

REPÚBLICA DE COLOMBIA



DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoria interna	Boletín 5-2012
Periodo:	Noviembre de 2012	

El boletín recoge 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. El texto completo podrá consultarse en línea en documentos PDF (seguir hipervínculo).

ÍNDICE

TUTELA. Fallo. DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, CONFIANZA LEGÍTIMA Y MÍNIMO VITAL. PRIMA TÉCNICA Y BSP TERRITORIALES.	850013331001-2012-00087-01	2
TUTELA. DEBIDO PROCESO. QUERRELLA POLICIVA (SERVIDUMBRES PETROLERAS). MORA EN LA ACTUACIÓN POLICIVA.	850012331002-2012-00250-00	3
TUTELA. Fallo. IGUALDAD. Subsidio de vivienda soldados profesionales y policías.	850012331-002-2012-00253-00	4
TUTELA. Fallo. DEBIDO PROCESO. SANCIONES CONTRACTUALES (MULTAS). CITACIÓN A AUDIENCIA DE DESCARGOS, IMPUTACIÓN FÁCTICA MEDIANTE INFORMES TÉCNICOS ANEXOS.	850012331002-2012-00254-00	5
Auto. CONCILIACIÓN PREJUDICIAL. Bienes y servicios provistos a una ESE al parecer sin que mediara contrato o en exceso de los valores contractuales convenidos. Depuración compleja de los elementos fácticos de la conciliación: responsabilidad directa de las autoridades administrativas y control judicial en sede ordinaria de juzgamiento.	850012331002-2012-00247-00	6
Auto. NRD. Impedimento magistrado. Presunto interés indirecto en el asunto. Pensiones judiciales: género próximo y diferencia específica. La percepción subjetiva de <i>interés</i> debe derivarse de hechos indicadores objetivamente configurados.	850012331001-2012-00245-00	7
Aclaración. Reparación. Asunto: desplazamiento y conflicto armado. Presunta privación del usufructo de predios rurales. Título de imputación: deberes del Estado garante. Omisión de protección: deberes oficiosos. Estándares del D.I.H. y del D.I.D.HH.		8
Aclaración. Reparación. Asuntos: determinación del daño respecto de explotaciones y construcciones de zonas adyacentes al cauce de ríos. Diferenciación técnica de áreas de ronda, de restauración o de amortiguación y usos restringidos acorde con el PBOT. Imputación fáctica: hechos de la naturaleza presuntamente agravados por la intervención mediante obras públicas. Se requiere dictamen técnico concluyente.		9
Aclaración. NRD. Asunto: equidad como fuente de derechos. Poder creador del juez para suplir la omisión del legislador. “Juez oráculo” versus constitucionalismo humanista. Pensión de vejez: exservidor judicial que alcanza edad de retiro forzoso en estado de vacancia. Servicios discontinuos: aplicación supletoria del régimen del art. 29 del D.L. 3135 de 1968.		10
Aclaración. REPARACIÓN. LUCRO CESANTE. Beneficiarios que comparecen sucesivamente en procesos separados. Renta única: agotamiento de la fuente indemnizatoria. Concurrencia de la indemnización por lucro cesante con la pensión laboral del sistema de seguridad social: diferenciación de los centros de imputación presupuestal.		12

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 02-2012
Periodo:	Agosto de 2012	

TUTELA. Fallo. DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, CONFIANZA LEGÍTIMA Y MÍNIMO VITAL. **PRIMA TÉCNICA Y BSP TERRITORIALES. SUPRESIÓN INTEMPESTIVA DEL PAGO DE EMOLUMENTOS LABORALES.** REMUNERACIÓN MÍNIMA VITAL Y CONGRUO SOSTENIMIENTO. PERJUICIO IRREMEDIABLE Y DISMINUCIÓN DEL INGRESO. APARIENCIA DE BUEN DERECHO: EMOLUMENTOS RECONOCIDOS POR AUTORIDAD DEPARTAMENTAL VERSUS JURISPRUDENCIA CONSOLIDADA QUE HA DECLARADO ILEGALES LOS DE SU ESPECIE. REVOCATORIA DIRECTA DE PLANO DE RECONOCIMIENTOS CONTROVERTIDOS: CONTROL JUDICIAL EN SEDE ORDINARIA.

Antecedentes. Casanare pagaba una prima técnica y bonificación por servicios prestados a algunos empleados departamentales, con fundamento en normas territoriales. Sin mediar actuación previa ni audiencia de los interesados, la Administración ordenó cesar los pagos de dichos emolumentos. Un afectado acudió ante el juez de tutela en procura de amparo de los que consideró ser derechos subjetivos y el debido proceso.

Problema jurídico 1. *Corresponde a la Sala determinar si cuando se aduce flagrante vía de hecho por violación del debido proceso administrativo, es indispensable verificar la configuración de un perjuicio irremediable para que proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio contra actos de carácter particular y concreto, relativos a la disminución intempestiva de emolumentos laborales de un servidor público.*

Decisión, tesis y fundamentos. Sí. La respuesta que ofrece la Sala, en el contexto propio del caso concreto, es afirmativa: cuando median discusiones acerca de derechos económicos cuya fuente normativa está razonablemente en entredicho, la exploración constitucional tiene que partir de la constatación del perjuicio irremediable que se aduce; el núcleo esencial del derecho concernido excede la órbita de la protección en tutela y entra en la del juez natural, puesto que la procedencia de la tutela en esos eventos es excepcional (T-076 de 2011), con mayor razón ahora cuando la Ley 1437 asignó expresamente a la jurisdicción especializada natural que ha de ocuparse de la legalidad de la actividad administrativa, la misión de oficiar como garante de los derechos (incluidos fundamentales) de los habitantes del territorio, acorde con la categórica prevención del art. 103 del CPACA.

Problema jurídico 2. *¿Constituye el memorando que dispuso suspender el pago de la prima técnica acto administrativo de naturaleza subjetiva? ¿Puede ser catalogado ese documento revocatorio de los actos administrativos que le anteceden, creadores de los emolumentos que a partir de su expedición dejaron de percibir sus destinatarios?*

Naturaleza jurídica del Memorando 100-414. Independientemente del título que se le haya impreso a su asunto, que para el caso es irrelevante, no cabe duda acerca de las connotaciones y alcances del acto en cuestión, vasta una simple lectura para precisar que contiene una decisión unilateral de la administración de Casanare, que extingue una relación jurídica entre esta y nueve (9) de sus servidores, tendiente a suprimir de la nómina unos emolumentos laborales (prima técnica y bonificación por servicios prestados), presumiblemente contrarios a la Constitución.

Efectos. En términos generales, para que un acto sea considerado como revocatorio de otro no se requiere de rótulo que así lo indique, para ello es menester que tácitamente se infiera de su contenido que la voluntad de la administración es la de fulminar los efectos jurídicos de ese acto previo, ya sea por manifiesta oposición a la Constitución o a la ley, por no estar conforme al interés público o social o porque causa agravio injustificado a una persona (art. 93 CPACA). Frente al caso concreto, es claro que la facultad prevista por el ordenamiento no es absoluta, está restringida a que el acto de revocación solo puede ser expedido por el mismo funcionario que profirió el acto a suprimir o por sus inmediatos superiores (art. 93 ídem), de manera que, en principio y en lo que atañe a esta tutela, del Memorando 100-414, expedido por el gobernador (e) de Casanare, cuyo contenido revela revocación de actos administrativos subjetivos, solo podría considerarse que estaría invalidando actos de esa misma estirpe, es decir, de carácter particular y concreto.

