me llega una tutela. La semana pasada me llegaron tres demandas.”

Dos participantes reflexionaron sobre la interrelación entre el alto volumen de casos en cabeza de los defensores jurídicos y la calidad de la defensa jurídica de las ciudades capitales. De manera interesante, para uno de los participantes se trata de una relación de doble vía. Por una parte, tener una defensa jurídica deficiente o débil incentiva la litigiosidad ya que los equipos jurídicos no tienen capacidad para mitigar las causas que conducen a los altos volúmenes de demandas. Pero, por otra parte, los altos volúmenes de casos judiciales tienen un impacto en la calidad de las estrategias litigiosas, ya que resulta imposible para un abogado dedicarle todo el tiempo que exige una defensa jurídica de alta calidad. En esta línea, uno de los participantes manifestaba que “si no hay una buena política de defensa, la carga laboral siempre va a ser alta, porque una buena política de defensa va a mermar el volumen de procesos por funcionario.”

Este mismo punto fue retomado por otro participante, defensor jurídico de un municipio de complejidad intermedia, quien concluía su reflexión sobre la alta carga laboral y la calidad de la defensa jurídica del siguiente modo:

No se presta la importancia que deben tener las Oficinas Jurídicas de las entidades y se recarga el trabajo muchas veces en el secretario o asesor de la dependencia. Por ejemplo, en el caso del municipio de X el secretario jurídico está a cargo de la revisión de actos administrativos que van para firma del alcalde, decretos, revisa documentos de otras dependencias [...] Esta sobrecarga hace que muchas veces se deje a un lado la defensa judicial o pasen errores que permitan que se instauren demandas contra el municipio.

Otro entrevistado sostuvo, respecto a la interrelación entre litigiosidad y calidad de la defensa jurídica que “la carga sí afecta la calidad de la defensa. Yo escuchaba a alguien de la ANDJE que decía que la carga de un abogado, para que hiciera bien su trabajo, debía oscilar entre los 30 y 40 procesos. Fácilmente en la oficina cada abogado maneja más de 100 procesos.”

Finalmente, debido a su alta carga laboral las defensas jurídicas de las ciudades capitales no pueden recabar pruebas o presentar evidencias que podrían ser claves en los procesos judiciales en los cuales las ciudades capitales son demandadas. Por ejemplo, un participante afirmó que:

Hay muchas pruebas que se requieren y exigen gasto económico, pero no tiene uno ese apoyo de por ejemplo tener sus propios investigadores (...) a disposición. De poder tener una mejor preparación y reacción. Es que la capacitación es muy importante en los funcionarios que van a hacer la defensa del municipio. Pero me parece que, si las administraciones dedicaran un poco más de dinero para contratar unos buenos investigadores y hacer unas buenas pruebas técnicas, sería mucho más flexible el trabajo de uno.

Como lo sugieren los argumentos del defensor jurídico, debido al alto volumen de procesos judiciales que deben llevar los equipos de defensa, muchas veces es imposible que las ciudades capitales puedan defenderse en igualdad de condiciones probatorias en sede judicial. Lo anterior es preocupante ya que, como hemos visto a lo largo de este libro, salir triunfante en un proceso judicial depende muchas veces de la calidad de las pruebas que se puedan aportar en el proceso.

7.3 DESAFÍOS TECNOLÓGICOS

Como se ha mostrado en los casos de la defensa jurídica de la nación, y de ciudades como Bogotá, la calidad y los resultados de la defensa jurídica de entidades públicas depende muchas veces de que los defensores puedan tener acceso a plataformas informáticas y tecnológicas que apoyen el seguimiento de procesos y que permitan acceder a la “memoria histórica” del litigio contra los municipios y distritos. En el caso concreto de Bogotá, contar con una plataforma que ayuda a los defensores a monitorear los casos a su cargo y del resto del equipo ha sido decisivo para racionalizar los procesos de defensa jurídica. No obstante, esta no es la situación en muchas ciudades capitales del país, tal como constatamos en los tres grupos focales. Así mismo, resultó evidente la necesidad de que las ciudades capitales adopten este tipo de plataformas, lo cual puede ser posible a través de acuerdos entre ciudades o con la nación, por ejemplo, por medio del acceso a plataformas como MUISCA, desarrollado por la ANDJE, o SIPROJ, creado por la alcaldía de Bogotá.

