



DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

A partir de este número y en cuanto lo permitan la dinámica de las decisiones en cuya divulgación se identifique algún interés para el Distrito y la disponibilidad de tiempo del magistrado o su equipo de trabajo, se publicarán breves reseñas de algunas providencias en las cuales el funcionario titular del despacho actúa como ponente o expide directamente. Excepcionalmente se insertarán aclaraciones o salvamentos (con el texto de la providencia de mayoría). Este primer número recoge la actividad del mes de julio del 2012; el siguiente, la de agosto y septiembre. En cuanto sea posible se publicará una muestra del primer semestre de este año. El texto completo podrá consultarse en línea en documentos PDF.

Índice general

Descriptor	Pág.
TUTELA. Fallo. RETÉN SOCIAL NO SE HACE EXTENSIVO PARA QUIENES DESEMPEÑAN CARGO EN PROVISIONALIDAD, ENCARGO O INTERINIDAD, QUE DEBAN DESPLAZARSE PARA DAR ENTRADA A TITULARES DE CARRERA. CESACIÓN AUTOMÁTICA DEL VÍNCULO FUNCIONAL: NO REQUIERE ACTUACIÓN NI ACTO ADMINISTRATIVO QUE LA DECLARE.	2
TUTELA. Fallo. Vía de hecho judicial. Debido proceso. Carácter subsidiario de la acción: no sustituye la falta de ejercicio oportuno de los recursos al interior del proceso.	5
TUTELA. Fallo. CONSCRIPTOS. EXAMEN MÉDICO DE RETIRO EN FUERZAS MILITARES ES OBLIGATORIO. PRESCRITO TRATAMIENTO MÉDICO SU INCUMPLIMIENTO O INASISTENCIA SE TIENE COMO ABANDONO DEL MISMO. CONTINUIDAD DEL SERVICIO RESPECTO DE CUADROS PREEXISTENTES DETECTADOS EN EL EXAMEN DE RETIRO.	8
POPULAR. Fallo. INMUEBLE ADQUIRIDO PARA FUTURO USO PÚBLICO. MODIFICACIÓN DE LA DESTINACIÓN, ANTES DE DARSE AL USO COMÚN. COMPENSACIÓN: SOLO ES OBLIGATORIA PARA BIENES DE USO PÚBLICO, DESAFECTADOS POR DECISIÓN ADMINISTRATIVA. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y PONDERACIÓN DE CONVENIENCIA ACERCA DE LA VIABILIDAD DE PROYECTOS LÚDICO CULTURALES INCONCLUSOS. COMPETENCIA FUNCIONAL DEL JUEZ POPULAR: NO DESPLAZA PROCESOS DECISORIOS INHERENTES A LA FUNCIÓN DE GOBIERNO Y DE ADMINISTRACIÓN. “Parque Museo del Hombre Llanero”.	10
POPULAR. Auto. Pacto parcial. Inundaciones área de influencia río Cravo Sur (sector de La Cabuya al extremo inferior de la isla de Manga). Financiación y contratación de estudios previos para identificar y diseñar solución integral de la problemática colectiva objeto del proceso.	14
POPULAR. Autos. Discusiones procesales. Asunto: Súplica. Pago de honorarios de perito (prueba de oficio). El auto que fija la carga (no el monto) sería apelable en primera instancia: procede la súplica. Efectos vinculantes del decreto de la prueba. La asignación de la carga no anticipa decisión acerca de eventuales costas, ni define la posición procesal de las partes u otros intervinientes. Cesionario de contrato y licencia ambiental que comparece al debate en la segunda instancia: no es demandado, tampoco sucesor procesal.	15
NRD. Fallo. Pensiones especiales. Rama Judicial. IBL y factores de liquidación. Reconocimiento parcial en tutela: sentencia ordinaria debe ordenar el restablecimiento integral del derecho.	16
NRD. Fallo. RECONOCIMIENTO MESADA CATORCE (ADICIONAL DE JUNIO). QUIENES INGRESARON AL SERVICIO ANTES DEL 1º DE ENERO DE 1981, CON VOCACIÓN DE OBTENER PENSIÓN DE GRACIA, NO TIENEN DERECHO A LA MESADA ADICIONAL. Reiteración de línea.	17
NRD. Fallo. Tributarios. SANCIÓN POR NO RENDIR INFORMACIÓN EXÓGENA. PRESCRIPCIÓN DE LA FACULTAD SANCIONATORIA: MULTAS IMPUESTAS EN ACTUACIÓN SEPARADA. EL BIENIO CORRE A PARTIR DEL LÍMITE PARA DECLARAR EL CICLO FISCAL EN EL CUAL OCURRIÓ LA INFRACCIÓN.	19

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

INFORMACIÓN EXTEMPORÁNEA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.		
NRD. Fallo. Tributarios . SANCIÓN POR NO RENDIR INFORMACIÓN EXÓGENA. NOTIFICACIÓN POR CORREO : DEVOLUCIÓN Y NOTIFICACIÓN SUSTITUTIVA QUE PRODUJO EFECTOS. CONTRIBUYENTE CONOCIÓ ACTUACIÓN Y EJERCIÓ DERECHO DE DEFENSA. PRESCRIPCIÓN DE LA FACULTAD SANCIONATORIA: MULTAS IMPUESTAS EN ACTUACIÓN SEPARADA.		21
CONTRACTUAL . Fallo. LIQUIDACIÓN ORDEN DE PRESTACION DE SERVICIOS . CERTIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO: SE ATIENDE A DOCUMENTOS PÚBLICOS EMITIDOS POR EL ORDENADOR DE GASTO. LA NEGLIGENCIA CON RELACIÓN A LA LIQUIDACIÓN DE UN CONTRATO NO EXIME DE ACTUALIZACIÓN E INTERESES MORATORIOS SOBRE LAS SUMAS DEBIDAS.		22
CONTRACTUAL . Fallo. LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO : DEBE INTENTARSE ANTES DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN. DIFERENCIA ENTRE CONTABILIZACIÓN DE PLAZO CONTRACTUAL Y TÉRMINOS PROCESALES . EL PLAZO DE EJECUCIÓN CORRE CONFORME AL CALENDARIO, SALVO ESTIPULACIÓN EN CONTRARIO. EN CASO DE DUDA, HA DE ESTARSE A LA VOLUNTAD CONOCIDA DE LAS PARTES.		23
REPARACIÓN . Fallo. SERVICIOS MÉDICO ASISTENCIALES . TÍTULO DE IMPUTACIÓN: PRESUNTA FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO. CARGA DE LA PRUEBA DE LA IMPUTACIÓN. INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL		24

Ref.: TUTELA. Fallo. **RETÉN SOCIAL** APLICA PARA PROCESOS DE RESTRUCTURACIÓN O RENOVACIÓN INSTITUCIONAL DE ENTES ESTATALES Y PARA SERVIDORES PÚBLICOS. NO SE HACE EXTENSIVO PARA QUIENES DESEMPEÑAN CARGO EN PROVISIONALIDAD, ENCARGO O INTERINIDAD, QUE DEBAN DESPLAZARSE PARA DAR ENTRADA A TITULARES DE CARRERA. TAMPOCO A PARTICULARES QUE DESEMPEÑAN FUNCIONES PÚBLICAS, COMO LOS NOTARIOS, CUANDO DEBAN SER SUSTITUIDOS POR QUIEN HA SIDO SELECCIONADO CONFORME AL PRINCIPIO DEL MÉRITO. CESACIÓN AUTOMÁTICA DEL VÍNCULO FUNCIONAL: NO REQUIERE ACTUACIÓN NI ACTO ADMINISTRATIVO QUE LA DECLARE.

Asunto litigioso. Se decide el proceso constitucional de la referencia en el cual se controvierte la presunta vulneración de derechos fundamentales con ocasión del nombramiento del nuevo *notario único del Círculo de Orocué*, acorde con lista de elegibles vigente producto de proceso de selección organizado por la Superintendencia de Notariado y Registro. La demandante aduce la violación de sus derechos constitucionales a la seguridad social, a una vida digna y de calidad, a la igualdad, al trabajo y a acceder a una pensión de vejez, al desvincularla del cargo cuando solo le faltan tres años para adquirir su derecho a pensión de vejez por retiro forzoso, causándole perjuicio irremediable y un daño grave, por no contar con otro medio de subsistencia, haber sido desvinculada del sistema de seguridad social y no aplicar la accionada el retén social contemplado en la Ley 790 de 2002 y en el Decreto 3905 de 2009.

Problema jurídico 1: Se trata de definir si procede la tutela respecto del retiro del servicio de una notaria, remplazada por titular de carrera, cuando median circunstancias que podrían ameritar protección reforzada a la interesada.

Decisión y fundamentos. Sí, excepcionalmente. En múltiples oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado con relación al carácter residual de la acción de tutela. Al respecto ha señalado enfáticamente su improcedencia ante la existencia de otros recursos judiciales adecuados y efectivos para la protección de los derechos fundamentales que se alegan comprometidos. En sentencia T-1089 de 2004¹, esa Corte reiteró la jurisprudencia referida en los siguientes términos:

“No es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”.

¹ Sentencia T-1089 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

También en la sentencia T-1060 de 2007 señaló que la acción de tutela no se constituye como una instancia adicional en los procesos judiciales contemplados por el ordenamiento jurídico para la definición y resolución de los conflictos legales, siempre y cuando los medios de defensa previstos en su interior mantengan el nivel de eficacia necesario para proteger los derechos fundamentales de las partes en litigio. Sin embargo, dicha Corte ha señalado que la existencia de otros medios de defensa judicial no es por sí misma razón suficiente para dar lugar a la declaratoria de improcedencia del amparo constitucional, ya que es necesario considerar (i) si dicho mecanismo es eficaz para restablecer el derecho y (ii) la necesidad de proteger el derecho de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable².

El juez de tutela está en el deber de analizar en cada caso la efectividad de tales medios respecto de las circunstancias específicas del demandante, en la medida en que estos pueden resultar ineficaces para la defensa de los derechos vulnerados, como podría acontecer esta vez, puesto que la accionante considera gozar de estabilidad relativa en virtud del retén social hasta cuando complete los requisitos para acceder a pensión de vejez, de la cual dice estar próxima a causar estatus en armonía con el régimen de retiro forzoso por edad.

Tal escenario previsible resulta totalmente ineficaz cuando lo que se busca, como en este caso, es una solución inmediata, puesto que se está debatiendo la vulneración a la vida digna, al trabajo y a la seguridad social de una persona mayor de 60 años, cuyo carácter principal y autónomo, cualquiera que sea el resultado final de la futura calificación o el de la decisión del juez natural, debe ser resguardado a la brevedad en cuanto se identifique quebranto de su núcleo esencial. Por ello, en abstracto, es viable procesalmente abordar la discusión por vía de tutela, sin que pueda *a priori* y sin estudiar el mérito específico de las pretensiones declararse improcedente.

Problema jurídico 2. ¿Está legitimado por pasiva el Ministerio de Justicia y del Derecho para comparecer ante el juez constitucional cuando se ventilan actuaciones del Consejo Superior de Carrera Notarial?

Decisión y fundamentos. No. En efecto: la designación de notarios en todo el país está a cargo de la Superintendencia de Notariado y Registro, ente que goza de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, que por intermedio del Consejo Superior coordina y maneja todo lo relacionado con la carrera de notarios, características que le otorgan la prerrogativa de comparecer en juicio y de ser titular de derechos y obligaciones, luego no requiere para su actuar valerse de la personería de otros entes, y aunque está adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, esa circunstancia per se, no constituye razón suficiente para que este sea llamado a responder por las vulneraciones enrostradas.

Problema jurídico 3. ¿Aplica la solución jurisprudencial y legislada conocida como “Retén Social”, a título de estabilidad laboral reforzada a favor de una notaria en provisionalidad?

Decisión y fundamentos. No. La Corte Constitucional en torno a la situación de los prepensionados y la estabilidad laboral de grupos vulnerables ha reiterado insistentemente apartes de la sentencia C-795 de 2009, en la que se encuentran sistematizados criterios y *subreglas* aplicables en materia de retén social, los que se sintetizan aquí en los siguientes términos:

1. El retén social es una **protección laboral** creada en virtud de los procesos de **renovación institucional** producto de la necesidad de adecuar la estructura orgánica de la administración a las exigencias de los tiempos modernos, para una adecuada prestación de servicios a cargo del Estado, y un eficiente manejo de los recursos públicos, fin legítimo del Estado.
2. Para garantizar los derechos de los servidores públicos afectados por la reestructuración institucional, el legislador expidió la Ley 790 de 2002, previendo mecanismos de estabilidad, en especial para grupos vulnerables o en condición de debilidad manifiesta como mujeres, niños, adultos mayores, personas con discapacidad o servidores públicos próximos a pensionarse, conocidos como “**retén social**”, que prohíbe su retiro del servicio supeditado a límite temporal, establecido inicialmente en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003 que la extendió hasta el 31 de enero de 2004 y posteriormente, en el literal d) del artículo 8º de la Ley 812 de 2003, que estableció la misma

²Sentencia T-467 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

limitación, exceptuando al grupo de los prepensionados, cuyo amparo se extendería hasta el reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación.

3. La limitación temporal fue declarada inexecutable por sentencia C-991 de 2004 por contravenir el ordenamiento superior, previendo como límite máximo para la protección constitucional derivada del retén social **“la terminación definitiva de la existencia jurídica de la empresa, o el momento en que quede en firme el acta final de la liquidación”**.

4. El concepto de *persona prepensionada* se aplica al servidor público próximo a pensionarse, esto es, cuando le falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez³, término que debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad pública⁴; sin embargo, dicha protección de estabilidad reforzada solamente puede ser sostenida por el tiempo que dure el proceso de liquidación y hasta la extinción material y jurídica de la entidad sometida a dicho proceso.