Problema jurídico 3. *¿Puede inferirse perjuicio irremediable por el efecto directo de la cesación abrupta del pago de un emolumento laboral que disminuye el ingreso periódico, por presunto compromiso del mínimo vital?*

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoria interna	Boletín 02-2012
Periodo:	Agosto de 2012	

Decisión, tesis y fundamentos. No. Las consecuencias adversas que produce una intervención de autoridad deben ser tales en gravedad, que sea urgente la mediación del juez constitucional, para evitar la consumación de un agravio, o hacerlo cesar, en los eventos en que se afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental. Pero no de cualquier manera: ha de serlo de una manera excepcional, pues para la configuración de dicho perjuicio se requiere la concurrencia de elementos como la inminencia del daño, su gravedad y la urgencia que exige la adopción de medidas prontas e inmediatas para conjurar la amenaza¹ o hacer cesar un perjuicio que situación *irremediable, que no pueda retrotraerse o volverse a su estado anterior*².

El Tribunal no pretende reducir el *mínimo vital* a un rubro exactamente igual al *salario mínimo legal mensual*, pues el congruo sostenimiento digno responde a particularidades que se analizan caso por caso; pero cuando el afectado por la decisión de autoridad sigue devengando más de siete (7) SMLMV como ingreso básico permanente, no basta predicar la afectación para que pueda identificarse la perturbación de tal gravedad que no pueda esperar a la decisión cautelar o al fallo de fondo del juez natural de la controversia. Menos cuando se vislumbra una razonable duda acerca de la *aparición de buen derecho* que debe tener la fuente normativa del presunto derecho subjetivo³, contingencia que, eventualmente, podría abrir el camino a una revocatoria directa de plano⁴.

[Sentencia del 22 de noviembre del 2012, radicado 850013331001-2012-00087-01. Reiteración en fallo del 7 de diciembre de 2012, radicado 850013331002-2012-00105-01].

TUTELA. DEBIDO PROCESO. QUERRELLA POLICIVA (SERVIDUMBRES PETROLERAS). MORA EN LA ACTUACIÓN POLICIVA DE SEGUNDA INSTANCIA. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE AMPARO CONSTITUCIONAL. ÓRDENES LIMITADAS A FORZAR DECISIÓN DE FONDO DE LA AUTORIDAD DE POLICÍA. MANIFIESTA NEGLIGENCIA DEL ALCALDE.

Antecedentes. La autoridad administrativa de un municipio conocía de una querrella policiva relativa a imposición de servidumbres petroleras. Se discutió en segunda instancia (alcalde) la revocatoria de actos procesales del inspector; hubo mora en el trámite del recurso. Ecopetrol acudió ante el juez constitucional para forzar el pronunciamiento del alcalde.

PJ1. Mora en actuación judicial y tutela. Se dilucidará en primer lugar, en el plano abstracto, si procede la tutela para forzar el cumplimiento de los plazos legales para decidir recursos en actuaciones policivas especialmente reguladas (querellas), por presunta mora en los procesos decisorios de esa estirpe, vistos como ejercicio de función jurisdiccional.

Decisión y tesis conductora. Esta Corporación parte de una premisa ínsita en la posición de la demandante: lo que está a cargo del inspector de policía y del alcalde de Hato Corozal en este asunto, es una actividad típicamente judicial pero ejercida por una autoridad de policía, de aquellas a la que alude el numeral 3 del art. 105 de la Ley 1437, precisamente para excluirlas del control del juez contencioso administrativo.

¹ Ver sentencias T-001 de 1992 y T-613 de 2005. A. Beltrán Sierra.

² TAC, sentencia del 15 de noviembre de 2012, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850012331002-2012-00254-00, en la que se aborda en mayor extensión la problemática jurídica del perjuicio irremediable (multas contractuales). Reiteración en el fallo del mismo 15 de noviembre de 2012, radicado 850012331-002-2012-00253-00, igual ponente.

³ La línea jurisprudencial del superior funcional ha encontrado manifiestamente ilegal la creación de primas técnicas territoriales; también podría estar en entredicho ese origen para la bonificación por servicios prestados, con presunto apoyo en los ordenamientos propios de los empleados nacionales. Ver, como ilustración de esa temática: fallo del 27 de mayo de 2010, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda "B", expediente: 41001-23-31-000-2002-01373-02(1641-09), M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Entre muchas otras sentencias del Consejo de Estado también se pueden consultar las siguientes: i) del 24 de enero del 2002, e68001-23-15-000-2001-2097-01(ACU-2097), M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; ii) del 1º de agosto de 2002, e50001-23-31-000-2001-0278-01(7596), M.P. Camilo Arciniegas Andrade; iii) del 19 de febrero de 2004, e23001-23-31-000-1999-00992-01(1897-03), M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado; iv) del 19 de enero del 2006, e23001-23-31-000-2002-00426-01(0476-05), M.P. Ana Margarita Olaya Forero; v) del 19 de noviembre de 2009, e19001-23-31-000-2003-01567-01(0429-09), M.P. Gerardo Arenas Monsalve; vi) del 27 de mayo de 2010, e41001-23-31-000-2002-01373-02(1641-09), M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; y vii) del 30 de septiembre de 2010, 41001-23-31-000-2003-00135-02(1670-09), M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

⁴ La jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado ha indicado que la Administración tiene la facultad de revocar los actos administrativos de carácter particular y concreto, aun sin el consentimiento previo del respectivo titular, cuando existan serios motivos que permitan predicar manifiesta ilegalidad del derecho subjetivo que se cuestiona⁴. Posibilidad que también quedó contemplada en el art. 19 de la Ley 797 de 2003⁴ para eventos de pensiones.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 02-2012
Periodo:	Agosto de 2012	

Puesto que comparte esa perspectiva, dado que el legislador ha mantenido uniforme política normativa que identifica en esos *procesos policivos* especialmente regulados un ámbito distinto a la función administrativa objeto de la jurisdicción especializada, tendrá lo que examina como un trámite judicial y acorde con ello lo pasará por los estándares constitucionales relativos a la viabilidad de la tutela.

(...) Visto en conjunto el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, este Tribunal concluye que si bien la mora judicial por sí sola no abre el camino al control del juez de tutela, cuando se trata de una exorbitante, prima facie injustificada, deberá ocuparse del asunto y ponderar, vistas circunstancias concretas (intereses jurídicos, sociales o económicos concernidos; carga efectiva; turnos y prioridades legales; complejidad de la controversia y actividad de quien deba conocer, etcétera), si hay lugar a intervenir y librar mandatos tuitivos.

PJ2. El plazo legal para resolver recursos en querellas policivas. A falta de expresa disposición en el estatuto policivo de Casanare, o en la ley, que determine el plazo para resolver actuaciones en segunda instancia, relativas a querellas policivas, se indican los criterios supletorios para dilucidar cuándo la mora sea excesiva.

Decisión, tesis y fundamentos. La omisión normativa podría suplirse mediante remisión al Código de Procedimiento Civil, acorde con el cual el plazo para resolver un recurso contra decisión interlocutoria es de **diez (10) días**, los cuales corren **hábiles** (arts. 121 y 124 del C. de P.C.). Instituto cuya invocación resulta enteramente legítima cuando se abordan asuntos litigiosos de carácter jurisdiccional que sirven de antesala al conocimiento de los jueces, aunque hayan estado al cuidado de autoridad de policía; por eso se los denomina *procesos civiles de policía*.

Y en el escenario más holgado para la Administración, la remisión podría hacerse al Procedimiento Administrativo General. Si el asunto debiera enmarcarse en el plazo fijado por el art. 86 de la Ley 1437 de 2011 (pese a que la actuación se introdujo antes del 2 de julio del 2012), habría vencido objetivamente sin que el alcalde haya producido absolutamente ninguna decisión, ni siquiera de impulso, en la querrela de la que se hace mérito en esta sentencia. E idéntica conclusión tendría que predicarse con relación al art. 60 del C.C.A., pues allí se fijó un lapso exactamente igual, de dos meses.