Como lo manifestaron varios participantes de los grupos focales, algunas ciudades con altos niveles de complejidad, como Bogotá, Cali y Barranquilla, cuentan con bases de datos y plataformas electrónicas que facilitan la consulta y el seguimiento de los procesos en los que la entidad es parte. Algunos entrevistados concordaron en que dichas herramientas son útiles y cumplen con sus propósitos. Por ejemplo, según uno de los participantes las plataformas para el litigio permiten hacer cálculos que son esenciales para estimar el pasivo contingente o el daño antijurídico de las ciudades capitales:

Por ejemplo, si se metió un proceso pidiendo la nulidad de un decreto que expidió el alcalde, por el sistema yo me puedo meter y buscar ese decreto. Ahí me entero de que hay tres demandas que ya se han presentado. Y yo no necesito preguntarle a nadie, me dice que hay tres demandas, me dice quién las tiene, me dice cómo están, aparecen las contestaciones y todos los estados.

Otro participante de los grupos focales explicaba que una plataforma online “sirve para hacer consulta. A mí me reparten una demanda de X tema y yo la puedo también buscar por el tema. Entonces me ayudo con otros pronunciamientos que ya se han hecho.”

El cálculo del pasivo contingente, según varios participantes, es fundamental para que las ciudades capitales prevean el impacto fiscal del litigio en su contra y puedan desarrollar estrategias preventivas para mitigar la litigiosidad. Por ejemplo, uno de los participantes sostuvo que:

El SIPROJ tiene unos módulos para cada tipo de procesos, pero además nosotros hacemos una calificación trimestral de un sistema que está diseñado junto con la Secretaría de Hacienda. En el sistema se registra el valor de la pretensión inicial, y se deberá ajustar en la medida en que irá saliendo el resultado del fallo.

Sin embargo, en ciudades pequeñas, según varios participantes, no se cuenta con estas herramientas y el seguimiento de los procesos se hace a través de programas como Excel, en el mejor de los casos. En general, la virtualidad sigue siendo ajena a las dinámicas de estas oficinas jurídicas y no hay acceso a ningún tipo de información que no provenga de los archivos físicos, los cuales muchas veces no están disponibles o no están sistematizados. De este modo, cada funcionario organiza y actualiza la información relevante a sus casos de manera independiente e informal, lo cual impide la articulación entre diferentes miembros del equipo y dificulta la preservación de la “memoria litigiosa” para los defensores que en un futuro retomarán el caso. Esta situación fue resaltada por el defensor jurídico de una ciudad intermedia, según el cual “no tenemos acceso a ninguna plataforma jurídica, ni de consulta ni de control de procesos. [...] Actualmente se está en estudios, parece que van a implementar una plataforma para el control de los procesos.”

Otro miembro de un equipo jurídico señaló que “en alguna época se manejó un Excel en Drive que adelantaba cada profesional, pero no fue efectivo porque se perdía información. Entonces cada profesional maneja la información de los procesos que tiene a cargo.”

Las consecuencias negativas de no contar con una plataforma o sistema informático para el seguimiento del litigio fueron exploradas por varios participantes, entre esos el defensor de una ciudad intermedia, quien expresó lo siguiente:

Por ejemplo, el informe hay que rendirlo trimestral. La persona encargada de sacar el informe general solicita a cada uno de los profesionales el valor de la contingencia de los procesos que tiene a su cargo. Después se organiza eso y se suma, pero la efectividad de una tabla en Excel que pasa de mano en mano es muy complicada. [...] De un informe a otro hemos tenido diferencias de \$40.000.000.000. [...] No se mantiene la información.