En el caso que se examina se ha determinado que no hubo *reestructuración ni renovación de entidades; el notario no es empleado del Estado, ni es oponible el retén social al ingreso de un titular de carrera, que gana el puesto mediante concurso de méritos*. La accionante no es servidora pública, sino una particular que prestó la función de guarda de la fe pública, no gozaba de fuero de estabilidad laboral debido a que no era empleada del Estado y su nombramiento era en interinidad, condición en la que se mantuvo por espacio de 32 años, habida cuenta que no acreditó haber participado y superado proceso de selección alguno, en el que habría podido competir si quería permanecer en el ejercicio de esa actividad remunerada. Además su desvinculación del cargo no se produjo por efectos de renovación institucional, sino por la culminación de concurso de méritos, situación esta última respecto de la cual el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional ha dicho que *“el atributo de ‘carrera’ se predica de los cargos, no de los funcionarios. En ese sentido, cuando el nombramiento se produce en virtud de los resultados del concurso de méritos, se hace ‘en propiedad’”*⁵, y cuando se realiza porque el concurso no se ha desarrollado, o para suplir una vacancia temporal, el nombramiento es efectuado en “provisionalidad”.

Igual ocurre en el caso de los cargos de notario, solo que con la variante señalada por la Superintendencia en la contestación de la demanda, en la que adujo que la provisión solo se hace en propiedad al término de concurso de méritos y ante ausencia de notario, por encargo hasta por tres meses, y de postergarse esta situación o de haberse declarado desierto el concurso, el nombramiento será en interinidad hasta la ocurrencia de uno nuevo. Lo cierto es que en cualquier caso, como se indicó en sentencia constitucional C-230 A de 2008, el nominador se encuentra vinculado al resultado de los concursos; esa novedad tiene que hacer cesar, por regla general, toda forma de provisión transitoria de un empleo o función pública, pues el titular que llega precedido de haber probado el mérito, es digno de específica protección constitucional: se ha ganado la plaza, no arribará por liberalidad de la autoridad.

En torno a la situación última citada, en uno de sus pronunciamientos, estrechamente relacionado con el asunto que aquí se estudia señaló la Corte Constitucional⁶:

“...En el caso objeto de estudio, la entidad no se encuentra en liquidación, ni su planta está siendo reformada para alcanzar una mayor eficiencia. El conflicto se ubica en un plano diferente: la necesidad de armonizar el mandato según el cual el acceso a los cargos públicos debe darse con base en el mérito, en defensa del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, y de la concepción participativa de la democracia, con el interés de quienes actualmente ocupan esos cargos sin haber ingresado por la vía del concurso.

En otros términos, si bien el retén social, y el problema planteado a la Sala se relacionan con la protección de la estabilidad laboral de determinados grupos sociales vulnerables, esa situación se enmarca en procesos administrativos de tipo diverso, que persiguen la satisfacción de distintos principios constitucionales, lo que impide la aplicación de las *subreglas* relativas al retén social.

El problema, una vez depurado, se dirige a determinar si está permitido, en el marco de los principios constitucionales de *igualdad, protección al trabajo, seguridad social, debido proceso y mínimo vital*, retirar del servicio

³ Sentencia C-795 de 2009.

⁴ Sentencia C-991 de 2004.

⁵ Sentencia T-729/10

⁶ Sentencia T-729/10, ponente L.E. Vargas Silva.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

a una persona que se encuentra en el trámite de reconocimiento pensional, por no haber aprobado las distintas etapas (o las etapas eliminatorias) de un concurso de méritos.

(...) Ahora bien, la estabilidad de los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad es relativa, pues – como se ha expuesto- su desvinculación puede producirse por motivos del servicio, lo que debe ocurrir mediante resolución motivada; o porque **el cargo sea proveído mediante concurso de méritos** pues, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las entidades o, de forma más precisa, **el nominador de cada entidad, se encuentra vinculado a los resultados del concurso de méritos”**.

(...) estima la Sala que **la efectiva celebración de los concursos públicos de méritos es una causa que cumpliría con las condiciones necesarias para imponer una afectación a la estabilidad laboral del afectado. Primero, porque el concurso solo se realiza si el cargo se encuentra en vacancia, lo que excluye de plano que pueda afectar a funcionarios nombrados en propiedad. En consecuencia, (ii) los funcionarios que se ven afectados por la celebración del concurso de la Registraduría Nacional del Estado Civil son aquellos que se encuentran nombrados en *provisionalidad*, así que son conscientes del carácter precario de su estabilidad;** y, (iii) porque en la sentencia C-588 de 2009, la Sala Plena de este Tribunal consideró que la inscripción extraordinaria en carrera (medida destinada a proteger a todos quienes se hallaban en provisionalidad al momento de iniciarse los concursos de méritos) afecta el núcleo del sistema democrático, tal como fue concebido por el constituyente de 1991. (Negrilla fuera del texto original).

Armonizados el precedente constitucional vertical y la situación fáctica acreditada, los *prepensionados* tienen derecho a que se les proteja su estabilidad laboral bajo la figura de “*retén social*”, siempre y cuando se den dos condiciones: (i) sean objeto de desvinculación como servidores públicos de la Administración y (ii) aquella se produzca como consecuencia de un proceso de reestructuración o renovación institucional.

En el caso de la señora Jenny María Hernández González no se advierte ninguna de estas condiciones pues, como se dijo, se trata de un particular que cumple funciones públicas, no gozaba de nombramiento en propiedad, sino en interinidad, luego no tenía fuero de estabilidad laboral, situación que conocía desde el momento mismo en que tomó posesión del cargo; no acreditó haber participado y superado el concurso de méritos organizado por la Superintendencia de Notariado y Registro por intermedio de Consejo Superior de la Carrera Notarial, convocado mediante los Acuerdos 011 de 2 de diciembre de 2010 y 02 del 24 de enero de 2011, ni podía cerrar el paso a un nuevo titular *de carrera*, cuyos derechos fundamentales ameritan un plus de protección, luego era legítimo que la accionada proveyera el cargo de notario único del Círculo de Orocué, con persona integrante de la lista de elegibles, sin que para ello fuera menester adelantar actuación administrativa alguna diferente al concurso mismo, ni producir actos separados para desvincular a la actora, ni ofrecerle un trámite para ser oída y vencida, porque quedó avisada y lo fue, en rigor, cuando menos desde cuando se conformó dicha lista.

[Sentencia del 12 de julio de 2012, radicado [850013331002-2012-00188-00](#)].

.....

Ref.: TUTELA. Fallo. **Vía de hecho judicial**. Debido proceso. Carácter subsidiario de la acción: no sustituye la falta de ejercicio oportuno de los recursos al interior del proceso. No se recurrieron las decisiones de impulso ni la decisión que denegó nulidad procesal.

Asunto litigioso. Se profiere sentencia en la acción constitucional de la referencia, promovida por la Procuraduría General de la Nación para solicitar el amparo del derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado por la autoridad accionada por rechazar de plano la solicitud de nulidad procesal que le fue solicitada dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Cuestión preliminar: restricciones relativas a la tutela contra sentencia judicial. Carácter subsidiario y excepcional de la acción constitucional

Esta Corporación conoce y aplica sin vacilación los estándares de la Corte Constitucional que han delineado cuándo, excepcionalmente, puede abrirse paso a una tutela contra un fallo ejecutoriado; tanto más, si los presuntos afectados han dejado pasar en silencio los medios procesales de control que procedan contra los autos de impulso, la sentencia misma y las decisiones posteriores que hayan cerrado el acceso a la segunda

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

instancia, por presunta negligencia o error de quienes fueron oídos y debieron recurrir. Así, en ocasión reciente, respecto de la procedencia en abstracto, se dijo⁷:

Es pertinente destacar que el Tribunal acogió con algunas precisiones eclécticas, para ahora reiterarlo expresamente, la tendencia que permite examinar el mérito de la acción de tutela contra providencias judiciales, tanto en los eventos en que está comprometido el acceso a la administración de justicia, como en aquellos en los que se discuten cargos por presunta infracción directa al *debido proceso*, pero sin adentrarse en el *contenido* de la decisión impugnada, según los siguientes argumentos:

La línea en esta jurisdicción tiende a suavizarse, bien lo sea en el sentido de restringir la denominación de verdadera *providencia judicial*, no susceptible de acción de tutela, a las que resuelven el fondo de las controversias, dejadas de lado las *sentencias aparentes* que en realidad comprometen el derecho de acceso a la administración de justicia, según la variante por la que propugna la Sección Cuarta del Consejo de Estado⁸; o que se abra paso la concepción de la Sección Segunda⁹ que propicia la admisión excepcional del instrumento procesal constitucional, cuando se encuentre que el juez – aún los más conspicuos – haya efectivamente vulnerado un derecho fundamental en verdadera decisión de fondo que carezca de otros medios judiciales de control al interior de la jurisdicción a la que pertenezca, bajo lectura estricta de las causales que estructuran la concepción fundante de la jurisprudencia sobre la vía de hecho en los pronunciamientos jurisdiccionales¹⁰.

Dentro de esos matices, conciliando la necesidad de preservar la cohesión de la jurisdicción contencioso administrativa con la protección *integral y oportuna* de los derechos fundamentales, confiada a *todos los jueces* y respecto de *todas las autoridades*, según la literalidad del art. 86 de la Carta, esta Sala acometerá examen y pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones que se han deducido contra una *sentencia*, en sentido estricto, proferida por un juez de primer grado en este Distrito Administrativo¹¹.

Y en cuanto a los efectos catastróficos de la omisión de parte con relación al ejercicio de los mecanismos ordinarios de acceso al sistema de justicia en sus diferentes instancias, se precisó:

Se trata de dilucidar si procede la acción de tutela, por vía de hecho, al proferirse decisión de fondo adversa al tercero vinculado por tener interés en el resultado del proceso, pese a que dicho tercero *no recurrió* las decisiones judiciales de impulso y las de fondo que le fueron desfavorables.

La respuesta es negativa porque la Sala identifica al rompe una causal de improcedencia de la acción de tutela: fueran o no jurídicamente fundadas las decisiones proferidas en los procesos acumulados de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el abogado Rodríguez, proferidas por el juez natural contencioso administrativo al que le correspondió conocer esos casos, el actor constitucional fue sujeto procesal con plena capacidad jurídica para defender sus intereses, pero pasó por alto cada una de las actuaciones que allí se surtieron, mantuvo una conducta pasiva y permitió que las diferentes providencias cobraran ejecutoria, incluida la sentencia estimatoria, por no ser *recurridas*, realidades que no pueden ignorarse.

El Tribunal tiene la doble condición tanto de *superior funcional* para el eventual control de las decisiones procesales en sede ordinaria que se adopten en dicho proceso, *si se ejercen oportunamente los recursos ordinarios*, como la de juez constitucional; en el primer escenario obra como órgano de cierre que desata las apelaciones a que haya lugar y en el segundo, como uno de primera instancia.

Los objetivos y alcances de su intervención en cada uno difieren parcialmente, tanto en la legitimación activa, como en los canales procesales de acceso, los propósitos y alcances de su intervención; pero en ambos concurrirá su deber de velar por los derechos fundamentales de *todos los sujetos procesales*, de los cuales

⁷ TAC, sentencia del 29 de marzo de 2012, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850012331002-2012-00049-00. Expresa reiteración en fallo del 12 de junio del 2012, mismo ponente, expediente 850012331002-2012-00170-00.

⁸ Sentencia del 9 de marzo de 2006, M. I. Ortiz, expediente 110010315000-2006-00164-00. Allí se advierte que mal puede llamarse *providencia judicial*, a una "aberración jurídica" que desnaturalice y rompa en grado superlativo el ordenamiento; solo en casos tales, podría estudiarse el cargo de vía de hecho.

⁹ Subsección A, C.P. G. Gómez Aranguren, sentencia del 19 de julio de 2007, radicado 85001233100020070003701, Leguizamón Vs. Juez Segundo Administrativo de Yopal; del mismo origen, fallo del 11 de junio de 2008, expediente 2008-00321-01, que resolvió el fondo de una acción de tutela contra una sentencia de unificación de la Corte Constitucional. Ya la Sección Tercera había aceptado competencia para dilucidar cargos contra un fallo de la Corte Constitucional; ver sentencia 1403 del 25 de octubre de 2001, G. Rodríguez, expediente 25000-23-25-000-2001-1221-01.

¹⁰ Ver, por ejemplo, sentencias T-231 de 1994, T-273 de 1994, T-118 de 1995, T-1009 de 2000, T-731 de 2001; CE, 2ª-A, sentencia del 28 de junio de 2007, A. M. Olaya, expediente 11001-03-15-000-2007-00692-00; CE, 2ª-B, sentencia del 28 de abril de 2005, s/p en la fuente oficial consultada.

¹¹ TAC, sentencia del 14 de enero de 2009, ponente Néstor Trujillo G, radicado 2008-00087-00. La tesis fue expresamente reiterada en sentencia del 5 de octubre de 2009, del mismo ponente, radicado 2009-00119-00; en esta se advirtió que no avocaría el conflicto de fondo *por no haberse ejercido oportunamente los recursos procesales ordinarios*, entre otras razones. Más recientemente se ha mantenido la misma perspectiva en fallos del 16 de junio del 2011, ponente magistrado José Antonio Figueroa Burbano, radicado 2011-00086-00. Igualmente, del 14 de enero del 2011, expediente 850012331002-2010-00172-00, del 20 de junio del 2011, radicado 850012331002-2011-00085-00 y del 3 de noviembre del 2011, expediente 850012331002-2011-00169-00, entre otros con ponencias del magistrado Trujillo.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

también es titular quien obtuvo la sentencia estimatoria ordinaria, cuyo quiebre se intenta por este medio excepcional.

En decisiones más recientes el Consejo de Estado ha reiterado que la tutela contra providencias judiciales solo es viable en circunstancias excepcionales en que se vulnera el núcleo esencial del derecho de acceso a la administración de justicia, por ejemplo por rechazo de demandas que debieron admitirse¹², o el del debido proceso, cuando se pretermiten las garantías instrumentales o no se decide injustificadamente algún asunto relevante¹³, pero ha precisado que no es factible que el juez constitucional modifique el *sentido* de la decisión de fondo atacada¹⁴.