No obstante ha de tenerse presente que esta actividad *preventiva policiva* no puede concluir con la fácil configuración de silencio administrativo negativo, como le corresponde a las de otra especie: **tiene que resolver la autoridad policiva tan prestamente como sea factible** porque el bien social de la paz y del aseguramiento de condiciones para que la vida en comunidad discurra sin semejantes sobresaltos no puede tolerar que un conflicto que antecede al juicio propiamente dicho concluya con una presunción desestimatoria. No faltaba más sino concluir por tal catastrófico camino los pleitos puesto al cuidado de la judicatura que la mora impida evacuar.

[Sentencia del 1º de noviembre de 2012, radicado 850012331002-2012-00250-00. En idéntico sentido y de la misma fecha, fallo en el radicado 2012-00251-00].

TUTELA. Fallo. Igualdad. **Diferencia porcentual del subsidio de vivienda entre soldados profesionales y policías.** Nivelación progresiva condicionada (viabilidad financiera de la entidad pagadora y sostenibilidad fiscal de las erogaciones). Acto general no susceptible de excepción de inconstitucionalidad en sede de tutela. Situación particular definida en actos concretos susceptibles de control judicial ordinario: subsidiaridad de la tutela e inexistencia de perjuicio irremediable. Disputas económicas acerca del monto de un subsidio individual.

Antecedentes. Un soldado profesional pretendió la nivelación inmediata del subsidio de vivienda que le reconoció la administración, al mismo monto otorgado a los agentes de la Policía Nacional. La autoridad la negó con base en la reglamentación que señala que aquella será progresiva y condicionada a disponibilidades presupuestales y financieras de la caja pagadora.

PJ1. La diferenciación negativa entre soldados profesionales y agentes de policía: tiene fundamento normativo y requiere valoración integral del sistema de remuneración. ¿Es exigible la nivelación y reajuste del subsidio de vivienda para soldados profesionales, al máximo autorizado por la regulación?

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 02-2012
Periodo:	Agosto de 2012	

Decisión, tesis y fundamentos. No. El recuento de los preceptos legales y reglamentarios que se han ocupado del subsidio de vivienda para los soldados profesionales permite saber que si bien se fijó un tope máximo de 70 SMLMV para agentes y soldados, la extensión del beneficio a los militares, que aparece en el 2005, ha sido gradual, llegará a 41 SMLMV, igual al de los policías rasos y se incrementará año tras año, en 3 SMLMV hasta cumplir esa meta social, condicionada a las realidades fiscales del Gobierno y financieras de la caja que administra y paga los aludidos subsidios.

Para correr un test de ponderación que permita calificar esa diferenciación negativa como inconstitucional, se requiere una valoración integral del régimen de soldados profesionales y agentes de policía (o sus equivalentes, patrulleros en el nivel ejecutivo): mecanismos de acceso a la Fuerza; régimen de carrera, permanencia, ascenso y retiro; emolumentos laborales totales (salarios, prestaciones económicas y asistenciales); y en lo específico del subsidio, cotizaciones y fuentes de financiación para cada grupo de dichos servidores públicos. Ese ejercicio excede los alcances de una sentencia de tutela que se ocupa de un caso particular y concreto: le está vedado a esta Corporación juzgar las leyes y los acuerdos generales concernidos en este debate, por las razones que se precisan a continuación.

Principio de igualdad: comparación entre pares. Es pertinente agregar, vistos otros aspectos, que no puede deducirse quebranto al principio y derecho a la igualdad, pues la comparación no puede hacerse entre quienes se encuentren en diferentes hipótesis normativas o fácticas: para que pudiera deducirse su quebranto sería necesario que se haya conferido monto superior del subsidio de vivienda, injustificadamente, a quienes detentan idéntica situación, para el caso soldados profesionales, y no se ha explicado ni probado que así haya ocurrido.

[Sentencia del 15 de noviembre de 2012, radicado 850012331-002-2012-00253-00].

TUTELA. Fallo. DEBIDO PROCESO. **SANCIONES CONTRACTUALES (MULTAS). CITACIÓN A AUDIENCIA DE DESCARGOS,** IMPUTACIÓN FÁCTICA MEDIANTE INFORMES TÉCNICOS ANEXOS. MECANISMO TRANSITORIO: SUBSIDIARIDAD Y PERJUICIO IRREMEDIABLE. CONTROL EFICAZ DE LOS MEDIOS ORDINARIOS Y LAS MEDIDAS CAUTELARES: NO PUEDE DESCARTARSE A PRIORI.

Antecedentes. La administración contratante sancionó a un contratista por presunto incumplimiento de las cláusulas del negocio jurídico. Para ello se apoyó en los informes técnicos de interventoría y supervisión, los cuales anexo a la citación a audiencia de descargos.

Problema jurídico 1. ¿Se garantiza el derecho de contradicción del contratista convocado a audiencia de descargos cuando se le anexan a la citación los informes técnicos que aluden a su presunto incumplimiento?

Decisión, tesis y fundamentos. Sí. El cometido del precepto legal que se invoca en la demanda constitucional, que desarrolla el núcleo esencial del art. 29 de la Carta para estas materias punitivas contractuales, se honra no solo insertando físicamente en la citación oficial a audiencia de descargos las pertinentes imputaciones: expresadas ellas de manera clara, expresa y a su vez con la identificación de los soportes probatorios de rigor, el contratista queda suficientemente advertido de cuáles son los hechos por los que se le llama a responder, qué alcance tienen sus presuntas irregularidades y puede, consecuentemente, contraprobar, explicar, refutar, justificar o en general, ejercer la defensa que estime prudente.

Luego la actora constitucional fue oída; tuvo acceso a la prueba; pudo ofrecer su propia valoración de los hechos. Rindió diversas explicaciones, las cuales la Administración no acogió; tenía derecho a recurrir la sanción y tiene expedito el camino hacia el control judicial en sede ordinaria contencioso administrativa para ventilar los desacuerdos entre las apreciaciones de las autoridades accionadas y las suyas.

[Sentencia del 15 de noviembre del 2012, radicado 850012331002-2012-00254-00].

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 02-2012
Periodo:	Agosto de 2012	

Auto. **CONTRACTUALES. CONCILIACIÓN PREJUDICIAL.** Bienes y servicios provistos al parecer sin que mediara contrato o en exceso de los valores contractuales convenidos. **Modelo flexible de contratación de las ESE (similar al derecho privado).** Depuración compleja de los elementos fácticos de la conciliación: responsabilidad directa de las autoridades administrativas y control judicial en sede ordinaria de juzgamiento.

Antecedentes. Un proveedor convocó a conciliación a una ESE para reclamar el pago de bienes y servicios propios de la prestación de servicios de salud los cuales, según su propia presentación, fueron provistos sin que mediara contrato o en exceso de los valores contractuales vigentes. La ESE aceptó el núcleo esencial del reclamo. El Tribunal denegó la homologación.

PJ1. Conciliación para seguridad social en salud. ¿Es factible configurar obligaciones de estirpe contractual entre una ESE y el proveedor de bienes o servicios inherentes a la misión propia de la ESE, sin que medie contrato estatal con las solemnidades de los de su especie?

Decisión, tesis y fundamentos. Sí. La Sala no desconoce que en algunos eventos se ha reconocido que el legislador ofreció soluciones más flexibles para las *empresas sociales del Estado* y el sector de la salud, respecto del cual se atenúan los rigores de la contratación estatal, de tal manera que el tráfico jurídico entre un proveedor de bienes y servicios y un ente estatal que atiende directamente (ESE o IPS) o asegura y los presta a través de su red puede responder en lo esencial a requisitos de configuración y solución de obligaciones similares a los que operan entre particulares (“tratativas”, selección de contratistas y conformación del contrato mismo), sin perjuicio de las restricciones relativas al régimen de Hacienda Pública, insoslayables en cuando devienen directamente de la Carta (arts. 332 y siguientes) y de la Ley Orgánica de Presupuesto.