Como se puede observar, mejorar el desempeño de las oficinas y secretarías jurídicas en términos de defensa jurídica pasa, necesariamente, por confrontar los retos informáticos que dificultan la racionalización de los procesos de seguimiento, consulta, articulación y apoyo al litigio. Contar con dichas herramientas no debería ser una prerrogativa de las ciudades más complejas y grandes, sino de todas las ciudades capitales del país.

7.4 DESAFÍOS DE PROCESOS

Estrechamente relacionados con los desafíos tecnológicos encontramos retos en materia de procesos, los cuales se pueden definir como un conjunto más amplio de políticas que articulen la defensa jurídica con los procedimientos internos de las alcaldías y que estén orientados a prevenir la litigiosidad y el daño antijurídico.

Respecto a los retos organizacionales al interior de las alcaldías, algunos participantes argumentaron que, cuando una entidad comete fallas en la toma de políticas públicas, es casi imposible para el abogado de un equipo jurídico estructurar una defensa que conduzca a fallos judiciales favorables para la administración. Al interior de las estructuras administrativas de las alcaldías se cometen errores tales como la expedición de actos administrativos contrarios a derecho, la instigación de escenarios que favorecen los contratos realidad, la expedición de notificaciones indebidas, omisiones de diverso tipo, etc. Una vez cometidas estas fallas en los procesos administrativos al interior de una alcaldía, es muy poco lo que un defensor jurídico puede hacer para evitar un fallo judicial condenatorio en contra de la ciudad. Así lo argumentó uno de los participantes, para quien:

Muchos de los procesos se inician por los errores que ha cometido la administración. [...] Uno se encuentra con resoluciones que han sido mal notificadas, actos administrativos que fueron expedidos contrario a derecho, retiros de funcionarios en los que se debía pedir un permiso para retirarlos y no se hizo. Todas estas decisiones por parte de la administración generan el litigio. Y uno parte de ahí “cojeando” porque tiene que tratar de enderezarla lo que más pueda por los errores que ya ha cometido la entidad.

Como lo manifestaron varios participantes, el tema de los contratos realidad es especialmente preocupante para las ciudades capitales, ya que, en el origen de estos procesos judiciales, los cuales casi siempre tienen un resultado adverso contra las alcaldías, encontramos fallas de la administración. Como lo discutieron la mayoría de los participantes de los grupos focales, se presentan una serie de fallas en los procesos laborales al interior de las administraciones locales en el tema del contrato realidad que terminan en procesos judiciales con mal pronóstico para las alcaldías. Las demandas de contrato realidad, tal como lo mostramos en este libro, llevan a fallos desfavorables para la administración en casi la totalidad de los casos. Sin embargo, las alcaldías siguen vinculando a los trabajadores como contratistas que desarrollan su trabajo cumpliendo horarios y condiciones que dan pie a la declaratoria de una relación laboral por parte de un juez. Además, no hay un seguimiento estricto al desarrollo y ejecución de los contratos, lo cual conduce en muchos casos a que las alcaldías descubran cuando ya es muy tarde que han generado una relación laboral con un contratista determinado.

También en materia laboral, los participantes de los grupos focales señalaron una serie de problemas comunes a los procesos de reestructuración al interior de las entidades, en las cuales se produce un gran número de fallos adversos a los municipios y distritos. Así lo manifestaba uno de los participantes de los grupos focales, quien argumentó lo siguiente:

Últimamente están saliendo muchos casos de contrato realidad y ¿por qué se da esto? Por terquedad de algunos jefes. Por querer controlar al contratista como si fuera un funcionario de planta. Entonces los obligan a cumplir horarios, los obligan a esto, a lo otro. Y estas personas demandan y van a ganar.