Por consiguiente, como en el caso concreto el actor constitucional fue vinculado como tercero con interés en el resultado de los procesos [...], desde la integración del contradictorio, a las partes les fueron notificadas las diferentes decisiones allí tomadas, incluida la sentencia que puso fin al proceso contra la que ahora se rebela, sin que hayan agotado los recursos ordinarios que le concede la ley para ejercer su derecho de defensa, se ha configurado la causal 1ª de improcedencia prevista en el art. 6º del D.L. 2591 de 1991 y así se declarará¹⁵.

Problema jurídico. Se trata de dilucidar si procede la acción de tutela, por presunta vía de hecho judicial, contra decisiones de fondo dentro de un proceso por las cuales se denegó petición de nulidad y se declaró desierta la apelación del fallo, pese a que la actora constitucional *no las recurrió* por vía ordinaria procedente.

Decisión y fundamentos. No. Acorde con los estándares abstractos fijados en precedencia, porque la Sala identifica al rompe una causal de improcedencia de la acción de tutela: fueran o no jurídicamente fundadas las decisiones proferidas en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el señor Inocencio Teatino García, adoptadas por el juez natural contencioso administrativo al que le correspondió conocer el caso, la actora constitucional fue sujeto procesal con plena capacidad jurídica para defender sus intereses, pero pasó por alto cada una de las actuaciones que allí se surtieron, mantuvo una conducta pasiva y permitió que las diferentes providencias cobraran ejecutoria, por no ser *recurridas*, realidades que no pueden ignorarse. Pese a que apeló la sentencia estimatoria, por no asistir a la audiencia de que trata el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, le fue declarado desierto el recurso¹⁶.

El Tribunal tiene la doble condición tanto de *superior funcional* para el eventual control de las decisiones procesales en sede ordinaria que se adopten en dicho proceso, *si se ejercen oportunamente los recursos ordinarios*, como la de juez constitucional; en el primer escenario obra como órgano de cierre que desata las apelaciones a que haya lugar y en el segundo, como uno de primera instancia. Los objetivos y alcances de su intervención en cada uno difieren parcialmente, tanto en la legitimación activa, como en los canales procesales de acceso, los propósitos y alcances de su intervención; pero en ambos concurrirá su deber de velar por los derechos fundamentales de *todos los sujetos procesales*, de los cuales también es titular quien obtuvo la sentencia estimatoria ordinaria, cuyo quiebre se intenta por este medio excepcional.

Por consiguiente, como en el caso concreto la actora constitucional fue notificada en debida forma desde la integración del contradictorio de cada una de las decisiones tomadas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el No. 850013331001-2009-00031-00, sin que hayan agotado los recursos ordinarios que le concede la ley para ejercer su derecho de defensa, se ha configurado la causal 1ª de improcedencia prevista en el art. 6º del D.L. 2591 de 1991 y así se declarará. Basta agregar, finalmente, que otras opciones interpretativas podrían haberse desplegado respecto de la decisión de declarar desiertas

¹² Abordaron discusiones respecto de la exigencia de la conciliación como requisito de procedibilidad, entre otras las siguientes: Sentencia de 3 de mayo de 2010, Exp. 110010315000-2010-00395-00(AC), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE, Boletín de Relatoría # 64, pág. 6; Sentencia de 6 de abril de 2010, Rad. 050012331000-2010-00002-01(AC), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Acción de tutela, Boletín de Relatoría # 61, pág. 3.

¹³ Sentencia de 10 de mayo de 2010, Exp. 250002315000-2010-00173-01(AC), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE, Boletín de Relatoría # 65, pág. 6; Sentencia de 27 de mayo de 2010, Exp. 110010315000-2010-00559-00(AC), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN, Boletín de Relatoría # 64, pág. 4; Sentencia de 19 de mayo de 2010, Exp. 110010315000-2010-00284-00(AC), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Boletín de Relatoría # 64, pág. 7.

¹⁴ Sentencia de 13 de mayo de 2010, Exp. 080012331000-2010-00051-01(AC), MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA, Boletín de Relatoría # 62, pág. 4.

¹⁵ TAC, sentencia del 29 de marzo de 2012, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850012331002-2012-00049-00. Como antecedente, ver TAC, sentencia del 5 de octubre de 2009, ponente Néstor Trujillo G., radicado 2009-00119-00. Se cita por su analogía conceptual, pues lo supuestos de hecho son diferentes. En lo que interesa a este caso, fue confirmada por el Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 5 de noviembre de 2009, M. N. Hernández, radicado 850012331000-2009-00119-01; pese a que esa Sección sigue la línea más restrictiva del Superior, validó expresamente las causales de improcedencia que aplicó el a-quo, por *no haberse ejercido los recursos ordinarios*, en una arista del *principio de inmediatez*.

¹⁶ Nótese que la alzada la intentaron conjuntamente la apoderada de la PGN, como sujeto procesal; igualmente el Procurador Judicial II, en quien concurre tanto la calidad de funcionario de la pasiva, como la de *vocero de la ley* y del interés público. Los dos recursos se declararon desiertos, sin que parezca que pudiera aplicarse al Ministerio Público (que no se confunde con la parte pasiva) una sanción procesal que se ideó únicamente para las partes propiamente dichas; pero dicho recurrente consintió la decisión adversa. Y tampoco es quien acude por vía constitucional.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

las apelaciones; pero en la medida en que la parte interesada – también el Ministerio Público – declinó el ejercicio del recurso de queja, privó al juez de tutela de la posibilidad de abordar el estudio de fondo¹⁷, pese a que la PGN expuso serios motivos para examinar una perspectiva de claro interés constitucional.

[Sentencia del 12 de julio de 2012, radicado [850012331002-2012-00189-00](#)].

Ref.: TUTELA. Fallo. **CONSCRIPTOS**. EXAMEN MÉDICO DE RETIRO EN FUERZAS MILITARES ES OBLIGATORIO. DESACUARTELAMIENTO: SI SE CALIFICA AL UNIFORMADO “NO APTO”, ESTE TIENE LA CARGA DE PRACTICARSE EXAMEN DE RETIRO DENTRO DE LOS DOS (2) MESES SIGUIENTES. LOS PROBLEMAS DE SANIDAD DE SOLDADOS REGULARES, BACHILLERES Y CAMPESINOS SON ASUMIDOS POR EL SISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES. PRESCRITO TRATAMIENTO MÉDICO SU INCUMPLIMIENTO O INASISTENCIA SE TIENE COMO ABANDONO DEL MISMO. CONTINUIDAD DEL SERVICIO RESPECTO DE CUADROS PREEXISTENTES DETECTADOS EN EL EXAMEN DE RETIRO.

Asunto litigioso. Se decide el proceso constitucional de la referencia en el cual se controvierte la presunta vulneración de derechos fundamentales del señor Edison Cuesta Montes a la vida, seguridad social y a la salud, quien imputa a la Administración haber omitido el tratamiento médico, quirúrgico, hospitalario y farmacéutico que requiere para recuperar su estado de salud afectado como consecuencia de la prestación del servicio militar.

Problema jurídico 1. Se trata de discernir si los accionados han vulnerado los derechos fundamentales de un ciudadano que prestó servicio militar obligatorio, por haberse presuntamente omitido el servicio médico asistencial, quirúrgico, hospitalario y farmacéutico, luego de su licenciamiento. Igualmente, si pese a no haberse agotado el plazo para practicar el examen de retiro, se configura amenaza o menoscabo de tales derechos respecto de cuadros clínicos en evolución, al parecer originados o agravados con posterioridad al desacuartelamiento y de qué manera ha de atenderse la singular perturbación psiquiátrica que actualmente aqueja al paciente.

Decisión y fundamentos. Se consideran los siguientes aspectos nucleares:

a) **Régimen médico-laboral de los miembros de la fuerza pública.** La jurisprudencia ha considerado el derecho a la salud como un servicio público de naturaleza constitucional fundamental que debe ser garantizado de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 Constitución Política); en tal sentido la prestación de este servicio público se enmarca en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Bajo esa óptica el órgano de cierre ha protegido la salud desde tres aristas diferentes así:

“La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la Ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna¹⁸”.

¹⁷ C. de E., Sección Cuarta, sentencia del 18 de agosto del 2011, ponente C.T. Ortiz, radicado 850012331000-2011-00085-01. Revocó un fallo de tutela estimatorio proferido por este Tribunal (con ponencia del magistrado Trujillo y disenso del magistrado Figueroa); allí también la parte afectada con el fulminante decreto de deserción de una apelación ejerció inadecuadamente recursos, pero no acudió a la queja que era de rigor, omisión que fue uno de los motivos determinantes de la decisión del Consejo de Estado.

¹⁸ Sentencia T-760/08.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

Ahora bien, teniendo en cuenta que la persona que aduce tener afectados sus derechos constitucionales – vida y en conexidad con ella, seguridad social y salud-, es un soldado regular ya licenciado, impone determinar el régimen médico laboral que lo rige: en el caso concreto es el Decreto Ley 094 de 1989, modificado y adicionado por el Decreto 1796 de 2000 (artículo 8°).

No obstante la imposición de este deber legal tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional, por regla general, mientras la persona se encuentre vinculada a una de estas entidades estatales, debe brindársele de manera obligatoria el servicio público a la salud y cesa a partir del momento en el cual es desincorporada de la institución, proceder que aplica igualmente para los conscriptos que prestan el servicio militar obligatorio, pues aunque respecto de ellos no se predica la existencia de una relación laboral o profesional con las instituciones, sí se encuentran al servicio de las mismas en cumplimiento de un deber constitucional y esta especial relación de sujeción genera un deber correlativo con cargo a la Nación de proteger su salud e integridad física.

b) Subsistencia de la asistencia médico sanitaria respecto de afecciones adquiridas en el servicio o para tratamientos en curso. Sin embargo, la previsible cesación de la cobertura asistencial tiene igualmente una excepción de carácter general: cuando el uniformado retirado padece alguna patología con origen en actos del servicio, caso en el cual tiene derecho a que se le continúe prestando asistencia médica integral¹⁹. El órgano de cierre constitucional dio mayor cobertura a esta protección, en el sentido de no ser relevante establecer si la afección tuvo o no causa en el servicio, pues así no se hubiera adquirido con ocasión del mismo, si para el momento del retiro ya se había iniciado tratamiento debe continuarse y culminarse hasta lograr la rehabilitación o agotarse los medios disponibles en el servicio sanitario. De suerte que, frente a una situación de afectación a la salud, basta verificar que el padecimiento ha surgido en la prestación del servicio, independientemente de si es por causa de este o no, que se ha iniciado un tratamiento cuya suspensión agravaría la condición clínica del accionante²⁰, que concluido el mismo, la enfermedad se controle de manera temporal con el riesgo de reaparecer o que la afección sea de tal entidad que ponga en grave riesgo la integridad personal y la calidad de vida del exmilitar.

Recapitulando, debe decirse que en los casos de los miembros retirados de la Fuerza Pública, existe para cualquiera de las *armas*, como instituciones del Estado, la obligación de seguir prestando el servicio médico -asistencial a quien estuvo uniformado, siempre que se presente una cualquiera de las siguientes situaciones :

1. Que se haya iniciado un tratamiento a una patología adquirida durante la prestación del servicio o que empeore en razón a éste, independientemente si la afección tuvo o no como causa el servicio mismo²¹.
2. Que el tratamiento dado por la institución no logre recuperarlo sino controlar temporalmente su enfermedad y la misma reaparezca o se recrudezca después²².
3. Que la dolencia que se padece ponga en cierto riesgo la integridad de la persona, la salud y su derecho fundamental a la vida digna²³.

Acorde al alcance e interpretación que la Corte Constitucional ha dado a la protección del derecho fundamental a la salud de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se infiere que el retiro de un uniformado de la institución castrense per se, no es óbice para abstenerse de prestar el servicio médico asistencial, sino hasta cuando haya culminado el tratamiento previsto por el facultativo y esté completamente acreditada la recuperación definitiva del paciente, o la imposibilidad de hacerlo para establecer secuelas, atendiendo los principios de continuidad en la prestación de un servicio público como lo es el de seguridad social en salud²⁴. Armonizando el precedente constitucional vertical y la situación fáctica, para efectos de la protección del derecho fundamental a la salud, se requiere contar con un diagnóstico que acredite la afección o patología que presenta el paciente, que la misma requiera de tratamiento y que prescrito este, no se interrumpa por razones de índole contractual, económica o administrativa; de suscitarse tal conducta, procede la protección en tutela.

¹⁹ Sentencia T-848/10.

²⁰ Posición ratificada en la sentencias T-438/07, T-568/08 y T-1050/08.

²¹ Sentencias T-124/05, T-438/07 y T-1050/08.

²² Sentencias T- 376/97 y T-568/08

²³ Sentencias T- 376/97 y T-568/08

²⁴ Sentencias T-170/02, T-438/07, T-848/10.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

Problema jurídico 2. Se establece si, pese a la renuencia del conscripto de acudir ante la autoridad sanitaria a realizarse el examen de retiro, vista la singular perturbación psiquiátrica que actualmente lo aqueja, hay lugar a impartir órdenes constitucionales para garantizar la adecuada atención de su cuadro clínico.