Tales situaciones permiten validar judicialmente conciliaciones que resuelven tensiones jurídicas que atañen específica y directamente a las ESE en el desarrollo de actividades *misionales* o de su objeto social, aunque en estricto rigor no se haya *celebrado contrato* con todas las formalidades escriturales propias de las entidades oficiales⁵; así se ha hecho con fundamento en el art. 195 de la Ley 100 de 1993, salvedad que no necesariamente ha de extenderse a una *EPS*, ni deducirse en el caso concreto porque uno de los integrantes de la parte convocante sea una IPS estatal.

PJ2. Complejidades fácticas, técnicas y probatorias: duda razonable excluye homologación. ¿Corresponde al juez que se pronuncia en sede de homologación de conciliación discernir sin auxilio pericial acerca de las complejidades fácticas y técnicas de las especificaciones de bienes o servicios o depurar la prolija prueba documental que soporta la facturación cuyo pago se controvierte?

Decisión, tesis y fundamentos. No. El juez no tiene por qué aprobar mecánicamente la conciliación, ni sanear o suplir las responsabilidades propias de la administración. El rigor analítico debe acentuarse cuando median complejas discusiones y pruebas técnicas, que no hacen parte del área de conocimiento profesional del juez, pues deberá proveer sin el auxilio de un dictamen controlado judicialmente y debidamente sometido a la contradicción de las partes, el cual sí habría de provocarse en el ordinario de conocimiento.

Así lo avistó la Corporación en ocasión pasada⁶ siguiendo la línea del Superior, en la que se ha advertido que el escenario de conciliación no es el adecuado para dilucidar las dudas que surjan con relación a obligaciones mediadas por pruebas cuyo examen detallado pueda requerir el auxilio de peritos con dominio de las ciencias económicas y contables⁷;

⁵ Ver, por ejemplo, auto del 1º de diciembre de 2011, ponente magistrado Héctor Alonso Ángel Ángel, radicado 150002331000-2001-01218-00 (descongestión Boyacá). En fallo abstracto (nulidad) del 8 de marzo de 2012, ponente magistrado Néstor Trujillo González, radicado 150012331000-2007-00496-00 (descongestión de Boyacá), la Sala profundizó el estudio del régimen especial de contratación de las ESE.

⁶ TAC, auto del 12 de octubre de 2006, N. Trujillo, e2006-00353-00; en igual sentido, auto del 10 de agosto de 2006, J. E. García, e2006-00152. Reiteración en auto del 7 de febrero de 2008, N. Trujillo, expediente 2007-00167-00; y auto del 26 de marzo de 2009, N. Trujillo, e2009-00030-00.

⁷ Ver, por ejemplo, CE, 3ª, auto del 22 de octubre de 1998, R. Hoyos, r14919, Sociedad Droguerías Electra Ltda. Vs. CAPRECOM.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 02-2012
Periodo:	Agosto de 2012	

Exactamente lo mismo cabe decir, con mayor énfasis, frente a cruce de cuentas por pagar por servicios médicos de media y alta complejidad prestados al parecer sin amparo contractual, según la propia manifestación de las partes, pero en el entorno de contratos celebrados, ejecutados y liquidados, de cuya especificidad y alcances no se tiene noticia probada.

[Auto del 22 de noviembre de 2012, radicado 850012331002-2012-00247-00].

Auto. NRD. **Impedimento** magistrado. **Presunto interés indirecto en el asunto**. Pensiones judiciales: género próximo y diferencia específica. La percepción subjetiva de *interés* debe derivarse de hechos indicadores objetivamente configurados.

PJ1. Impedimentos: ingredientes subjetivos y objetivos. ¿Compete a quien decide el impedimento valorar los *hechos* revelados por quien lo declara, como fundamento de su percepción subjetiva acerca de su eventual configuración?

Decisión, tesis y fundamentos. Sí. Aunque suele ser suficiente la *percepción* que el juez tenga acerca de los ingredientes subjetivos de una causal para separarse del conocimiento para que sus colegas deduzcan y acojan los pertinentes efectos, cuando se ponen de presente los *hechos* de los que se desprende tal inferencia, compete a la Sala ponderarlos acorde con los principios, valores y disposiciones que rigen esta institución que preserva la dignidad de la toga.

PJ2. Reclamaciones laborales de servidores judiciales. ¿La coexistencia de pretensiones propias que reivindicán emolumentos laborales de servidores judiciales que otros hacen valer o ya controvirtieron, genera per se impedimento para conocer estos litigios?.

Decisión, tesis y fundamentos. No. En cada caso deberán ponderarse los elementos de género próximo y diferencia específica entre la situación de quien se declara impedido y la de sus pares, pues la simple denominación del emolumento disputado (pensión, por ejemplo) no da lugar a identidad suficiente entre los supuestos de hecho y los normativos para deducir *interés indirecto* en el juzgamiento, como para que pueda a su vez suponerse una perturbación del ánimo (perspectiva subjetiva o interna) o de la percepción externa de la imparcialidad misma (arista objetiva) que le impida conocer del asunto.

Finalmente, esta colegiatura deja asentado que si bien los funcionarios judiciales que deban conocer de controversias acerca de presuntos derechos subjetivos contra la administración de la Rama o las administradoras de pensiones pueden encontrar fundados “*parecidos de familia*” (o de género, en otro lenguaje) con sus reclamaciones personales, es la especificidad del *objeto litigioso* y de la *causa petendi* lo que permitirá establecer si se trata en la esencia (superando diferencias de denominación) de asuntos ligados de tal manera que como se decidan los unos, puedan proyectarse líneas o premisas de juzgamiento de los otros. Si ello no es palmario, acoger la espontánea manifestación de impedimento podría dar pábulo a que se construyan artificiosas recusaciones que dejarían la suerte de todos esos litigios en una especie de jurisdicción paralela conformada por los distinguidos conjuces en todos los niveles, con probable desmedro de la celeridad de los juicios, cuando todos los ciudadanos, jueces y exjueces incluidos, tienen derecho a que su Justicia sea una y uniforme: como lo expresa el imaginario clásico, *ciega a las particularidades de los justiciables*, en cuanto ellas puedan influir el ánimo de una manera diferente a la que autorice el sistema de fuentes⁸.

[Auto del 1º de noviembre de 2012, radicado 850012331001-2012-00245-00]

⁸ Ideal que por lo demás tampoco es absoluto en estos tiempos, en los que el juez tiene que tener bien abiertos los ojos y los oídos, para comprender su contexto histórico y su lugar en el mundo; examinar las consecuencias de sus fallos y honrar principios y valores no todos ellos codificados. No de otra manera podría deducir toda la riqueza de mandatos como el del art. 13 de la Carta, ni apropiarse de su magnífica función de juez constitucional en sede de tutela, la que quizá más legitima la toga desde 1991 en su doble connotación de *actor de poder* en su sentido técnico y de transformador social en pos de un Estado Justo.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 02-2012
Periodo:	Agosto de 2012	

ACLARACIONES Y SALVAMENTOS (magistrado Trujillo)

Asunto: desplazamiento y conflicto armado. Presunta privación del usufructo de predios rurales. Título de imputación: deberes del Estado garante. Omisión de protección: deberes oficiosos. Estándares del D.I.H. y del D.I.D.HH.

El problema. Una ciudadana compareció ante la jurisdicción para exigir declaratoria de responsabilidad administrativa del Estado por falta de protección de su derecho a usufructuar predios rurales en Paz de Ariporo, presuntamente perturbado por la sistemática actividad de fuerzas armadas irregulares que habrían impedido la explotación y administración del inmueble, en el contexto, al parecer, de un conflicto relativo al reparto de tierras entre los causahabientes de dos *compadres fundadores*, algunos de los cuales habrían ingresado a los cuadros de la guerrilla.