Los errores y debilidades en materia de respuesta a derechos de petición, propios de la sobrecarga administrativa de las alcaldías y al alto volumen de estas acciones públicas, también conduce, según los participantes de los grupos focales, a altos niveles de litigio en los que las ciudades capitales tienden a ser derrotadas en sede judicial. Así lo manifestó uno de los participantes, para quien:



La vulneración del derecho de petición es lo que más nos genera inconvenientes. Lastimosamente los funcionarios que tienen a cargo resolver esas peticiones no le dan importancia. No dan respuestas claras, precisas, de fondo, y cuando las dan no tienen en cuenta que hay que ponerlas en efectivo conocimiento del peticionario. [...] Eso ha sido una falencia porque los subsecretarios y los líderes de los procesos no se han tomado la tarea de verificar o impartir directrices de cómo se deben resolver ese tipo de peticiones.

Los errores procedimentales y de fondo en el proceso de expedición de licencias de construcción también fueron identificados como un foco de litigiosidad. Uno de los entrevistados concluía, por ejemplo, lo siguiente:

Otro tema bien interesante es el tema de las licencias de construcción. Acá también son abundantes las demandas por el tema de las licencias mal emitidas por los curadores, o por la mala supervisión de las licencias. [...] Debería haber una política de prevención donde se le hiciera un seguimiento a cada licencia.

Frente a estas falencias, varios entrevistados reflexionaron sobre la necesidad de que las administraciones locales cuenten con manuales de funciones y manuales de procesos y procedimientos que racionalicen los procesos administrativos internos y prevengan los errores que pueden incentivar litigios. Como lo estableció una de las participantes de un grupo focal, planear los procesos a través de manuales de funciones es indispensable para establecer quién es el responsable de un acto administrativo o de un proceso. Por ejemplo, hay funciones traslapadas entre diferentes entidades al interior de una alcaldía. Esto conduce a que no se tenga claridad sobre cómo prevenir el daño antijurídico a través de manuales que racionalicen la toma de decisiones y generen mecanismos para prevenir errores que pueden llevar a una alcaldía a ser condenada por un juez. Como lo manifestó la jefe de la oficina jurídica de una ciudad capital, en dependencias especialmente propensas a litigios tales como gobierno, planeación, medio ambiente e infraestructura, los manuales de procedimientos y de funciones son indispensables para mitigar la alta litigiosidad.

8. REFERENCIAS

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2020). *Informe Trimestral de Litigiosidad: Segundo Trimestre; corte junio de 2020*. Recuperado de https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/Documents/Informe_litigiosidad_segundo_trimestre_2020_300720.pdf
- Arboleda Perdomo, E. J. (2011). *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Legis.
- Arenas, H. (2018). *El régimen de Responsabilidad Subjetiva*. Bogotá: Legis.
- Bustamante Ledesma, A. (2003). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Leyer.
- Carrera Silva, L. (2011). *La acción de tutela en Colombia*. Revista IUS, 5 (27). Puebla ene./jun. 2011.
- Contraloría General de la República. (2008). *Política de saneamiento fiscal y financiero de los entes territoriales*, 143. Recuperado de <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/452108/Pol%C3%ADtica+de+saneamiento+fiscal+y+financiero+de+los+entes+territoriales.pdf/9b5a47f7-93d0-4f31-824a-022f070baac8?version=1.0>
- Defensoría del Pueblo. (2010). *Acciones de grupo y de clase en casos de graves vulneraciones a derechos humanos*. 1a ed. Recuperado de <https://pure.urosario.edu.co/en/publications/acciones-de-grupo-y-de-clase-en-casos-de-graves-vulneraciones-a-d>
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2009). *La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional colombiano*. Recuperado de <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/tree/content/pdf/a6/10.pdf>
- Formato Único Territorial. (2019). *Recursos ejecutados para el pago de sentencias y conciliaciones en ciudades capitales*. Recuperado de <https://www.dnp.gov.co/programas/desarrollo-territorial/evaluacion-y-seguimiento-de-la-descentralizacion/Paginas/FUT-formulario-unico-territorial.aspx>
- Galindo, J. C. (2013). *Derecho Procesal Administrativo*. Tomo I. 3a ed. Bogotá: Temis.
- Morgan, D. (1996). *Focus Groups*. Annual Review of Sociology, 22, 129 – 152.
- Páez Murcia, A. M., Lamprea Montealegre, E. & Vallejo Piedrahíta, C. (2017). *Medio ambiente y acciones populares en Colombia: un estudio empírico*, Vniversitas, 66 (134), 209-248. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj134.maap>
- Rodríguez, L. (2017). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Tomo I. Bogotá: Temis.
- Rodríguez, L. (2017). *Derecho Administrativo General y colombiano*. Tomo II. 20ª ed. Bogotá: Temis.
- Santofimio, J. O. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Secretaría Jurídica Distrital. (2019). *Informe de gestión y resultados, vigencia 2019*. Bogotá. Recuperado de <https://www.secretariajuridica.gov.co/transparencia/planeacion/plan-gasto-p%C3%BAblico-o-plan-acci%C3%B3n/informe-gesti%C3%B3n-y-resultados-vigencia-2019>
- Tamayo Jaramillo, J. (2000). *La responsabilidad del Estado: el daño antijurídico (Const. Pol., Art 90), el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Bogotá: Temis.
- Vidal Perdomo, J. (1961). *La responsabilidad del Estado en Colombia, según recientes sentencias del Consejo de Estado*. Revista de la Facultad de Derecho, (3), 399-435.