Decisión y fundamentos. **Si.** Pese a que la renuencia a comparecer ante la autoridad sanitaria militar podría ser razón suficiente para denegar el amparo, concurren aquí particularidades que ameritan una solución diferente, frente a las cuales el juez constitucional no puede quedarse indiferente, a saber:

- La parte actora ha predicado que el paciente tiene una afección (hernia) que requiere asistencia quirúrgica. Aunque esa afirmación no está corroborada con evidencia técnica, el silencio de la Administración acerca de ese hecho en concreto permite presumir que es *cierto*, sin perjuicio de la pertinente corroboración en el examen de retiro pendiente;
- El afectado padece trastornos de conducta, tiene alterados estados de conciencia, está al cuidado *parcial* de una entidad asistencial y tiene ordenada remisión a psiquiatría, sin ejecutarse por trabas contractuales o administrativas;
- Cuando se realicen estos diagnósticos podrá precisarse la etiología del cuadro, en qué época se inició la adicción a psicotrópicos, qué relación temporal o funcional tiene con las actividades del servicio castrense y si es del caso, radicar la responsabilidad asistencial en Sanidad Militar;
- El examen médico de retiro deberá establecer fidedignamente el estado general de salud del desacuartelado y determinar la conducta a seguir; entre tanto se trata de especulaciones de la familia, sin que el Estado se haya negado a cumplir sus obligaciones con el exconscripto.

En consecuencia, aunque no pueda predicarse en rigor abandono ni renuencia de la autoridad a cubrir los compromisos de preservación o recuperación de la salud del interesado, es *necesario extender requerimiento judicial a la Administración* para que, con cargo a Sanidad Militar, haga viable y cubra la inmediata asistencia del señor Cuesta por el servicio de psiquiatría y lo haga comparecer, si fuere compatible con su estado de salud, o lo haga evaluar donde esté recluido, para realizar el *examen de retiro* que permita orientar las acciones a seguir acorde con la cobertura integral que le debe brindar el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares, conforme se indicó en las premisas abstractas del fallo.

[Sentencia del 27 de julio del 2012, radicado [850012331002-2012-00196-00](#)].

.....

Ref.: **POPULAR**. Fallo. **INMUEBLE ADQUIRIDO PARA FUTURO USO PÚBLICO**. MODIFICACIÓN DE LA DESTINACIÓN, ANTES DE DARSE AL USO COMÚN. COMPENSACIÓN: SOLO ES OBLIGATORIA PARA BIENES DE USO PÚBLICO, DESAFECTADOS POR DECISIÓN ADMINISTRATIVA. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y PONDERACIÓN DE CONVENIENCIA ACERCA DE LA VIABILIDAD DE PROYECTOS LÚDICO CULTURALES INCONCLUSOS. COMPETENCIA FUNCIONAL DEL JUEZ POPULAR: NO DESPLAZA PROCESOS DECISORIOS INHERENTES A LA FUNCIÓN DE GOBIERNO Y DE ADMINISTRACIÓN. “Parque Museo del Hombre Llanero”.

Antecedentes. Un ciudadano promovió acción popular orientada a obtener que se ordene la *terminación de las obras públicas* que constituyen el eje del *proyecto Museo del Hombre Llanero*, acometido por Yopal con apoyo financiero concurrente del departamento de Casanare; señaló que las instalaciones están en ruinas y se han convertido en “refugio de malandrines y criminales”, sin que la Administración se haya ocupado de ello. En su lugar, indicó, se ha variado la *destinación del inmueble, de bien de uso público de carácter recreativo, por el de bien fiscal para el funcionamiento de una estación de policía*, sin efectuar las compensaciones que ordena el art. 6º de la Ley 9ª de 1989.

Problema jurídico 1. *¿Existe obligación legal de compensar para el uso público área equivalente a la de un inmueble adquirido por la municipalidad para la puesta en servicio de un parque, cuya destinación se varió por decisión administrativa para asignarlo a otros usos institucionales sin haberse construido ni dado al funcionamiento el futuro bien de uso común?*

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

Decisión y fundamentos. No, se revocan las órdenes relativas a compensación.- Esta Corporación no encuentra configurada jurídicamente la existencia de un bien de uso público ni la obligación de compensar que se adujo en la demanda pues no basta el argumento analógico pues, por una parte la protección del núcleo esencial de los derechos a preservar el *espacio público* (género) y a *gozar los bienes de uso público* (especie) presupone que *existan* y hayan estado o estén al servicio de la comunidad dichos elementos, para el caso del equipamiento urbano de Yopal, porque de otra manera no es comprensible que alguien resulte privado de lo que *nunca tuvo* o que se amenace una simple *expectativa* que constituyó apenas *promesa* de la autoridad pero que no se cumplió; y por otra, porque tratándose de ordenar que la Administración comprometa recursos del erario, varíe las prioridades de inversión previstas en un programa de gobierno que se vierten al respectivo plan de desarrollo y las metas presupuestales periódicas, la identificación de la fuente normativa tiene que ser precisa, expresa y clara, porque el juez popular no supe el proceso decisorio de las autoridades a cargo del gobierno.

Una lectura reposada de la jurisprudencia invocada en el fallo apelado²⁵ y en muestra complementaria que esta colegiatura ha examinado²⁶, permite identificar las siguientes constantes:

¿Qué se preserva?: la **continuidad** del **uso público** que la comunidad ya se ha apropiado o tenido oportunidad de disfrutar, esto es, del elemento **material** que concreta una decisión de autoridad (desde luego, cuando se trata de bienes que son construidos o artificialmente destinados al uso de todos)²⁷, pues mientras ello no ocurra, seguirán siendo apenas **fiscales**, de propiedad estatal, asignados a sus actividades misionales o reservados para futura aplicación a fines constitucionalmente legítimos.

La Corte Constitucional ha enfatizado que la nota característica del bien de uso público es su **efectiva afectación al uso común**, en una concepción ampliada del **espacio público** que no siempre es de propiedad del Estado; señaló respecto de algún tema que no guarda cercana analogía con lo que se discute:

Como lo ha hecho ver la jurisprudencia, el concepto constitucional de “uso público” resulta más amplio que el que es acogido por la legislación civil; en este sentido ha afirmado que “**el constituyente amplía conceptualmente la idea de *espacio público* tradicionalmente referida en la legislación civil (artículos 674 y 678 C.C. 28), teniendo en cuenta que no se limita a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes, caminos, ríos y lagos) señalados en dicha legislación, sino que se extiende a todos aquellos bienes inmuebles públicos, y a algunos elementos específicos de los inmuebles de propiedad de los particulares, que al ser afectados al interés general en virtud de la Constitución o la ley, o por sus características arquitectónicas naturales, están destinados a la utilización colectiva²⁹. Así, lo que caracteriza a los bienes que integran el espacio público es su afectación al interés general y su destinación al uso por todos los miembros de la comunidad³⁰. (Negritas fuera del original).**

[...] Así pues, no existe una identidad entre las nociones de bienes comunes no esenciales y de bienes de uso público, pues los primeros, dentro de los edificios o conjuntos sometidos al régimen de propiedad horizontal, no están destinados al uso de toda la comunidad en general, o al de todos los habitantes del territorio, sino

²⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencias 2005-00457-01 del 16 de julio del 2009 y 2005-00055-01 del 14 de octubre del 2010; Sección Tercera, fallo 2005-00993-01 del 15 de agosto del 2007; sentencia T-150 de 1995 de la Corte Constitucional y dictamen 1800 del 14 de agosto del 2007, SCSC.

²⁶ C. de E., Sección Primera, sentencia 3158 del 12 de mayo de 1995, E. Ariza (venta de una plaza de mercado para construir otra en lugar diferente); Sección Tercera, AP-03083, sentencia del 7 de junio del 2006, M. E. Giraldo (construcción de un centro de exposiciones en áreas de cesión al municipio que estaba desarrollada como zona verde de uso público, entregado en administración a un ente gremial privado); Corte Constitucional, sentencia C-738 del 2002, relativa al régimen de los bienes comunales (propiedad horizontal) no esenciales y su desafectación.

²⁷ Diferencia significativa surge cuando se trata de bienes que *por su naturaleza* tienen vocación de uso común, acorde con el art. 674 del Código Civil, precepto de más de un siglo de antigüedad; entre ellos están las *playas, los ríos, sus riberas y rondas* y *en general las aguas* (salvo las que nacen y mueren en la misma heredad), *el espacio aéreo* hasta cierta altura; *el espectro radioeléctrico* (que se concesiona). Ejemplo paradigmática que ilustra que en esos casos el *desuso* o la apropiación privada (autorizada, consentida o simplemente ignorada por la autoridad) no cambia su naturaleza, lo constituyen las actuaciones de Estado para recuperar para el *uso público* múltiples terrenos en las Islas del Rosario, en el Caribe colombiano. Y en lo regional, la Laguna de Tinijá, otrora cercada y apropiada por los *finqueros* y *redescubierta* por algunos líderes cívicos y actores políticos como bien común, ante la presunta amenaza de la exploración petrolera, hechos que el Tribunal conoce institucionalmente y que son, además, *notorios* en Casanare.

²⁸ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-346 de 1997. Antonio Barrera Carbonell.

²⁹ Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-518 de 1992. José Gregorio Hernández Galindo. La legislación ha incluido algunos elementos en el ámbito del espacio público. Estos elementos figuran en el artículo 5º de la Ley 9ª de 1989 y han sido complementados posteriormente.

³⁰ Cfr., entre otras, Corte Constitucional Sentencia SU-360 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero y SU-601A de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

exclusivamente al de los copropietarios. Por eso, la disposición no tiene el alcance regulador que le atribuye el actor, pues específicamente no tolera la enajenación de bienes de uso público, ni destinados al uso público³¹.

Por ello esta colegiatura no acoge la perspectiva de tratar *como si fuera* de uso público lo que nunca lo fue, porque el *motivo* por el que se adquirió el bien y la *futura destinación* que la Administración pretendió darle, variados por decisiones de las autoridades competentes, *no son afectación* ni por dicha promesa quedaron al servicio directo de la comunidad.

¿Qué se recupera? precisamente el **uso común preexistente** que ha sido perturbado por omisión o por actuación de autoridades o de particulares, cuando sin que medien hechos de la naturaleza o decisiones ajustadas al ordenamiento, se sonsaca del *espacio público* que debe beneficiar a todos los habitantes, algún segmento para que lo aprovechen misionalmente el Estado o abusivamente intereses privados. Por ello el sistema de fuentes obliga a los alcaldes – para el caso – a ejercer las actividades policivas de restitución, sin que puedan oponerse prescripción, ni supuestos derechos subjetivos, ni enervarse la recuperación mediante el pago de estipendio o multa alguna, sin perjuicio de *usos productivos* que no desnaturalicen ni eliminen el goce colectivo, público en sentido lato.

¿Qué se desafecta? los diversos eventos en los que se permite *retirar* del uso público algún bien, tienen doble presupuesto fáctico, a saber: *que estuvieran* al servicio de la comunidad (o debieran estarlo) en el pasado; y que hayan entrado en *desuso* aquellos artificiales o contruidos con esos propósitos, bien por hechos de la naturaleza o por la intervención humana de autoridad, tal como ocurre, en el primer caso, por la desviación natural y permanente de las aguas de un cauce a otro (caso en que se pondera *accesión* por aluvión, arts. 719 y 720 Código Civil), o con la modificación definitiva del trazado de una vía pública, que libera una franja de terreno que se sustituye de una vez por otra, para ilustrar el segundo escenario; o con las hipótesis examinadas en algunos de los fallos citados, en que se retira del uso común y se priva *transitoriamente* del goce colectivo, mientras se reemplaza por otro equivalente en virtud de *compensación*.

El prefijo “des” que acompaña al verbo “afectar” denota en su literalidad: i) que exista gravamen o limitación respecto de alguna cosa³², para el caso la *destinación acompañada del goce material* que impone un cierto régimen jurídico al bien *afectado*; y ii) la *negación* o inversión del sentido de la acción de *afectar*, esto es, hacer cesar el estado jurídico que ya venía configurado. Por ello se requiere para *desafectar* un bien de uso público, por decisión de autoridad, que ya estuviera formal y materialmente incorporado al *espacio público* para el goce de todos los habitantes del territorio.

Y es aquí donde surge la obligación jurídica de *compensar* en los términos del art. 6º de la Ley 9ª de 1989 que sustentó la lectura del fallo recurrido: esta acción, a su vez, tiene el alcance de *dar algo en reemplazo del “daño, perjuicio o disgusto”* que se ha causado³³, para el caso al titular del derecho (la comunidad) cuando se le priva del uso público de un bien; satisfacción que deviene con la entrega de un *equivalente*. ¿Cuál ha de ser el “daño, perjuicio o disgusto” cuando nunca se configuró tal uso común; cuál el soporte para determinar la equivalencia de la compensación?

Problema jurídico 2. *¿Corresponde al juez popular discernir entre varios escenarios administrativos relativos a la ejecución o a la suspensión de proyectos de inversión de interés turístico y cultural e imponer la obligación de culminar uno, que no hace parte de la infraestructura básica estatal ni de servicios públicos esenciales, respecto del cual la Administración ha estimado que no es financieramente viable?*

Decisión y fundamentos. [No] puede ignorarse que entre el año 2003, cuando al parecer concordaron las voluntades político administrativas de Yopal y Casanare y el 2009, cuando se verificó la real situación del fallido “parque museo”, ocurrieron hechos significativos que lo llevaron a la *ruina* en su mayor parte, a la necesidad de *demoler* las construcciones abandonadas, de las que se dijo fueron mal diseñadas, inadecuadamente construidas y peor mantenidas³⁴; y que el proyecto no alcanzó siquiera la *primera etapa*,

³¹ Sentencia C-738 del 2002, M. G. Monroy Cabra. Relativas a la misma temática: T-578 A del 2011 y T-135 de 2010, en las que dilucida la armonización entre el uso público y algunos eventos de confianza legítima; y C-598 de 2010 (parques naturales) y C-068 de 2009 (concesiones portuarias), en las que se diferencian bienes que *por su naturaleza* son de uso público, de otros que son *construidos* para el uso público.

³² DRAE, décima acepción.

³³ DRAE, segunda acepción.