La decisión y su tesis nuclear. La sentencia denegó las pretensiones, en igual sentido al que adoptó la jueza de primer grado; dos estructuras de argumentación sustentaron esa opción interpretativa. La primera, la falta de prueba contundente de la existencia del daño antijurídico; la segunda, inexistencia de título de imputación, por no haberse demostrado que el Estado sabía de la presencia de grupos armados ilegales en el área, con anterioridad al año 2004, cuando la actora acudió ante diversas autoridades vía derecho de petición, dado que, según el mapa probatorio, desde esa época el Ejército hizo presencia operacional y la situación de *orden público* mejoró.

Precisiones conceptuales. Deberes oficiosos del Estado garante: estándares del bloque de constitucionalidad. He adherido al fallo porque encuentro extremadamente frágil la demostración del daño, en la teoría de caso que ofreció la parte actora, esto es, la privación del goce efectivo de los derechos inherentes al dominio y la posesión del fundo, pues algunas evidencias, bien examinadas en las dos instancias, indican que siempre hubo explotación económica bajo el control de la dueña, pese a las trágicas circunstancias que rodearon a las familias concernidas, al parecer por causa y en razón del reparto de las tierras, incluidas entre aquellas la muerte violenta en diversos años y lugares de seis de los hijos de la demandante.

Este proceso habría auspiciado la oportunidad de abordar sistemáticamente, con más rigor dogmático, la teoría de la imputación en el espectro de los **deberes del Estado garante**, acorde, además, con los lineamientos del Sistema Interamericano de Justicia y el bloque de constitucionalidad, empresa analítica que no es viable en estricta técnica: si no se probó el daño, no tiene por qué agotarse la jurisdicción en el esfuerzo de discutir la imputación fáctica, en su doble componente de los presupuestos de hecho y de los elementos jurídicos que deben acompañarlos.

En efecto: se sabe que en el año 2004 la demandante acudió a varias instancias del *establecimiento* a pedir protección específica; para entonces, según su dicho, desde años antes había sido violentamente desplazada de sus tierras, de Paz de Ariporo, de Casanare y hasta del país, de manera que tuvo que ir de un lugar a otro, sin raíces permanentes, tanto que al tiempo de instaurar la demanda persistían el despojo y el desarraigo: ella con los hijos sobrevivientes sin paradero fijo, el inmueble al garete por no permitírsele arribar allí, ni explotarlo mediante *encargados* o de arrendatarios, ocupado por ganados de *la guerrilla* y bajo la autoridad de hecho de esos delincuentes. Hipótesis que, por supuesto, no probó fehacientemente en toda su extensión.

Puede ocurrir que no fuera indispensable traer a un plenario evidencias específicas directas, tales como documentos, informes oficiales, testimonios, *pronunciamientos* o confesiones de los integrantes de las fuerzas irregulares, u otros similares, para que pueda reconstruirse judicialmente un estado de profunda alteración de la paz social en Paz de Ariporo y Casanare en esa época, relevante para el juzgamiento: fueron hechos notorios. Esta Corporación ha juzgado múltiples casos que dan fe de esos crímenes, de los asesinatos, de los desplazamientos, de una especie de aniquilación sistemática de familias, del desarraigo de comunidades enteras, despojos, etcétera, unas veces por *la guerrilla* y otras por el *paramilitarismo* presuntamente contrainsurgente. Esa empresa delictiva proliferó a la vista del país: la Justicia tiene que abrir los ojos y ver esas realidades, pues los jueces hacemos parte de la sociedad y vivimos inmersos en un conflicto armado de varias décadas, cuya existencia misma ha reconocido formal e institucionalmente el Estado mediante diversos mecanismos, tales como *la ley de víctimas*, *la ley de restitución de tierras* y ahora la esperanza de una negociación política ante la mirada del mundo.

Ese estado inconstitucional de cosas, rayano en delitos de lesa humanidad de los que habrá de ocuparse algún día el sistema interno de Justicia o la Corte Penal Internacional, imponía concretos deberes al Estado garante, exigibles a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el D.I.H.: son oficiosos; debieron desplegarse sin esperar rogativas de las víctimas.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 02-2012
Periodo:	Agosto de 2012	

Lo que la parte demandante ha propuesto en este proceso habría sido una interesante teoría de caso para incursionar en esa discusión jurídica, que no puede despojarse enteramente de una óptica política propia de un constitucionalismo humanista, porque no es compatible con el actual nivel de conciencia colectiva occidental que en semejante catástrofe los únicos que no sean oídos ni remediados resulten serlo precisamente las víctimas. Pero la actora se quedó muy corta en la prueba de lo que debía demostrar: el daño cierto.

Interesante de haberse podido ponderar con todo rigor conceptual, porque la imputación fáctica y jurídica habría ofrecido varios caminos y técnicas, no solo la perspectiva de la *petición antelada, expresa y formal de protección*. No es la única forma en la que el Estado es obligado a cumplir los deberes de garante: el conflicto armado interno es una realidad que nos acompaña hace medio siglo; tiene consecuencias jurídicas; tiene victimarios y víctimas individualizables; tiene que desatar responsabilidades, unas políticas, otras administrativas, otras penales; unas reconocidas por el Constituyente o por el Congreso, otras deducidas por la Rama Judicial, caso por caso conforme a la prueba.

[ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA DEL 1º-XI-2012, ponente magistrado H. A. Ángel Ángel, radicado 850013331-001-2007-00317-01].

Asuntos: determinación del daño respecto de explotaciones y construcciones de zonas adyacentes al cauce de ríos. Diferenciación técnica de áreas de ronda, de restauración o de amortiguación y usos restringidos acorde con el PBOT. Imputación fáctica: hechos de la naturaleza presuntamente agravados por la intervención mediante obras públicas. Se requiere dictamen técnico concluyente (estudio integral de características de río trenzado, régimen de lluvias, morfología y comportamiento hidrodinámico del río). Las afirmaciones escuetas de los peritos no prueban nada: su dicho carece de privilegios probatorios, requiere comprobaciones, análisis, fuentes documentadas, estudios y soporte general de conclusiones.

De lo que se trataba, en cambio, era de exponer fundadamente las *verificaciones físicas en campo antes y después de las inundaciones, las memorias históricas documentadas, las fuentes oficiales o de otra naturaleza que revelaran la configuración del cauce trenzado, la extensión límite de la ronda protectora (franja de uso público), la zona de amortiguación o de recuperación y preservación, los usos permitidos, restringidos y prohibidos en las áreas adyacentes*, todo ello acorde con las regulaciones ambientales nacionales y con el PBOT de Yopal, cuando menos la versión vigente en el año 2006.

No era suficiente predicar que las parcelas o fincas fueron productivas y que el río con las anegaciones causó daños a construcciones, instalaciones rurales o cultivos, pues para fijar adecuadamente un **daño antijurídico** particular y concreto, que era el hecho central a probar, lo primero a establecer era el **ejercicio legítimo de tales actividades de ocupación y explotación**, aspecto en el que la prueba se quedó muy corta.

Ni siquiera se trataba de una problemática de legitimación material o procesal: los poseedores, aún sin títulos de *dueño*, pueden pretender reparaciones si sus derechos reales u otros sufren menoscabo. No. La ausencia de esfuerzo, de claridad y de precisión de la prueba técnica convocada para esos efectos, debilita enteramente las *conclusiones* del auxiliar de la justicia, pues sumida en la oscuridad la delimitación de los aspectos técnicos indicados dos párrafos atrás, no hay dictamen en sentido estricto, sino la *descripción* de un estado posterior de cosas (cuatro años después), sin conexión con la historia (geológica, hidrodinámica, sociológica y regulatoria), la dinámica del ciclo de lluvias e inundaciones y las características de un río trenzado, como lo es el Cravo Sur al entrar con fuerza del *cajón montañoso natural* a irrumpir en las sabanas típicas de sus riberas en las veredas de Yopal afectadas por los hechos descritos en el proceso.