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2000). Sentencia del 15 de junio de 2000. Exp. AG-003. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2002). Sentencia del 2 de mayo de 2002. Exp. 70001-23-31-000-1994-3477-01 (13477). C.P. Maria Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2004). Sentencia del 12 de agosto de 2004. Exp. 76001-23-31-000-2002-01788-01 (AG). C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2005). Sentencia del 27 de julio de 2005. Exp. 76001-23-31-000-2004-05548-01(AG). C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2007). Sentencia del 16 de mayo de 2007. Exp. 19001-23-31-000-2003-00680-01(AG). C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2008). Sentencia del 26 de marzo de 2008. Exp. 85001-23-31-000- 1997-00440-01(16530). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2008a). Exp. 54001-23-31-000- 2005-00331-01(AP). C.P. Camilo Arciniegas Andrade.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (2008b). Sentencia del 3 de julio del 2008. Exp. 73001-23-31-000-2005-01030-01 (16266). C.P. Hector J. Romero Diaz.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2008c). Sentencia del 29 de mayo del 2008. Exp. 25000-23-24-000-1997-9040-01 (6437). C.P. Camilo Arciniegas Andrade.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2008d). Sentencia del 27 de agosto de 2008. Exp. 25000-23-24-000-1998-00208-01 (8148). C.P. Camilo Arciniegas Andrade