³⁴ Son elocuentes en torno a ello la inspección judicial realizada por el juez popular y los hallazgos de la autoridad de policía que conoció y resolvió la querrela que terminó con la orden de demoler múltiples componentes arquitectónicos que amenazaban ruina y peligro común; así lo reseñó certeramente el fallo apelado.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

menos las actividades que debieron desplegarse para la puesta en funcionamiento y garantizar la sostenibilidad. Todo indica que se dejó al garete, sin “dolientes” ni en el Estado ni entre los particulares, al cuidado y para el aprovechamiento de un puñado de gestores culturales, lo que dista bastante de un escenario de apropiación por y para el servicio de la comunidad. Tampoco se ignora que la *cultura* es un valor y un bien colectivo constitucionalmente protegido (arts. 63, 70 y 72 de la Carta) y que el sistema de fuentes ha ideado mecanismos que propenden por organizar los esfuerzos estatales y los de los particulares para su preservación, promoción en aras de conservar la identidad nacional predominante y de las minorías étnicas y que propicia, mediante diversos estímulos, que el sector privado contribuya, más allá de la retórica, con acciones concretas³⁵.

Ello no significa que un proyecto que involucra componentes culturales, como lo podrían ser los rasgos distintivos de la *llaneridad* o de las expresiones diversas de la historia y del modo de vivir de los asentamientos humanos de Casanare³⁶, se convierta por sí mismo en “patrimonio cultural”, porque no pueden transmutarse las cosas y trocar su naturaleza: la *cultura*, en su comprensión jurídica y sociológica es el *contenido* que debía recogerse, expresarse y preservarse, entre otros *medios*, en el “parque museo”. Y no es lo mismo el instrumento que el fin; el continente que el contenido.

De ahí que la previsible y deseable trascendencia cultural del “parque museo” no justifique por sí misma que tuviera que forzarse por orden judicial la restauración o la recuperación de los ingredientes físicos *artificiales* de esa construcción; ni la continuidad del *proyecto*. Bien diferente lo sería, por ejemplo, imponer la obligación jurídica de hacerlo respecto de un nicho antropológicamente relevante (un cementerio prehispánico, un antiguo lugar de culto, una plazoleta colonial, una construcción republicana protegida por la ley, entre otros casos) que *ya haga parte* del patrimonio arqueológico, histórico, arquitectónico, cultural u otras variantes que el sistema de fuentes dispone preservar. Pero esas connotaciones no las tuvo el “parque museo” objeto de litigio, porque sus gestores y quienes desde la comunidad tuvieron interés en aprovecharlo, simplemente lo abandonaron. Y esa realidad, constatada tanto por la Administración como por el juez popular, es inocultable.

[...] el juez constitucional puede ordenar la preservación de un bien de uso público, o su recuperación o adoptar medidas respecto de una desafectación irregular, pero no crear un bien de esa naturaleza ni incursionar en la valoración de la *conveniencia* de realizar, ahondar o incrementar o no una inversión pública, en bienes y servicios que, si bien son importantes, no son esenciales para el cumplimiento de la misión de Estado confiada a las entidades territoriales.

No minimiza la Sala la pertinencia social del proyecto: basta revisar los diagnósticos vertidos al expediente para saber que tuvo una concepción valiosa; que pudo ser un referente turístico capaz de autofinanciarse; que de haberse puesto realmente al servicio de la comunidad (no, como parece que ocurrió, de un nicho de interesados) habría podido ser apropiado y defendido por todos como un verdadero bien de provecho colectivo, de tal manera que habría podido forzarse a los líderes político administrativos de Casanare y Yopal a darle aliento, a destinar recursos en las vigencias fiscales subsiguientes, a incorporarlo en los planes de desarrollo. Pero no es el proceso popular el escenario adecuado para definir esas variables: el principio democrático restringe a los jueces a una misión diferente, pues el origen de su investidura no está – por fortuna – mediado por la legitimación política electoral; las propuestas de los elegidos, que persuaden – cuando menos formalmente dicho – a los electores, son las que se discuten en los cabildos y asambleas, las que se plasman en un plan de desarrollo y en el ejercicio anual de presupuesto.

Optar entre varias necesidades que compiten por la asignación de recursos, es una potestad de gobierno y de administración³⁷; el juez popular no hace ni lo uno ni lo otro y si bien la Carta le ha confiado enormes poderes para imponer opciones y soluciones que con frecuencia las autoridades accionadas excluyen en el juego de las mayorías y sus intereses grupales, esa elevada función no es *fin* sino *medio* para proteger derechos e intereses colectivos. Luego hay una petición de principio que requiere respuesta: si se trata de obligar a la Administración a variar sus ponderaciones en estos aspectos fiscales, tiene que serlo porque se han identificado y probado la lesión o la amenaza a dichos bienes jurídicos del común y es indispensable así actuar por la jurisdicción constitucional para restaurarlos.

³⁵ Ley 397 de 1997: artículos 1, 2, 17, 18 y 22.

³⁶ El “parque museo” debía recoger la *reproducción artificial* de elementos del hábitat mestizo (casas llaneras) y de la población prehispánica en su muestra etnográfica; igualmente, recolectar y exhibir otros autóctonos de la región, específicamente en el componente museológico y servir de escenario para *representar* y aproximar a propios y visitantes a la idiosincrasia de las múltiples facetas sociológicas de Casanare (serranos, ribereños, *criollos*, sabaneros, etcétera).

³⁷ Constitución Política, arts. 287, 300, 305, 311, 313, 315, 339, 344, 345, 346, 347 y 353.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

Si aquí, como se ha dejado consignado, no se han configurado un *bien de uso público* ni *patrimonio cultural, arqueológico, histórico o arquitectónico* que ameriten especial protección del Estado, decidir acerca de la *viabilidad financiera, la sostenibilidad y la priorización* actual de inversión en un proyecto ideado y cuya ejecución se inició hace casi una década, debe volver a su escenario natural: el Concejo de Yopal y la Asamblea de Casanare. Es allá donde los llamados *voceros del pueblo* deberán rendir cuentas y explicar a sus electores, a sus contradictores y a los órganos de control, las decisiones que adopten y sus implicaciones políticas y fiscales.

Problema jurídico 3. Efectos y alcances de la *noticia* judicial al órgano de control respecto de la configuración de lesión al patrimonio público: carácter vinculante.

Decisión y fundamentos. [...] *las cosas hablan por sí mismas* y no se requieren complejos razonamientos para comprender que si se invierten considerables recursos del Tesoro y no se obtienen los resultados deseables y enteramente posibles, esa actividad administrativa es cuando menos contraria al principio de eficacia de la función pública (art. 209 de la Carta); si a ello se suman imprevisión, derroche, negligencia en la vigilancia y control de los bienes públicos, el desmedro del patrimonio común salta a la vista.

Desde luego el juez popular se limita a declarar la configuración de un hecho: hay daño fiscal que se aprecia a simple vista; determinar quiénes son los responsables por acción o por omisión; establecer si las partidas del erario distraídas o despilfarradas eran de Casanare o de Yopal; estructurar eventuales hechos punibles o tipos disciplinarios y perseguir patrimonialmente a quienes causaron el daño, son las funciones propias de los aludidos órganos de control a los que la a-quo dispuso dar noticia. Informe de servidor público que por sí solo carece de efectos diferentes a provocar la intervención funcional de los investigadores, pues no imputa ni dilucida quién deba ser imputado específicamente.

Pero esta vez tiene que agregarse que no se trata del reporte escueto que las autoridades destinatarias puedan ignorar: siendo protuberante el menoscabo que ha sufrido el Tesoro, *tendrán que actuar*, pues aunque no son sujetos procesales vinculados a la sentencia popular, tienen el deber de deducir sus efectos como corresponda, previa individualización y audiencia de quienes sean imputados, salvo eventual prescripción u otra causal legal de extinción de las acciones punitiva y de responsabilidad fiscal. El juez popular no tiene en el plenario los elementos fácticos y probatorios ni los medios que le permitan precisar desde el fallo quiénes son los responsables, ni cómo hacer restituir al patrimonio del Estado lo que de allí se haya desplazado ilegalmente, o dejado perder por la actuación irregular de algunas autoridades administrativas; por ello tiene que apoyarse en los organismos de control, de manera que las órdenes para ello impartidas tendrán que mantenerse y cumplirse.

[Sentencia del 12 de julio del 2012, radicado [850013331701-2009-00140-03](#)].

Ref.: **POPULAR. Auto. Pacto parcial. Inundaciones área de influencia río Cravo Sur** (sector de La Cabuya al extremo inferior de la isla de Manga). Financiación y contratación de estudios previos para identificar y diseñar solución integral de la problemática colectiva objeto del proceso. Compromisos institucionales de Yopal y Corporinoquia.

Antecedentes. Se instauró acción popular con pretensiones para forzar a las autoridades a intervenir el cauce del río Cravo Sur, sector aledaño a la isla de Manga, para resolver la problemática de las inundaciones periódicas en los ciclos de lluvias. El Tribunal acumuló dos procesos estrechamente relacionados, uno de los cuales se seguía en juzgado administrativo; extendió así el control judicial a todo el tramo que va desde el puente La Cabuya hasta el extremo inferior de la isla aludida, donde convergen los diversos brazos del río.

Problema jurídico. Se trata de determinar la viabilidad jurídica, los alcances y efectos del pacto parcial configurado entre algunas de las partes, cuyo objeto general es la contratación y ejecución de estudios técnicos para abordar integralmente diagnóstico y soluciones a este complejo conflicto colectivo.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

Decisión y fundamentos. Retomada la perspectiva de las pretensiones y más específicamente las verificaciones directas que realizó el magistrado sustanciador, acompañadas de los diversos informes técnicos de las autoridades (CLOPAD, CREPAD Y CORPORINOQUIA), de las que se hizo memoria en los autos que se han ocupado de las medidas cautelares, es palmario que: i) existe un complejo problema asociado al comportamiento del *cauce trenzado* del río Cravo Sur en el sector de Yopal, objeto de este proceso popular; ii) se expresa en los ciclos de inundación en las dos riberas del canal principal del río y en las que se alteran periódicamente cuando ganan o pierden caudal los brazos secundarios en las épocas de invierno y sequía, alguno de los cuales un grupo de afectados señala era en el pasado la vertiente propia del caño Palomero; iii) las *causas* de ese comportamiento están por establecer: no falta quien las atribuya a las intervenciones humanas, unas de las autoridades, otras de los particulares; o quien diga que es el flujo natural de las aguas; o señale que hay concurrencia de factores, agravados por los fenómenos alternos “del Niño” y de “La Niña”; iv) se han afectado seriamente personas y puesto en peligro su supervivencia; también predios, cultivos e infraestructura vial; v) se han realizado obras de mitigación, algunas fallidas; y vi) existe un “P.O.T.” de Yopal que desde el año 2007, cuando menos, define áreas de riesgo y usos del suelo no compatibles en el sector, pese a los cuales mecanismos normativos, no se ha acreditado acción correctiva eficaz de las autoridades, ni siquiera por la aparente ocupación de espacio público, tales como la *ronda* y los playones del río.

De manera que se está frente a un problema complejo, que tiene inculcables implicaciones colectivas respecto de la salubridad y seguridad públicas; la previsión de desastres técnicamente previsibles; la preservación del recurso colectivo *ambiente*; la protección o recuperación de la infraestructura de uso público y la de bienes que por su naturaleza son igualmente de esa estirpe. Pero no se conocen todavía *responsables* ni *soluciones*. Ese será uno de los cometidos de los *estudios previos* que se tienen que acometer para clarificar el enrarecido escenario.

Por ello, aunque en la dirección correcta, el *pacto parcial no resuelve el problema*: tan solo brindará indispensables insumos para que las autoridades, bajo el ojo avizor de la comunidad afectada, que también tiene que contribuir a conformar soluciones, y la vigilancia del juez popular, *actúen* y hagan lo que permitan la naturaleza, el ordenamiento, los recursos técnicos, presupuestales y financieros disponibles, privilegiando un solo *norte*: la mejor solución en aras de derechos e intereses colectivos, los que se harán prevalecer sobre los de carácter privado, aún con sacrificio de estos cuando la armonización no fuere viable. Pero que no resuelva el problema no significa que el *pacto parcial* sea estéril: es un esfuerzo institucional serio, cuantioso, que harán Yopal y Corporinoquia para obtener lo que ha faltado: *lineamientos estratégicos técnicos* con visión de largo plazo, para superar el errático estado de cosas de los últimos años. Y por consiguiente será aprobado acorde con los principios de la Ley 472 de 1998 (arts. 5 y 7; leídos a través del prisma de los arts. 88 y 209 de la Carta.

[Auto del 12 de julio del 2012, radicado [850012331002-2011-00033-00](#) (acumulado al 850013331001-2008-00092-00)].

Ref.: POPULAR. Autos. **Discusiones procesales. Asunto:** Súplica. **Pago de honorarios de perito** (prueba de oficio). El auto que fija la carga (no el monto) sería apelable en primera instancia: procede la súplica. **Efectos vinculantes del decreto de la prueba.** La asignación de la carga no anticipa decisión acerca de eventuales costas, ni define la posición procesal de las partes u otros intervinientes. Cesionario de contrato y licencia ambiental que comparece al debate en la segunda instancia: no es demandado, tampoco sucesor procesal.

Procedencia del recurso. La súplica solo procede, en el trámite de la segunda instancia contra sentencias, cuando la decisión del magistrado sustanciador decide un aspecto respecto del cual (en primera instancia, obviamente) habría cabido apelación. No existe en el ordenamiento del C.C.A., por el cual se abrió y culminará este proceso, armonizado con las disposiciones de la Ley 472 del 1998, norma alguna que permitiera *apelar* un auto que determine el valor de los honorarios del auxiliar de la justicia, ni el que atribuya la carga de pagar una expensa de esa naturaleza. La jurisprudencia tiene establecido que la apelación proceda no solo contra el fallo popular, pese a la literalidad del art. 37 de la Ley 472 de 1998; también contra

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

algunos autos, entre ellos, el que rechaza la demanda, el que ponga fin al proceso y el que decida acerca de la intervención de terceros.