Ahora bien, si se pudiera tener por superado el notorio escollo de la ausencia de prueba certera de la existencia y magnitud del daño, tendría que llegarse a las mismas conclusiones adoptadas en esta sentencia por **falta absoluta de estudios técnicos que determinaran la causa** y el nexo causal entre la actividad atribuida a Casanare y dicho daño.

El ingeniero que intervino como perito se redujo a *afirmar*, como si su palabra fuera por sí misma prueba de algo distinto a su convicción, que la construcción de jarillones o el encausamiento del río, o el simple acopio

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 02-2012
Periodo:	Agosto de 2012	

de materiales de arrastre y rocosos en cierta parte del cauce del río, fueron la *causa única y determinante* de las tales inundaciones.

No. El juez no es convidado pasivo a leer dictámenes; esta Corporación lo ha dicho múltiples veces, pues le corresponde *apreciar integralmente los medios probatorios* (arts. 187 y 241 C. de P.C.) y en lo que atañe específicamente a la pericia, *verificar qué estudios la preceden, qué comprobaciones hizo el perito, qué fuentes consultó, en que soportes técnicos y científicos se apoyó*, pues sin tales presupuestos no hay verdadero peritazgo, acorde con las exigencias expresas del art. 237 del C. de P.C.

Nuevamente surge aquí similar piélago de interrogantes no despejados, relativos a las características y comportamiento de un río trezado, esto es, de uno que carece de cauce único o dominante por el que inveteradamente corran las aguas. El del Cravo Sur es, relativamente, impredecible en su entrada a la sabana inundable, conformada por tierras bajas en Casanare, en particular en Yopal, hecho notorio profusamente documentado en estudios geológicos de la Orinoquia, disponibles en internet, en los diagnósticos de las autoridades ambientales y en otros procesos que el suscrito magistrado tiene la obligación funcional de conocer a profundidad y tener presentes a la hora de juzgar un asunto de tanta magnitud.

El juez de reparación, para decirlo de una manera plana, no puede ser desorientado con cualquier memorial firmado por un ingeniero, como si al auxiliar le correspondiera fallar y al funcionario judicial únicamente convalidar la apreciación in pectori del perito. Su presunta sapiencia, así se pruebe, que tampoco lo fue en el caso concreto, solo indica que tiene *autoridad* profesional para dictaminar; pero no revela las bases técnicas de sus conclusiones y sin ellas, debo insistir, no hay pericia. Nada que apreciar.

(...) El nexo causal que tiene que subyacer a la imputación fáctica, para que prospere la pretensión indemnizatoria, tiene que demostrarse plenamente, carga que corre por entero en la parte actora en asuntos como estos, donde los hechos son físicos, saltan a la vista, pueden encuadrarse en realidades materiales asequibles a cualquier experto pues están documentadas oficialmente por décadas de observación de la región e imperecederamente marcadas por la huella geológica de la naturaleza. No hay inversión de cargas ni desplazamiento dinámico alguno. Aquí quien demanda tiene exactamente las mismas opciones probatorias que el demandado; no hay parte en desventaja que tenga que ser aliviada por presunciones judiciales ni reglas de experiencia que las anteceden.

[ACLARACIÓN DE VOTO a la sentencia del 19 de noviembre de 2012. Reparación, Caro y otros Vs. Casanare, ponente magistrado Carlos Alberto Hernández (inundaciones Cravo Sur 2006), radicado 850013331002-2007-00610-01].

Asunto: equidad como fuente de derechos. Poder creador del juez para suplir la omisión del legislador. “Juez oráculo” versus constitucionalismo humanista. Pensión de vejez: exservidor judicial que alcanza edad de retiro forzoso en estado de vacancia. Servicios discontinuos: aplicación supletoria del régimen del art. 29 del D.L. 3135 de 1968.

El problema. Se ha discernido un “caso difícil” en el que se dispuso reconocer pensión de vejez en los términos del art. 29 del D.L. 3135 de 1968 a quien sirvió durante más de cinco años en la Rama Judicial, pero en forma discontinua; aspiró a la pensión del art. 10 del D.L. 546 de 1971. Cumplió la edad de retiro forzoso antes de expedirse la Ley 100 de 1993 y para dicha época, ya estaba cesante. El beneficiario era, cuando demandó, un hombre mayor de 80 años de edad.

La tesis conductora. El fallo, adoptado por mayoría, se fundó en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 1º de marzo de 2012, ponente L.R. Vergara Quintero (expediente 7318-05), la que a su vez se apoyó en la línea que con significativa audacia reafirmó esa Sala en fallo del 13 de julio del 2006, ponente Ana Margarita Olaya⁹. Basta seguir el nicho citacional de la línea de jurisprudencia que se ratificó en la sentencia del 1º de marzo de 2012, ponente L.R. Vergara Quintero (expediente 7318-05), para comprender que aquí no hay *salto al vacío* ni voluntarismo judicial, sino la puesta en práctica del principio de igualdad para brindar frente a hipótesis fácticas similares, soluciones de la misma estirpe.

⁹ Radicado 73001-23-31-000-2002-00720-01(5116-05).

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 02-2012
Periodo:	Agosto de 2012	

Juez creador de Derecho. Una postura disidente en este caso acudió al principio constitucional de separación de poderes y ha expresado que sin cumplirse el presupuesto esencial – llegar a edad de retiro forzoso en servicio activo y ser retirado por ello – no puede reconocerse la pensión de vejez, ni en los términos de los arts. 8 y 10 del D.L. 546 de 1971, ni del art. 29 del D.L. 3135 de 1968, pues los dos estatutos lo exigen, sin que pueda el juez arrogarse facultades que estima privativas del Congreso para idear una salida normativa diferente¹⁰.

Desde luego es otra opción interpretativa seria, técnicamente fundada en una filosofía del Derecho que en virtud de centenaria tradición jurídica concibe al juez reducido a la labor de *intérprete* del ordenamiento, sin poder creador, a la zaga del legislador; no obstante, la introducción de un constitucionalismo humanista en la Carta de 1991 asignó a los jueces una misión más elevada, entre otras herramientas de altísima valía, mediante la **tutela**, que es quizá el instrumento de control que más ha dignificado la toga, más la ha acercado al ciudadano del común, más ha sensibilizado a la Judicatura y mejor ha fortalecido el poder creador del juez para reivindicar un *Derecho Vivo*, al servicio de la gente (art. 5º de la Constitución), centrado en la dignidad humana, como razón de ser del Estado Social Justo y no simplemente sujeto al Derecho, según la aspiración primaria de la Revolución Francesa que la dinámica social ha superado con creces.

Profeso de antaño la convicción de haber dejado de ser el juez “*oráculo de la ley*”, que expresaba únicamente la voluntad de otro (el Congreso o el Gobierno, rara vez la del Constituyente), pues sin incurrir en la desviación que supone que los jueces hagan lo que quieran, estimo que nos corresponde **decir el Derecho Viviente**, tanto más cuando el legislador se queda rezagado y deja de resolver situaciones de manifiesta inequidad, como las que se ponderan en la línea jurisprudencial que aquí se aplicó. Y ello no es propio tan solo de nuestro rol de jueces constitucionales: también cuando *administramos justicia en sede ordinaria*, tanto más si median derechos fundamentales¹¹. Es el lineamiento expreso, además, del art. 103 de la Ley 1437 de 2011, que amplía ambiciosamente la misión de la jurisdicción contencioso administrativa, para que no siga condicionada detrás de la apertura que haga la Corte Constitucional.