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (2008e). Sentencia del 14 de julio de 2008. Exp. 25000-23-25-000-2001-07735-01 (4852-05). C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2010). Sentencia del 18 de febrero de 2010. Exp. 52001-23-31-000-1997-08546-01 (18038). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2010a). Sentencia del 18 de marzo de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2001-09005-01(AG). C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (2010b). Setencia del 22 de julio de 2010. Exp: 25000-23-25-000-2001-07679-02 (0402-08). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2011). Sentencia del 9 de marzo del 2011. Exp. 76001-23-31-000-1999- 01507-01 (28270). C.P. Gladys Agudelo Ordóñez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2011a). Sentencia del 31 de marzo de 2011. Exp. 76001-23-31-000-2004-01624-01. C.P. María Claudia Rojas Lasso.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2011b). Sala Sentencia del 12 de mayo de 2011. Exp. 41001-23-31-000-2004-01156-01 (AP). C.P. María Elizabeth García González.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (2011c). Sentencia del 30 de mayo de 2011. Exp. 73001-23-31-000-2008-00665-01 (17821). C.P. William Giraldo Giraldo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2012). Sentencia del 23 de mayo de 2012. Exp. 05001-23-24-000-1993-01039-01 (21269). C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2012a). Sentencia del 27 de junio de 2012. Exp. 66001-23-31-000-1999-00126-01 (22683). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2012b). Sentencia del 11 de julio de 2012. Exp. 76001-23-31-000-1999- 00096-01 (24445). C.P. Carloa Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2012c). Sentencia del 9 de febrero de 2012. Exp. 73001-23-31-000-2010-00516-01(AP). C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2012d). Sentencia del 1 de noviembre de 2012. Exp. 25000-23-26-000-1999-0002- 04 (AG). C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2013). Sentencia del 20 de junio de 2013. Exp. 73001-23-31-000- 2011-00337-01 (AP). C.P. María Elizabeth García González.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2013a). Sentencia del 13 de marzo de 2013. Exp. 13001-23-31-000-2010-00612-01(AP). C.P. Guillermo Vargas Ayala.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (2013b). Sentencia del 22 de marzo del 2013. Exp. 76001-23-31-000-2007-01152- 01(18349). C.P. Carmen Teresa Ortiz De Rodriguez (E).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2014). Sentencia del 26 de febrero de 2014. Exp. 25000-23-26-000-1998-01914-01(28103). C.P. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2014a). Sentencia del 12 de agosto de 2014. Exp. 63001-23-31-000- 2001-00902-01 (30826). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2014b). Sentencia del 13 de noviembre de 2014. Exp. 05001-23-31-000-2005-00920-01(AP). C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2014c). Sentencia del 6 de noviembre de 2014. Exp. 17001-23-31-000- 2011-00416-01(AP). C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (2014d). Sentencia del 6 de marzo del 2014. Exp. 76001-23-31-000-2009-00214- 01(19484). C.P. Martha Teresa Briceño Valencia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2014e). Sentencia del 12 de junio del 2014. Exp. 66001-23-31-000-2003-00678-02. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2014f). Sentencia del 6 de febrero del 2014. Exp. 25000-23-24-000-2007-00224-01. C.P. María Elizabeth García González

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2014g). Sentencia del 7 de julio de 2014. Exp. 05001-23-31-000-2010-01898-01. C.P. María Elizabeth García González.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (2015). Sentencia del 27 de mayo de 2015. Exp. 25000-23-25-000-2011-00533-01(2037-13). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (2015a). Sentencia del 16 de septiembre de 2015. Exp. 25000-23-25- 000-2012-00879-01(3897-14). C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (2015b). Sentencia del 9 de julio del 2015. Exp. 76001-23-31-000-2008-01252-01 (21053). C.P. Martha Teresa Briceño Valencia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (2015c). Sentencia del 12 de noviembre del 2015. Exp. 76001-23-31-000-2008-00569- 01 (20900). C.P. Martha Teresa Briceño Valencia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2016). Sentencia del 08 de octubre de 2016. Rad. 25000-23-26-000-2005-00883-01 (38139). C.P. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2016a). Sentencia del 1 de agosto de 2016. Exp. 08001-23-31-000-1997-12900-01(36011). C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2016b). Sentencia del 25 de julio de 2016. Exp. 68001-23-15-000-1998- 01559-01(31158). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (2016c). Sentencia del 23 de septiembre de 2016. Exp. 08001-23-31-000-2003-03060-01 (0372-09). C.P. Alfonso Vargas Rincón.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (2016d). Sentencia del 30 de agosto del 2016. Exp. 76001-23-31-000-2008-01220-01 (19.851). C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (2016e). Sentencia del 7 de abril de 2016. Exp. 08001-23-31-000-2002-00181-01(2357-15). C.P. William Hernández Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2017). Sentencia del 10 de marzo de 2017. Exp. 13001-23-31-000-1999-00789-01(41315). C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2017a). Sentencia del 17 de agosto de 2017. Exp. 20001-33-31-004-2011-00432-01(AP). C.P. María Elizabeth García González.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2017b). Sentencia del 31 de agosto de 2017. Exp. 13001-23-31-000-2010-00718-01 (AP). C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2018). Sentencia del 12 de junio de 2018. Exp. 07001-23-31-000-2005-90013-01(AP). C.P. Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2018a). Sentencia del 8 de junio de 2018. Exp. 63001-23-31-000-2010-00222-02(AP). C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (2018b). Sentencia del 5 de abril de 2018. Exp. 08001-23-31-000-2012-00026-01(4041-15). C.P. William Hernández Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (2018c). Sentencia del 22 de marzo de 2018. Exp. 08001-23-33-000-2012-00170-01(1301-14). C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (2018d). Sentencia del 15 de agosto del 2018. Exp. 76001-23-33-000-2012-00608-01(22565). C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (2018e). Sentencia del 14 de junio del 2018. Exp. 54001-23-33-000-2015-00385-01(23057). C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (2018f). Sentencia del 17 de mayo del 2018. Exp. 08001-23-33-000-2013-00144-01(1128-14). C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (2019). Sentencia del 4 de julio de 2019. Exp. 25000-23-42-000-2013-00294-01(4600-17). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (2020). Sentencia del 24 de julio de 2020. Sección segunda. Exp. 25000-23-25-000-2001-07646-01 (4910-05). C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Corte Constitucional. (1997). Sentencia T-416 del 28 de agosto de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. (1998). Sentencia C-036 del 19 de febrero de 1998). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (1999a). Sentencia SU-961 del 1 de diciembre de 1991. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. (1999b). Sentencia C-215 del 14 de noviembre de 1999. M.P. Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano (E).