Sin embargo, como el asunto tiene que remitirse al Código de Procedimiento Civil por carecer de regulación propia en el C.C.A., lo que da lugar a doble reenvío (Ley 472, art. 44 y C.C.A., art. 267), acorde con el art. 390 del primero las decisiones relativas a quién deba pagar honorarios de perito o expensas son *apelables*, precepto que se armoniza con el art. 388 del mismo estatuto instrumental. Así definido, aquí procede la súplica substitutiva, pero únicamente en lo que atañe a la orden de pagar honorarios dirigida conjuntamente (sin precisar proporciones) a dos sujetos procesales. No lo relativo al *monto*.

La fijación inicial de la carga de expensas: en el auto colegiado del 2 de febrero del año en curso, por el cual se decretó la prueba de inspección con participación de perito, se dijo que los costos de la pericia estarían a cargo de MONTECZ; disposición comprensible si se considera que para entonces ALANGE no había sido vinculada a título alguno. A San Luis de Palenque se le fijaron otras obligaciones. Nadie atacó esas decisiones. Esa orden queda modificada por el magistrado sustanciador en el auto recurrido, en el sentido de asignar la carga conjuntamente a las dos empresas aludidas “quienes realizan explotaciones de hidrocarburos en el sitio objeto de la presente acción”; pero dejó a salvo futuro pronunciamiento acerca de la *proporción* en la que dichas empresas deban pagar.

Calidad procesal de ALANGE: el auto del 17 de mayo del 2012 precisó lo que correspondía; nada en el proveído del sustanciador ahora impugnado indica lo contrario. El *hecho* que allí se consigna, cuya precisión en el tiempo, verificación probatoria y eventuales efectos jurídicos solo se ponderarán en el fallo, no cambia la naturaleza del vínculo procesal de la recurrente aludida: es *tercero interesado*, que llegó al trámite durante la segunda instancia, como se ha clarificado suficientemente. Por ello tampoco es fundada la glosa de MONTECZ, en cuanto pretende que anticipadamente se acoja su posición defensiva, de haber, presuntamente, dejado de ser operador y responsable de operación en el Campo Careto.

[Auto del 12 de julio del 2012, radicado: [850013331702-2008-00067-01](#)].

Ref.: NRD. Fallo. **Pensiones especiales. Rama Judicial. IBL** y factores de liquidación. Reconocimiento parcial en tutela: sentencia ordinaria debe ordenar el restablecimiento integral del derecho.

Antecedentes: El demandante ejerció acción de nulidad y restablecimiento del derecho para lograr la nulidad de los actos que reconocieron y fijaron el valor de la pensión (Resolución No. 24014 de 2001) y que negaron la reliquidación de la misma (Auto 109945 de 2002); pretendió que se reconociera y pagara el valor correspondiente a las primas de navidad, vacaciones y demás factores salariales a los que tiene derecho. Con el proceso ordinario en curso, iniciado en el año 2003, instauró acción de tutela y obtuvo sentencia estimatoria de segunda instancia en la cual el juez constitucional decidió amparar los derechos invocados por aquel y ordenó a la entidad demandada reconocer de manera definitiva al actor una mesada pensional equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que le corresponda durante el último año de servicios conforme al art. 6 del Decreto 546 de 1971; el fallo dispuso *amparo definitivo*. La Administración ejecutó ese fallo; no están en discusión los *factores* ni el *monto* de la prestación social, extremos ya dilucidados en la Resolución No. 03725 de 2004, que los adoptó igualmente con carácter definitivo. Sin embargo, acorde con lo dispuesto en la sentencia de tutela, el acto de ejecución aplicó efectos fiscales a partir de la fecha de aquella, no desde cuando adquirió el derecho a la prestación económica.

Asunto litigioso. Se centra únicamente en obtener el restablecimiento integral del derecho en lo que está pendiente: desde cuando adquirió estatus de pensionado, hasta el 30 de octubre del 2003. Se advierte que la Resolución 3725 del 2004, que se produjo cuando la contención ordinaria ya estaba en curso, no fue demandada, ni era necesario hacerlo, dado que obedece a un fallo constitucional que proveyó respecto del restablecimiento parcial del derecho subjetivo con efectos hacia el futuro. A ella ha de estarse en lo pertinente.

Problema jurídico 1. Lectura armónica del fallo ordinario de primer grado: alcances. El recurrente entendió que al anularse los actos acusados, sin adoptar medida alguna substitutiva, *se ha quedado sin título jurídico para devengar la pensión*; por consiguiente, deberán precisarse cuáles

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

son los efectos de la sentencia estimatoria y por qué se requiere un pronunciamiento de fondo, pese al reconocimiento *definitivo*, pero con efectos fiscales parciales, que hizo el juez de tutela.

Decisión: No asiste la razón al apelante pues basta armonizar la decisión con su ratio decidendi para encontrar que el a-quo simplemente dedujo que debían retirarse del escenario administrativo las resoluciones demandadas, por violación del régimen especial de pensiones que aplica al actor, sin que fuera necesario restablecer derechos subjetivos pues ese efecto ya lo había producido la Resolución 3725 del 18 de febrero del 2004, expedida en acatamiento a la sentencia de tutela. Por ello no ha desaparecido en modo alguno el soporte jurídico de la prestación económica.

Cajanal consintió esa decisión judicial, cuyos elementos estructurales son dos: i) el actor *tiene derecho a la liquidación de su pensión* con el régimen especial previsto en el art. 6° del Decreto 546 de 1971, como ya lo había determinado igualmente el juez constitucional; y ii) a partir del 31 de octubre de 2003 ha de estarse a lo resuelto por el fallo de tutela y en cumplimiento suyo, por la Resolución 3725 del 2004. En esas circunstancias no hay lugar a reabrir un debate que se clausuró en la primera instancia, cuya solución, por lo demás, concuerda con los estándares que sigue este Tribunal³⁸.

Problema jurídico 2) El restablecimiento integral del derecho: la reliquidación de las mesadas anteriores a la sentencia de tutela. Se trata de dilucidar qué deba hacerse respecto de la reliquidación de las mesadas causadas desde cuando el actor adquirió derecho a devengar la pensión hasta el 30 de octubre del 2003, considerado que desde el 31 de octubre de ese año la situación ya fue resuelta por el juez constitucional con efectos permanentes.

Decisión. Al haberse acreditado por el actor que es beneficiario del régimen de transición; que causó el derecho a la pensión de jubilación; y que sin explicación atendible alguna Cajanal le aplicó un régimen diferente al especial previsto en los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978 cuando le reconoció la prestación, se confirmará el numeral primero del fallo de primera instancia que declara la nulidad de los actos acusados y se modificará en lo restante para dejar incólume los efectos definitivos del reconocimiento que ya hizo el juez constitucional y restablecer integralmente el derecho en lo que se dejó pendiente, pues en últimas es a esta jurisdicción a la que compete discernir el asunto mediante declaración con vigencia permanente.

[Sentencia del 5 de julio de 2012, Achagua Vs. Cajanal, radicado [850013331001-2008-00141-02](#)].

Ref.: **NRD**. Fallo. **RECONOCIMIENTO MESADA CATORCE** (ADICIONAL DE JUNIO). EL TIEMPO EN EL QUE OBTIENE EL ESTATUS DE PENSIONADO INDICA EL RÉGIMEN APLICABLE. QUIENES INGRESARON AL SERVICIO ANTES DEL 1° DE ENERO DE 1981, CON VOCACIÓN DE OBTENER PENSIÓN DE GRACIA, NO TIENEN DERECHO A LA MESADA ADICIONAL. NI EL A.L. # 1 DEL 2005 NI LA LEY 812 DEL 2003 VARIARON EL TRATAMIENTO LEGAL DE LA MESADA ADICIONAL PARA LOS DOCENTES MÁS ANTIGUOS. Reiteración de línea.

Problema jurídico. ¿Tiene derecho el docente actor, vinculado al servicio territorial en el año 1976, al reconocimiento de la mesada catorce respecto de una pensión ordinaria de jubilación causada después de haber entrado en vigencia el A.L. # 1 del 2005?

Decisión, tesis y fundamentos. En primer término debe aclararse que la jueza de primera instancia fundamentó su negativa con alusión a que el demandante era beneficiario de la pensión gracia, pero en realidad este solicita la mesada 14 pero de la pensión *ordinaria* de jubilación. Las referencias que se han hecho en fallos del Tribunal a la primera no necesariamente son atinentes para abordar las discusiones acerca de la segunda; y en el caso específico, tan solo son útiles para entender la modificación que en el punto introdujo la Ley 91 de 1989.

³⁸ Entre otras, TAC sentencia del 6 de diciembre del 2007, ponente Néstor Trujillo González, radicado 2003-00165-00. Siguió numerosas decisiones del Consejo de Estado allí citadas: CE, Sección Segunda. Subsección B, sentencia del 23 de junio de 2005, J. M. Lemos, e25000-23-25-000-2001-07869-01(2495-04). En igual sentido, ver sentencias del 18 de mayo de 2006 (B), A. Ordóñez, e25000-23-25-000-2002-13180-01(8829-05); del 28 de octubre de 2004, T. Cáceres e76001-23-31-000-2001-05461-01(5884-03), del 29 de junio de 2006, T. Cáceres, e15001-23-31-000-2000-02396-01(7559-05). La posición unificada del Pleno de Sección puede verse, en la misma línea que viene desde los albores de la década de los 90s, en sentencia del 14 de julio de 2005, A. Arango, e: 25000-23-25-000-2002-05755-01(2668-04), demandante L. Suárez Carrillo. Ver también sentencia constitucional del 12 de febrero del 2010, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850013331002-2009-00264-01.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

En segundo lugar, esta Sala reiterará numerosos precedentes horizontales y anuncia que el fallo será confirmado pero con una motivación diferente con base en los siguientes lineamientos:

- El literal b) del ordinal 2°, del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispuso: [...] Ese precepto no es aplicable al actor recurrente, pues ingresó al servicio docente *antes* del 1° de enero de 1981 (en 1976) y tiene vocación de acceder a la pensión de gracia, si cumple los demás requisitos de la misma. El cambio legislativo aludido tiene cierta racionalidad: quienes arribaron a la docencia oficial a partir la fecha citada ya no podrán lograr la pensión que por liberalidad asignó la Nación para remover desigualdades en la remuneración de los que servían en los entes territoriales; a cambio les reconoció la mesada 14, sin que pueda predicarse que deban tener idéntico trato los primeros en virtud del principio de igualdad, pues simplemente aunque hacen lo mismo, tienen un sistema general de remuneración diferenciado, cuya comparación para saber cuál es más favorable no puede hacerse aisladamente ni por segmentos. Es un paquete integral.

- La Ley 100 de 1993, en su artículo 142, estableció una mesada adicional para los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, equivalente a treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. Tampoco aplica a la situación particular del demandante, pues su pensión ordinaria tiene un régimen especial, que la hace compatible con la pensión de gracia y puede devengarse aún en actividad, en concurrencia con la asignación propia del empleo, privilegio del que carecen todos los demás servidores públicos que logran el estatus de pensionado.

- En la línea que se reitera se ha invocado el Acto Legislativo 001 de 2005, vigente desde la fecha de su publicación, es decir, desde el 25 de julio de 2005, como otro argumento para denegar pretensiones de esta índole, porque se ha enfatizado que taxativamente estableció que *"Las personas cuyo derecho a la pensión se **cause** a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento"*.

Ha surgido legítima inquietud acerca de los efectos de la excepción que introdujo esa reforma respecto de los docentes, así:

"Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003"³⁹.

Esa particularidad normativa simplemente constitucionalizó lo que ya había dispuesto la citada Ley del Plan de Desarrollo 2003-2006, con la salvedad relativa a la *edad* requerida que privilegió a los docentes respecto del régimen normal de prima media; tampoco se ha pasado por alto y aunque no se ha aludido expresamente a ella, se ha mantenido la lectura que deduce efectos restrictivos del precepto permanente (art. 1°, inciso 8) con relación a los docentes vinculados antes del 1° de enero de 1981; así se clarifica y reitera ahora porque *las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003* son, precisamente, las que sustentan la conclusión de la Sala: el sistema especial de pensiones de los educadores, *antes de la Ley 812*, está conformado por la Ley 91 de 1989, la Ley 33 de 1985 y las que las precedieron, ninguna de las cuales les otorga el beneficio de la mesada 14 o adicional, ni para la pensión ordinaria ni para la de gracia.

La invocación al art. 1°, inciso 8, del A.L. # 1 del 2005 reafirma lo que ya se sabía: los docentes que ingresaron al servicio antes del 1° de enero de 1981 *nunca tuvieron expectativa* de ganar la mesada 14, por

³⁹ Ley 812 del 2003, artículo 81. *Régimen prestacional de los docentes oficiales*. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

(...)

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

voluntad del Congreso, porque para algunos de ellos subsistió la opción de la pensión de gracia; y para quienes sí tuvieron tal vocación, porque arribaron después, también la perdieron con la reforma constitucional, salvo las ya *causadas* hasta el 24 de julio del 2005.

[Sentencia del 12 de julio de 2012, Vega Vs. FNPSM, radicado [850013331002-2010-00225-01](#) (2011-00210)].

Ref.: NRD. Fallo. **Tributarios**. SANCIÓN POR NO RENDIR INFORMACIÓN EXÓGENA. **PRESCRIPCIÓN DE LA FACULTAD SANCIONATORIA**: MULTAS IMPUESTAS EN ACTUACIÓN SEPARADA. EL BIENIO CORRE A PARTIR DEL LÍMITE PARA DECLARAR EL CICLO FISCAL EN EL CUAL OCURRIÓ LA INFRACCIÓN. INFORMACIÓN EXTEMPORÁNEA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Asunto litigioso. Se controvierte la imposición de sanción deducida por la DIAN a un contribuyente que omitió información exógena por el año gravable 2006; el sancionado pretendió que se contabilizara el plazo extintivo de la acción punitiva a partir de la expiración de la fecha para presentar la declaración de renta por esa vigencia.