Así lo dejó advertido, por lo demás, el Consejo de Estado en el fallo que centró su premisa dogmática en la **equidad**, directamente en el art. 230 de la Constitución; la declaración de fe en el poder creador de los jueces la expresó así:

Atrás quedó el paradigma positivista que se traduce en el planteamiento de Montesquieu, que asigna al juez un lugar estrechamente subordinado, predicando que los juicios no deben ser más que “un texto preciso de la ley” y que los jueces “no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza de la ley ni el rigor de ella”. Hoy está claro que la *juris-dictio* no podría limitarse a la *legis-dictio*; la legalidad se articula con los derechos de los ciudadanos, pues el imperio de la ley a la que se somete el juez, según el artículo 230 Superior es en la Constitución misma imperio de la ley y del derecho, como quiera que el concepto básico constitucional que finca toda la parte programática del mismo ordenamiento, es el Estado Social de Derecho y no simplemente el Estado de Derecho. El fin de la Constitución es implantar el derecho mediante la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político y por ello proclama valores superiores del ordenamiento jurídico; luego dentro de la dialéctica constitucional caben no sólo las leyes formales, sino todos los valores constitucionales y los principios. No se trata de meros conceptos retóricos, sino de conceptos normativos con plenitud de efectos jurídicos, cuyo instrumento de eficacia es el juez¹².

Se trata, sin duda, de un aspecto polémico. Pero ni siquiera es de ahora. Un insigne togado, a quien encontré en provechosa lectura reciente, lo consignó hace más de ocho décadas con singular belleza. Lo recordé en ocasión pasada así:

Como dijera el Maestro Ossorio¹³, no pocas el abogado (o el juez) enfrenta lo que, más tarde, Dworkin llamó los “casos difíciles”: no encontrará la respuesta en los códigos, ni en la jurisprudencia, ni en la docta ortodoxa doctrina. Tendrá que mirarse en su interior y acudir al sentido común y a su percepción de lo *justo*, esfuerzo que no es sencillo, pero tampoco vano¹⁴.

Lo cito ahora literalmente en guarda de su elegante prosa, con la misma fe de siempre:

¹⁰ Salvamento de voto del magistrado José Antonio Figueroa Burbano.

¹¹ La propia Corte Constitucional, como es sabido, forzó al juez administrativo a despojarse de las ataduras de la “justicia rogada” para obrar oficiosamente como guardián de derechos fundamentales en cualquier proceso puesto a su conocimiento (sentencia C-197 de 1999, Antonio Barrera Carbonell).

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 13 de julio del 2006, ponente Ana Margarita Olaya, ya citada.

¹³ Ossorio, Ángel. El Alma de la Toga, capítulo “La sensación de la justicia”.

¹⁴ Aclaración de voto a la sentencia del 24-X-2012, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicado 850013331002-2009-00020-01.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 02-2012
Periodo:	Agosto de 2012	

¿Dónde ha de buscar el abogado la orientación de su juicio y las fuentes de su actuación? ¿En el estudio del derecho escrito? Terminantemente lo niego.

Un literato ha dicho que el Derecho es como una mujer casquivana que se va detrás de cualquier hombre que haga sonar espuelas. Si se refiere al derecho positivo de cada día la imputación es de triste certeza. Detrás de una violencia triunfante o siquiera amenazadora, cambia el estado legal. Mas esto no es incompatible con la profecía de Isaías sobre la inmutabilidad del Derecho; porque son consistentes los cimientos morales del mismo, que la sociedad erige y determina, muchas veces a despecho de la fuerza coactiva del Estado.

Después de invocar la autoridad de León Duguit, quien propugnó por similares postulados con encomiable anticipación, remata el Maestro Ossorio:

El letrado que después de oír al consultante se limite a preguntarse “¿qué dice la ley?”, corre mucho riesgo de equivocarse y de perturbar la vida ajena.

Ya un par de párrafos atrás había dejado anunciado, acerca de esa evolución constante del derecho positivo y del por qué la **Justicia es más una sensación** que un conocimiento:

Lo cambiante es la expresión actual y concreta de la vida jurídica Gobiernos liberales promulgan leyes de excepción; hombres que abogaron contra la pena de muerte ahorcan y fusilan a mansalva. Defensores del libre cambio colaboran en políticas proteccionistas. El movimiento legislativo en todos los pueblos es obra de una Penélope de mil manos. Es fenómeno consustancial de la vida, cuyas complejidades aumentan por instantes, y escapan a las más escrupulosas provisiones reguladoras. El derecho no establece la realidad sino que la sirve, y por esto camina mansamente tras ella, consiguiendo rara vez marchar a su paso.

Agrego ahora: ¿Qué no sentir en estos tiempos tormentosos en los que la majestad del Estado declina ante la fuerza aterradora de los fusiles y, mientras se mantiene impávido y sordo a los clamores de Justicia de los débiles, se postra ante los criminales para darles beneficios exorbitantes que los jueces tenemos que avalar sin protesta?; ¿Qué no ahora, incluso en cuerpo propio de la Judicatura, cuando la reivindicación social es desatendida por décadas porque no es, frecuentemente, acompañada de medios materiales de constreñimiento que paralizan al país?

Por ello, como lo hizo la Magistratura Italiana y con el pragmatismo de las cortes de la Unión Americana, debo decir abiertamente que soy cultor confeso del *activismo judicial*, fundado en la Constitución; que concibo ahora al juez como un creador de Derecho y de derechos y que sin desconocer el principio democrático, dejé atrás la resignación que me forzaría a desempeñar la función jurisdiccional como limitado *oráculo de la ley*. Son las anteriores las razones para adherir a una sentencia que se sale de lo común, sin rubor ni temor a hacer valer la **equidad** como fuente primaria del derecho subjetivo que se ordena reconocer.

[ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA DEL 15-XI-2012, ponente magistrado Carlos Alberto Hernández. Demandante Luis Alberto García, radicado 850013331001-2011-00143-01].

REPARACIÓN. LUCRO CESANTE. *Distribución entre beneficiarios que comparecen sucesivamente en procesos separados. Renta única: eventual agotamiento de la fuente indemnizatoria. Concurrencia de la indemnización por lucro cesante con la pensión laboral del sistema de seguridad social: diferenciación de los centros de imputación presupuestal.*

La distribución de una renta de fuente única entre beneficiarios sucesivos

Como lo anuncié en ocasión anterior frente a una problemática similar, el juzgador aborda un *caso difícil* cuando comparecen a reclamar *lucro cesante* por la privación de la renta que generaba la víctima directa varios titulares *sucesivos*, peor aún, en procesos que no se acumularon y sin que al resolver el primero tenga por qué saber acerca de la existencia de los posteriores, las más veces por indolencia de la parte pasiva, que debía advertirlo y probarlo oportunamente.

Como la fuente indemnizatoria es única, no puede artificialmente acrecentarse para hacerle rendir más de lo que naturalmente era factible: dicho llanamente, la familia dependiente no puede recibir más cuando fallece el

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 02-2012
Periodo:	Agosto de 2012	

causante, de aquello que en vida pudo distribuir después de atender a su propio sustento. Así lo explicó hace poco:

La fuente del lucro cesante: es una renta “estanca” o limitada. El punto que estimo necesario ilustrar puede explicarse gráficamente así: hay un jarro de agua con cantidad de cuatro vasos; puestos a la mesa y consumidos los cuatro, llega un quinto invitado. Ya no habrá más agua en la misma vasija que se le pueda ofrecer, por haberse agotado la fuente.

Y eso es lo que pudo ocurrir en este caso: si la renta que el juez natural ha reconocido a los primeros demandantes que obtuvieron fallo favorable se ha liquidado con todo el ingreso estimado, ¿de dónde va a salir lo que se ordena para los que llegaron después? Dado que la teoría del daño supone que el infortunio no puede ser fuente de enriquecimiento para el perjudicado, la sentencia declarativa de responsabilidad que impone la obligación de indemnizar no crea bienes económicos para repartir; no es en tal sentido *constitutiva* de derechos ni de obligaciones¹⁵.