Corte Constitucional. (1999c). Sentencia T-1017 del 13 de diciembre de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional. (2004). Sentencia C- 569 del 8 de junio de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny (E).

Corte Constitucional. (2008). Sentencia C-483 de 2008 del 15 de mayo de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (2009). Sentencia T-775 del 29 de octubre de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. (2010). Sentencia T-093 del 15 de febrero de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional. (2010a). Sentencia T-895 del 11 de noviembre de 2010). M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-097 del 22 de febrero de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. (2011a). Sentencia T-458 del 31 de mayo de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. (2012). Sentencia T-428 del 8 de junio de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. (2012a). Sentencia T-904 del 2 de noviembre de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. (2013). Sentencia T-566 del 26 de agosto de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (2013a). Sentencia T-629 del 11 de septiembre de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. (2013b). Sentencia T-207 del 5 de abril de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. (2015). Sentencia T-246 del 30 de abril de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional. (2016). Sentencia T-095 del 25 de febrero 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional. (2017). Sentencia T-709 del 5 de diciembre de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional. (2017a). Sentencia T-067 del 3 de febrero de 2017. M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

Tribunal Administrativo de Bolívar. (2018). Sentencia del 29 de noviembre de 2019. Rad. 13001-33-33-013-2012-00033-01. Acción de grupo. M.P. Luis Miguel Villalobos Álvarez.

Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. (2015). Sentencia del 5 de noviembre de 2015. Rad. 76001-33-33-018-2008-00360-01. Acción de grupo. M.P. Óscar A. Valero Nisimblat.

■ **Normatividad:**

Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011). Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. DO: 47.956. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Congreso de la República de Colombia. (30 de diciembre de 1990). Ley 49 de 1990, “Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones”. DO: 36.615. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_tributario.html

Congreso de la República de Colombia. (6 de agosto de 1998). Ley 472 de 1998, “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”. DO: 43.357. Recuperado http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html

Constitución Política de la República de Colombia. (20 de julio de 1991). Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (19 de noviembre de 1991). Decreto 2591 de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”. DO: 40.165. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html



Asociación Colombiana
de Ciudades Capitales

www.asocapitales.co



@Asocapitales



Asocapitales



@_asocapitales



Asocapitales



info@asocapitales.co



(57+1) 555 75 41



Carrera 9 No 80 - 45
Torre Escalar 1, Of. 901
Bogotá