Primer cargo: Prescripción de la facultad sancionatoria. Dice la parte demandante que la oportunidad para requerir e imponer sanción por omisión de información exógena relativa al año gravable 2006 tiene que asociarse a esa vigencia y a la fecha en que se debía presentar la respectiva declaración de renta, acorde con lo preceptuado en el art. 638⁴⁰ del Estatuto Tributario y lo definido por el Consejo de Estado⁴¹.

La DIAN precisó que la obligación de presentar información exógena *por el año 2006* quedó determinada en la Resolución 12807 del 26 de octubre del 2006, en la cual se dispuso en qué fechas del *año 2007* tenía que entregarse; por ello, según su parecer y la doctrina interna de varios conceptos institucionales que aplica forzosamente en sus actuaciones administrativas, el bienio que estableció la ley corre a partir de la fecha de presentación de la declaración de renta del año en que *ocurre la omisión*, esto es, para el caso la del 2007. Invocó los fallos del Consejo de Estado 10156 del 2000 y 17435 del 2009.

Decisión. La Sala en sentencia reciente⁴² se ocupó de un asunto exactamente igual y desechó el cargo por las siguientes razones:

Efectivamente existen las dos lecturas del órgano de cierre que ambas invocan: la solución del año 2008 que favorece la tesis de la demandante ligó la iniciación del bienio a la fecha límite para presentar la declaración de renta por el ciclo cuya información se omitió; y las reiterativas del año 2000 y del 2009, al denuncia fiscal que corresponda al año *en el que ocurra la presunta infracción*. Las consecuencias obviamente son diferentes, pues con la primera la actuación de la DIAN (pliego de cargos) sería extemporánea; oportuna con la segunda.

La Sala acoge el llamado de la Administración y aplicará la tendencia más reciente y constante trazada por el Consejo de Estado; no solo por la fuerza persuasiva de los argumentos allí ofrecidos, sino porque se encuentran enteramente ajustados a la literalidad del precepto. Dado que la sanción demandada se impuso por separado a los actos de determinación del impuesto y como quiera que la **omisión** de la información exógena se entiende configurada en el año 2007, cuando vencieron los plazos para entregar la relativa al 2006, es la fecha del denuncia fiscal por el 2007 el que determina desde cuando corre el bienio⁴³.

⁴⁰ ARTÍCULO 638. PRESCRIPCIÓN DE LA FACULTAD PARA IMPONER SANCIONES. <Artículo modificado por el artículo 64 de la Ley 6 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando las sanciones se impongan en liquidaciones oficiales, la facultad para imponerlas prescribe en el mismo término que existe para practicar la respectiva liquidación oficial. Cuando las sanciones se impongan en resolución independiente, deberá formularse el pliego de cargos correspondiente, dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se presentó la declaración de renta y complementarios o de ingresos y patrimonio, del período durante el cual ocurrió la irregularidad sancionable o cesó la irregularidad, para el caso de las infracciones continuadas. Salvo en el caso de la sanción por no declarar, de los intereses de mora, y de las sanciones previstas en los artículos 659, 659-1 y 660 del Estatuto Tributario, las cuales prescriben en el término de cinco años. Vencido el término de respuesta del pliego de cargos, la Administración Tributaria tendrá un plazo de seis meses para aplicar la sanción correspondiente, previa la práctica de las pruebas a que hubiere lugar. (Se agregaron cursivas y subrayas).

⁴¹ Sentencia del 17 de julio de 2008, C.P.: Dr. H. Romero Díaz.

⁴² TAC, fallo del 28 de junio de 2012, expediente 850012331002-2011-00157-00, M.P.: Néstor Trujillo González.

⁴³ C. de E., Sección Cuarta, sentencia del 26 de noviembre del 2009, ponente W. Giraldo Giraldo, radicado 66001-23-31-000-2008-00011-01(17435). El extracto corresponde al publicado por la Relatoría.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

Segundo cargo: falsa motivación (indeterminación del tipo por el que se procede). Según la parte actora, de las cinco hipótesis por las cuales podrá resultar sancionado en los términos del art. 651 del Estatuto Tributario, no se fijó por la DIAN cuál debía considerarse; resalta que no es lo mismo no suministrar información que hacerlo extemporáneamente⁴⁴, lo cual conlleva consecuencias diversas, aspecto que incide en su defensa y en el derecho al debido proceso que se debe garantizar en toda actuación administrativa.

Visto el pliego de cargos se encuentra que efectivamente la DIAN transcribió en su totalidad la descripción típica del art. 651 del E.T., pero en los anexos explicativos claramente se indica que fue identificado en el programa “omisos informantes por el año gravable 2006 **por no haber presentado la información de que trata el art. 631 del Estatuto Tributario por el año 2006**”; la resolución sanción también refiere a la totalidad de conductas descritas en la norma en comento, pero su anexo explicativo señala que: “**el contribuyente omitió la presentación de la información exógena correspondiente al año gravable 2009**”, de manera que no existía equívoco alguno: el investigado sabía exactamente cuál era el deber omitido; para la fecha en que se produjo el aludido pliego, no había entregado la “información exógena” y tan adecuada percepción tuvo de sus obligaciones que al responder, el 19 de octubre de 2009, dos años después de expiradas las fechas para hacerlo, allegó los formatos oficiales diligenciados para cumplir esa carga.

La censura es así infundada: la adecuación típica de la conducta sancionable por el fisco fue suficientemente precisa para desatar el derecho de contradicción y permitir la defensa y no se trata de entregar *parcialmente* la información exigida cuando se quiera, sino cuando lo ordena la ley para que sea plenamente eficaz y permita su utilización por la autoridad tributaria, pues el reporte no es para simple archivo; el “cruce” con terceros no podría hacerse si cada obligado decide entregar datos cuando le parezca, durante el proceso sancionatorio. El punto no es irrelevante puesto que el fisco no puede iniciar actuaciones de determinación contra otros contribuyentes en cualquier tiempo: la información entregada en el año 2009 podría ser inútil para dichas funciones respecto de declaraciones de renta que debieron radicarse en el 2007, esto es, por la vigencia 2006. En igual sentido se dispuso en el fallo horizontal citado⁴⁵.

Tercer y cuarto cargo: desconocimiento de la entrega extemporánea de la información y omisión de graduación de la sanción. Según la parte actora, cuando se impuso la sanción ya había rendido la información exógena, pues según la Administración esta se entregó el 30 de septiembre del 2009 y la multa sobrevino mediante notificación del 10 de marzo del 2010, hecho que no se tuvo en cuenta al momento de graduar la sanción, desconociendo lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 3 de la Resolución 11774 de 2005, pues es diferente no presentar la información a hacerlo extemporáneamente.

Dice el aparte del acto administrativo citado:

Parágrafo 3. *Cuando se profiera un pliego de cargos por no enviar información y como respuesta al mismo se presente la información con errores, este hecho constituirá una infracción diferente a la inicialmente sancionada, debiendo proferirse un nuevo pliego de cargos por parte de la Administración, sin que ello conlleve al rechazo de la reducción de la sanción inicialmente impuesta.*

Ya se indicó en el cierre de argumentos para despachar el segundo cargo que la información fiscalmente relevante tiene que entregarse *oportunamente* para que la Administración pueda utilizarla con eficacia; por ello se castigan la omisión y la extemporaneidad por sí mismas, porque constituyen un hecho típico proscrito por el ordenamiento legal.

Luego lo que la resolución que el demandante invoca ahora, ni puede variar la descripción superior, ni lo hace: simplemente prevé una segunda hipótesis, como lo es la configuración de *nueva infracción* por entrega de información errónea, que podría llevar a la autoridad a desplegar pesquisas ociosas, adelantar trámites infundados o cometer a su vez otros errores.

En todo caso, tampoco favorece la posición jurídica del actor, pues su infracción no fue la concurrente de presentar tarde la información exógena con errores, sino la de entregarla cuando el ciclo de actuaciones de determinación con relación al año 2006, para requerir a terceros, estaba vencido por ministerio de la ley.

⁴⁴ Resaltó que el pliego de cargos y el acto que resuelve el recurso de reconsideración hacen alusión a la no presentación de información, pero la resolución sancionatoria lo sancionó, indeterminadamente, por las cinco conductas previstas en el artículo 561 del E.T., no obstante que el anexo explicativo enuncia solo una conducta como la causante de la sanción, que no se tuvo en cuenta que la información, aunque extemporáneamente, sí fue presentada.

⁴⁵ TAC, fallo del 28 de junio de 2012, expediente 850012331002-2011-00157-00, M.P.: Néstor Trujillo González.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

Quinto cargo: falta de claridad de la cuantificación de la sanción. Dice el censor que el artículo 651 del Estatuto Tributario prevé varias hipótesis para cuantificar la sanción, que la DIAN en un cuadro toma como alternativa una “supuesta información” pero no es claro a qué se refiere y cuál es la fuente, agrega que la decisión tomada tiene una explicación deficiente, lo cual da lugar a la causal de nulidad contemplada en el numeral 4 del art. 730⁴⁶ del E.T., por omisión de explicación de las decisiones administrativas de la DIAN. Aquí no se trata de actos de determinación de tributos respecto de los cuales deban señalarse las “bases gravables”, o su “monto”; menos de un evento de “aforo”, que reemplace a una declaración fiscal. Luego no encaja la decisión acusada en la causal que se pretende hacer valer.

[Sentencia del 5 de julio del 2012, radicado [850012331002-20011-00121-00](#)].

Ref.: NRD. Fallo. **Tributarios**. SANCIÓN POR NO RENDIR INFORMACIÓN EXÓGENA. **NOTIFICACIÓN POR CORREO**: DEVOLUCIÓN Y NOTIFICACIÓN SUSTITUTIVA QUE PRODUJO EFECTOS. CONTRIBUYENTE CONOCIÓ ACTUACIÓN Y EJERCIÓ DERECHO DE DEFENSA. PRESCRIPCIÓN DE LA FACULTAD SANCIONATORIA: MULTAS IMPUESTAS EN ACTUACIÓN SEPARADA. EL BIENIO CORRE A PARTIR DEL LÍMITE PARA DECLARAR EL CICLO FISCAL EN EL CUAL OCURRIÓ LA INFRACCIÓN. INFORMACIÓN EXTEMPORÁNEA E INCOMPLETA.

Asunto litigioso: Se controvierte la imposición de sanción deducida por la DIAN a un contribuyente que omitió información exógena por el año gravable 2006; el sancionado pretendió que se contabilizara el plazo extintivo de la acción punitiva a partir de la expiración de la fecha para presentar la declaración de renta por esa vigencia. En esta ficha se extracta lo relativo al trámite de notificación. Ver también sentencia del 5 de julio del 2012, radicado 850012331002-20011-00121-00, del mismo ponente.

Problemas jurídicos. Indebida notificación de la resolución sanción. Fundado en que a pesar de haberse remitido el acto a la dirección vigente en el RUT, conocida la devolución, la DIAN tenía que acudir a todos los mecanismos necesarios para rehacer la notificación, acorde con los principios de debido proceso, publicidad, contradicción y derecho a la defensa. Estima que solo podía acudirse a la publicación de aviso en un periódico cuando se desconozca la dirección del contribuyente.

La Sala no acoge la perspectiva de la parte actora, por las siguientes razones:

- A diferencia de lo que ocurrió en la actuación objeto de un fallo constitucional reciente, en el que se encontró que la DIAN persistió en remitir la *segunda* de las notificaciones a una *dirección registrada en el RUT* de la que ya había sido devuelta la primera por no corresponder a la *actual* de la interesada, aquí se vislumbra que las devoluciones no comprometieron en modo alguno el derecho de defensa pues los afectados tanto con el pliego de cargos como con la resolución sanción: i) rindieron descargos y ii) recurrieron oportunamente y fueron oídos y vencidos con las garantías que establece el Estatuto Tributario⁴⁷.
- Por ello no son aplicables las consideraciones que esta Sala trazó para deducir efectos diferentes respecto de la *segunda* devolución de notificaciones remitidas por correo (acto sancionatorio), a la luz de los arts. 565 y 568 del Estatuto Tributario (versión adoptada por la Ley 1111 del 2006); decisión constitucional en la que se concluyó:

Por lo tanto encuentra la Sala que la entidad accionada violó el derecho fundamental al debido proceso, en la actuación relativa a la notificación de la resolución sanción, por cuanto conoció de la inconsistencia o desactualización de la misma y a pesar de ello omitió toda diligencia para remediar el vacío, se quedó en lo meramente formal y privó de eficacia al acto así realizado, pues sabía o debía saber que no llegaría

⁴⁶ ARTÍCULO 730. CAUSALES DE NULIDAD. <Fuente original compilada: L. 52/77 Art. 57> Los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos, proferidos por la Administración Tributaria, son nulos:

4. Cuando se omitan las bases gravables, el monto de los tributos o la explicación de las modificaciones efectuadas respecto de la declaración, o de los fundamentos del aforo.

⁴⁷ TAC, sentencia de tutela del 15 de junio del 2012, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850012331002-2012-00175-00. Allí se declaró *válida* y *eficaz* en sede constitucional la notificación de actos previos; y se ordenó rehacer la notificación de la resolución sanción, por encontrarse gravemente comprometido el derecho de defensa (la sancionada no compareció en toda la actuación y la conoció en la etapa de jurisdicción coactiva).

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

a quien debía ser su destinatario natural, como en efecto ocurrió, sin que pueda tenerse como suficiente la vía supletoria de un aviso en periódico.

Y es que los principios de publicidad, contradicción y defensa, que conjuntamente con otros conforman el debido proceso, así como el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal no permiten aceptar que la DIAN, a sabiendas de que la accionante no residía en la dirección informada en el RUT, haya notificado el acto sancionatorio mediante el envío de copia del mismo a ese sitio, cuando tenía todos los medios a su alcance para practicar la notificación observando a cabalidad dichos principios constitucionales; aceptar como válida tal notificación implica asentir que la Administración puede desconocer flagrantemente el deber de ubicar al sujeto pasivo de una obligación tributaria a través de la dirección indicada en el RUT, pero si allí no reside, de notificarla en la dirección que aparezca en el directorio telefónico y demás mecanismos indicados por la accionante; o que para imponer una sanción tributaria le basta a la DIAN cumplir unos formalismos que desconocen de manera real y efectiva las garantías constitucionales otorgadas a los ciudadanos para que se les respeten la contradicción, defensa y debido proceso, pilares fundamentales de todo Estado de derecho⁴⁸.

- La sentencia cuya cita antecede retomó y reiteró lineamientos del fallo horizontal que cita la demanda, a su vez enfatizados en otro más reciente⁴⁹; pero los dos tienen en común la conclusión relativa a *ineficacia* de las notificaciones que se hayan hecho irregularmente, que no es lo mismo que *nulidad* del acto indebidamente notificado. Y definieron que si, pese a eventuales defectos de la actividad de notificación, el contribuyente conoció las decisiones y pudo hacer valer su derecho a contradecir y defenderse, queda saneado el hipotético vicio.

Por consiguiente, establecido que los herederos del señor Ortiz Parra conocieron el pliego de cargos, lo respondieron y ofrecieron explicaciones y pruebas que fueron examinadas por la DIAN; que también conocieron oportunamente la resolución sanción y ejercieron el recurso de reconsideración, estudiado de fondo, no prospera la acusación por supuesto quebranto de las garantías constitucionales que invocó la demanda: si realmente se hubiera configurado algún defecto en la actividad administrativa de notificación, aspecto que se asoma en gracia de discusión, habría quedado saneado por conducta concluyente en cada ocasión, en virtud de la intervención eficaz de los interesados.

[Sentencia del 5 de julio del 2012, radicado [850012331002-2011-00157-00](#)].

Ref.: CONTRACTUAL. Fallo. LIQUIDACIÓN ORDEN DE PRESTACION DE SERVICIOS. **CERTIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO:** SE ATIENDE A DOCUMENTOS PÚBLICOS EMITIDOS POR EL ORDENADOR DE GASTO. EL DESGREÑO ADMINISTRATIVO RESPECTO DE SUS PROPIOS ARCHIVOS NO ES OPONIBLE AL CONTRATISTA. LA NEGLIGENCIA CON RELACIÓN A LA LIQUIDACIÓN DE UN CONTRATO NO EXIME DE ACTUALIZACIÓN E INTERESES MORATORIOS SOBRE LAS SUMAS DEBIDAS.

Asunto litigioso: El actor pretende la liquidación judicial del contrato de prestación de servicio 190-02 suscrito con la demandada, se establezca el respectivo cuadro contable y como consecuencia se ordena a la demandada reintegrar al departamento de Casanare las sumas de dinero que resulte adeudar junto con intereses moratorios y la corrección monetaria y que en caso de oponerse esta a las pretensiones de la demanda, se le condene en costas.

Problema jurídico: Se trata de definir si para liquidar judicialmente el contrato son suficientes las certificaciones de *ejecución de la labor convenida*, expedidas por el ordenador de gasto, para tener por cumplido el objeto contractual y, por consiguiente, como exigible el pago de los honorarios pactados.

⁴⁸ TAC, sentencia de tutela del 15 de junio del 2012, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850012331002-2012-00175-00.

⁴⁹ TAC, sentencias 22 de abril del 2010, radicado 850012331001-2006-00147-01 y del 14 de junio del 2012, ponente J. A. Figueroa Burbano, expediente 15000-2331-000-2004-01111-00 (descongestión de Boyacá, actora Chivor S.A. E.S.P.).

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

Se examinarán también los efectos de la ausencia de liquidación bilateral o sustitutiva unilateral del contrato, respecto de la causación de actualización e intereses moratorios calculados sobre las sumas debidas establecidas en sede judicial.

Decisión. Tesis y fundamentos. Se precisa que la supuesta renuencia de la contratista frente a los llamados de la Administración para liquidar bilateralmente no purga la propia mora del Estado, ni exige al departamento de pagar los aludidos intereses. En primer lugar, porque se reconocen efectos al lapso legal del que disponían las partes para acordar la liquidación y al adicional del que disponía Casanare para hacerlo unilateralmente; así se ponderan los deberes de las dos partes y se fija como momento inicial para hacer exigibles valorización e intereses, precisamente la expiración de dicho periodo, que corrió desde el 20 de mayo del 2003 hasta el 19 de noviembre del mismo año. Y en segundo lugar, porque las autoridades tenían el deber y la potestad de determinar el estado de las obligaciones recíprocas, para cuyos propósitos la entidad contratante está revestida de potestades exorbitantes que tampoco desplegó por su propia negligencia. Se trata, sin más, de un simple recurso de equidad, ínsito en el mecanismo ordenado por el art. 4º de la Ley 80 de 1993, que se aplica en armonía con el principio consagrado por el art. 16 de la Ley 446 de 1998.

[Sentencia del 5 de julio de 2012, radicado, CASANARE Vs. LUCIA SALCEDO QUEVEDO. Radicado: [850013331001-2005-00037-01](#)].

Ref.: **CONTRACTUAL. Fallo. LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO: DEBE INTENTARSE ANTES DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN. DIFERENCIA ENTRE CONTABILIZACIÓN DE PLAZO CONTRACTUAL Y TÉRMINOS PROCESALES.** EL PLAZO DE EJECUCIÓN CORRE CONFORME AL CALENDARIO, SALVO ESTIPULACIÓN EN CONTRARIO. EN CASO DE DUDA, HA DE ESTARSE A LA VOLUNTAD CONOCIDA DE LAS PARTES.

Asunto litigioso. El municipio actor pretende la liquidación judicial del contrato de consultoría 329 de fecha 3 de octubre de 2003; según su parecer el contratista no cumplió todas las obligaciones convenidas.

Problema jurídico. Se trata de discernir cómo debe contabilizarse el plazo de ejecución de un contrato, para determinar a su vez el cómputo de caducidad de la acción; específicamente si para lo primero es procedente descontar los días de vacancia judicial y los feriados.

Decisión, tesis y fundamentos. El actor descuenta los días de vacancia y feriados conforme a los preceptos del artículo 121 del C. de P.C.⁵⁰, disposición que indica cómo se contabilizan los términos de días, meses y años para los trámites judiciales. La Sala no comparte la apreciación del recurrente; lo que estuvo en ejecución fue un contrato, negocio jurídico de estirpe típicamente administrativa, para cuyo cumplimiento las partes acordaron un lapso específico, el cual ellas mismas entendieron que fenecía el 17 de diciembre del 2003, esto es, ajustaron su conducta al precepto consagrado en el art. 67 del C.C.⁵¹, norma que prevé cómo se cuenta el plazo, sin distinción entre días hábiles y calendario, ni interrupciones o suspensiones en virtud de los que correspondan a los de despacho abierto al público propios de las autoridades, puesto que las obligaciones del contratista al parecer podían honrarse con prescindencia de ellos, o cuando menos ni se adujo ni se probó que solo pudiera laborar cuando estuvieran abiertas las dependencias municipales.

En todo caso, conocida como lo fue la voluntad de las partes y su exacta comprensión de los términos dentro de los cuales tendrían que agotarse las actividades contratadas y entregarse los productos, el ejercicio hermenéutico que en forma diferente ofrece la apelación carece de respaldo en la documentación contractual y en el sistema de fuentes.

Por consiguiente, como no se liquidó el contrato por ninguna de las modalidades previstas por la ley, procedía la liquidación judicial, pretensión que debía deducirse ante la jurisdicción dentro del término de caducidad de

⁵⁰ C. de P.C. Artículo 121.- En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia estuviere cerrado el despacho.- Los términos de meses y años se contarán conforme al calendario

⁵¹ C.C. Aartículo 67. Plazos.- "Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención legal, se entenderá que terminan a la media noche del último día de plazo. Por año y por mes se entiende los del calendario común, por día el espacio de veinticuatro horas; pero en la ejecución de las penas se estará a lo que disponga la ley penal."

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

la acción contractual, previsto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.⁵², lo que implica que en el asunto que se estudia la entidad actora contaba con un plazo de dos (2) años para este propósito, los que empezaron a correr efectivamente al día siguiente de haberse cumplido los seis (6) meses después de agotada la vigencia del contrato.

[Sentencia del 5 de julio del 2012, municipio de Trinidad Vs. Bustamante, radicado [850013331001-2006-00336-01](#)].

Ref.: **REPARACIÓN**. Fallo. **SERVICIOS MÉDICO ASISTENCIALES**. TÍTULO DE IMPUTACIÓN: PRESUNTA FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO. **CARGA DE LA PRUEBA** DE LA IMPUTACIÓN. INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL.

Asunto litigioso. Los demandantes sostienen que la menor falleció en la unidad de cuidado intensivo después de realizada la cirugía, lo cual a su juicio implica que la misma no se ejecutó de manera diligente, cuidadosa y con todos los medios, puesto que, si hubiere sido así, la menor no habría perecido. Así mismo indican que no está claramente demostrada la valoración pre quirúrgica por el médico cirujano ni por el anestesiólogo ni los exámenes que exige el protocolo médico de acuerdo a las particulares condiciones de la menor.

La parte pasiva consideró que se cumplieron todos los protocolos exigidos, brindándole a la menor una atención de calidad por parte del equipo médico. Sostuvo que la demora de unas horas en la realización de la cirugía no es causante del bajo gasto que presentó la paciente sino de una patología no corregida durante los 9 años de su vida. Agregó que no existe ninguna inyección que hubiere podido salvar a la menor como equivocadamente lo argumentan los demandantes, puesto que las causas de la muerte son la consecuencia de la complicación de la enfermedad congénita que padecía y no del procedimiento quirúrgico que se le practicó, por lo cual a su juicio no existe nexo causal entre la muerte de la niña y la atención médica prestada.

Problemas jurídicos de fondo. Se retoma la línea acerca del título de imputación cuando se trata de la presunta falla del servicio sanitario (médico asistencial); se determinará si existe nexo causal entre la actividad concreta de cada demandado, que pueda glosarse a título de falla médico asistencial y, en general, si se cumplieron los requisitos probatorios exigidos para declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio médico.

Decisión, tesis y fundamentos. Responsabilidad del Estado por falla en el servicio médico. De acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión. Dicha imputación supone que se analicen dos esferas a saber, por un lado el ámbito fáctico, y por el otro la imputación jurídica, es decir, un título jurídico de atribución, del cual pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado.

Dentro de la imputación subjetiva se encuentra la falla del servicio, la cual ha sido definida en la jurisprudencia y doctrina como “violación al contenido obligacional a cargo del Estado”, “la cual puede ser infringida, ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 de la Constitución de 1886”⁵³, hoy artículo 2 de la Constitución Política. La falla del servicio puede presentarse en actividades médicas que involucran, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional médico en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la

⁵² C.C.A. Artículo 136.- Caducidad de las acciones.- En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años, que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.-En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: a)... d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe.- Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la Ley, el estado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación a liquidar. (Subrayas fuera del texto)

⁵³ C. E., Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia del 30 de Marzo de 1990. Consejero Ponente: Dr. Antonio José de Irrisarri. Bogotá.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 01-2012
Periodo:	Julio de 2012	

intervención del profesional médico, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo⁵⁴.

Ahora, la responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico se puede derivar, así mismo, de la omisión de prestar el servicio médico a la persona que acuda al centro asistencial y la responsabilidad del Estado se derivaría entonces de esa omisión cuando incida en el resultado adverso a la salud, la integridad física o la muerte de quien requiera ese servicio.

Carga de la prueba. La responsabilidad por acto servicio médico es generalmente un sistema de imputación por falla probada, salvo algunos alivios probatorios, en el cual el demandante está en la obligación de demostrar en qué consistió la conducta irregular del servicio, pues en principio, con salvedades que no vienen al caso (algunos eventos obstétricos, cirugía estética opcional), se trata de obligaciones profesionales de medio, cuyo resultado satisfactorio no puede ser garantizado por el galeno, ni está constreñido por el ordenamiento a ofrecer semejante garantía.

La Sala observa que no existe prueba que demuestre que existió negligencia en el acto quirúrgico o en la etapa preoperatoria ni en la atención postquirúrgica de la complicación, ni que se haya brindado a la menor un tratamiento inadecuado, o que se haya obrado por fuera de la *lex artis*, sino que, por el contrario, la entidad asistencial desvirtuó los argumentos de los demandantes que se limitaron a realizar afirmaciones especulativas, fundadas en las aseveraciones de testigos legos, cuya carga subjetiva es apreciable por los cercanos lazos con la familia afectada, pero que carecen de elementos de juicio técnicos que pudieran refutar la evidencia documental o el informe pericial oficial.

Es claro que en este caso la menor presentaba una enfermedad de tipo congénito y que al momento de ser operada corría ciertos riesgos inherentes a la misma; por tanto, no es posible establecer una relación causal entre la actuación de las entidades demandadas, concentrada en la época en que se practicó el acto quirúrgico según el alcance de la *teoría de caso* de la parte actora, y el daño antijurídico. Cuando no es posible establecer una relación causal entre la actividad del ente público y el daño antijurídico, no puede imputarse dicho resultado, pues el desenlace, aunque indeseable, no es atribuible a una irregularidad del servicio, para el caso médico asistencial.

Es cierto que el Estado debe utilizar todos los medios que tenga a su alcance para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias; por tanto si el daño se produce por no haber empleado tales medios, el Estado deberá responder, pero si el daño ocurre a pesar de su diligencia no es posible que se comprometa su responsabilidad.

[Sentencia del 5 de julio de 2012, *Daza Vs. Aguazul, Capresoca y otros*, radicado [850013331-701-2007-00603-01](#)].

.....

Preparó: **Néstor Trujillo González**, magistrado, octubre de 2012. trujicon@gmail.com

⁵⁴ C. E, Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2011. 1996-08017-01(20502) RUTH STELLA CORREA PALACIO