Pues bien: aunque con inocultable tardanza, después del fallo recurrido, esta vez la parte pasiva por lo menos propuso el debate y arrojó la prueba de haberse sentenciado y reconocido una indemnización a otra hija de la víctima directa en proceso separado; ella ya consolidó el derecho a recoger un 18,5% de la renta neta que producía su padre. Ese vaso de la jarra única no puede volverse a repartir y se ha excluido de la base de liquidación de la renta (consolidada y futura) susceptible de distribución entre los demandantes del nuevo proceso que probaron similar derecho. Se ha logrado así una solución en equidad¹⁶ que resuelve la tensión entre los derechos de las víctimas indirectas y los de la entidad que debe pagar la reparación, sin tenerse que adentrar la Corporación en eventuales conflictos entre los beneficiarios, puesto que la sentencia de cierre recoge los efectos de la que ya había proferido ante litigio anterior. Queda otra vez pendiente abordar aristas adicionales, cuando ello ya no sea posible, esto es, cuando todos pretendan que la jarra dé más vasos que los que contiene.

Concurrencia de una pensión de sobrevivientes (sistema de seguridad social en pensiones) con la indemnización por daño antijurídico, a título de lucro cesante, para la víctima indirecta

Este segundo aspecto es más complejo. El problema fue enunciado en un fallo reciente en los siguientes términos¹⁷:

Esta Sala postula que la tesis de la concurrencia de indemnizaciones de la que se ocupa esta decisión tiene una consecuencia lógica no deseada ni deseable, de ENRIQUECER A LA VÍCTIMA, POR EXCESO DE REPARACIÓN, lo que repugna a la naturaleza de las cosas, a la equidad y a los lineamientos éticos de una sentencia materialmente justa, efectos o consecuencias prácticas de la sentencia que ni por asomo la línea del superior pretende provocar, pero que se desprenden naturalmente cuando se llevan a escenarios que pueden ocurrir en la realidad, como lo ilustra el siguiente ejercicio analítico.

A producía una renta de 1.000 unidades de valor; asistía económicamente a su pareja; como se presume judicialmente que consume en su propio sustento (v.g.) el 30%, la renta transferida a la pareja o al núcleo familiar lo sería de 700 unidades de valor, todo ello mientras viva, produzca y pueda cumplir sus obligaciones alimentarias.

Si A fallece o queda inválido, el régimen prestacional del servicio dará cabida a una pensión laboral (v.g. del 75%), que permitirá a los beneficiarios recibir por esa fuente 750 unidades de valor; pero con la teoría de la concurrencia de indemnizaciones, por la vía extracontractual estos tendrán derecho, además, a que se haga el pago único anticipado de la renta periódica (consolidada + futura), equivalente en su fundamento financiero¹⁸ a otra pensión, en cuantía de 700 unidades de valor. Y de esa manera, el infortunio convierte la renta periódica transferida, que era de 700 unidades de valor en vida de quien la generaba, en otra de 1.450 unidades de valor (700+750).

Tal es la perspectiva, que esta Sala no acoge, de las consecuencias no deseadas de la opción interpretativa por la que propugna una lectura literal y extensa de la jurisprudencia circular¹⁹ de la Sección Tercera del Consejo de

¹⁵ Aclaración de voto a la sentencia del 24-X-2012, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicado 850013331002-2009-00020-01.

¹⁶ El suscrito magistrado se ha ocupado *in extenso* del principio de equidad como fuente de Derecho y de derechos subjetivos en aclaración de voto de esta misma fecha, a la sentencia que recayó en el proceso de Luis Alberto García, radicado 850013331001-2011-00143-01 (pensión de vejez, expleado judicial), ponente el mismo magistrado C.A. Hernández, en la que se aplicó por mayoría esa línea del Consejo de Estado.

¹⁷ TAC, sentencia del 17 de septiembre de 2012, ponente Néstor Trujillo González, radicado 15693313001-2005-02102-01.

¹⁸ Esta Sala no ignora que no es una pensión en sentido técnico laboral: simplemente *equivale* en sus presupuestos financieros o de cálculo actuarial, a partir del valor presente del emolumento o renta periódica que se proyecta respecto de un tiempo estimado (*n*) o expectativa de vida o de duración de dicha renta.

¹⁹ Se alude a las afirmaciones que remiten a otras anteriores, en secuencia que se repite a sí misma pero no explica la *ratio* de rigor. Argumentos de esta estirpe son los que se limitan a expresar que las dos indemnizaciones pueden concurrir, porque en otros fallos del pasado ha quedado advertido

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 02-2012
Periodo:	Agosto de 2012	

Estado, porque el **daño** que genera **único perjuicio indemnizable** (la privación de una renta periódica legítima) queda así transformado, artificiosamente, en fuente de enriquecimiento, cuando la teoría del daño ha pregonado consuetudinariamente que se trata, en sede de responsabilidad extracontractual, de **reparar**, no de incrementar el patrimonio de las víctimas directas o indirectas²⁰. Y ese concepto dogmático es común a la técnica y al derecho de seguros y, en general, a la responsabilidad por el daño²¹.

Se trataba de una situación fáctica y normativa diferente y por ello no tiene por qué sorprender que en la sentencia de hoy haya votado afirmativamente la concurrencia de la pensión de sobreviviente a favor de la viuda y su hija con la indemnización plena del lucro cesante: la falta de rigor técnico para depurar los elementos de género próximo y de diferencia específica entre los supuestos que se juzgan conduce al crítico, algunas veces también a los jueces, a encontrar contradicciones donde no existen; a suponer virajes sorpresivos, cuando en realidad la disanalogía explica por sí misma que no pueda limitarse el juzgador a *cortar y pegar* argumentos o enunciados, como si todos los fallos fueran de “talla única”, para uso indiscriminado. No hay tales.

La solución restrictiva: exclusión de la concurrencia. Frente a la hipótesis del pasado, la Sala dispuso denegar la indemnización por lucro cesante a un militar que había recibido la reparación laboral predeterminada por un accidente ocurrido en el servicio, por causa y razón del mismo; es ostensible que la *causa jurídica* de ambos pagos lo ha sido un **daño único**; que el *obligado* era exactamente el mismo centro de imputación presupuestal y que la diferenciación estuvo solamente en la *fuentes normativa* que los autoriza: laboral predeterminada para la de carácter prestacional; constitucional directa (art. 90) la resarcitoria por responsabilidad extracontractual. La primera es inherente a la *seguridad social por riesgo profesional*, solo que radicada por la ley en cabeza del propio empleador²².

La pluralidad de obligados a la satisfacción del daño, cada uno por su propia fuente jurídica: el aseguramiento del riesgo y la reparación extracontractual. Pero no ocurre lo mismo cuando respecto de un mismo daño convergen varios obligados a cubrirlo, unos en virtud del *seguro* que ampara el evento asegurado y otros, acorde con el régimen de responsabilidad patrimonial por el daño causado. Esas particularidades han sido consideradas en la línea del superior funcional y las ha tenido presentes el Tribunal Administrativo de Casanare, por ahora en el nivel dogmático pero sin ocasión de aplicarlas en concreto. Aquí tanto la discusión como la solución que se adoptó, con mi anuencia pese a que he sostenido sistemáticamente la exclusión en los términos desarrollados en la primera parte de este espectro analítico, corresponden exactamente a una hipótesis de *aseguramiento* del daño, que activa los mecanismos resarcitorios a favor de los beneficiarios que la ley (o el contrato, según el caso) define, de manera tal que si ocurre el siniestro, el asegurador sale a cubrir lo estipulado (nuevamente por la ley o el contrato), sin que sea relevante quién o cómo lo haya causado.

En efecto: el FPSM es una cuenta – nacional, claro – que se conforma para atender *prestaciones sociales* de los educadores y se ocupa, en lo que atañe al caso, de las *pensiones* cuya causa jurídica lo es la prestación del servicio durante un tiempo determinado, en virtud de la *cotización* o aporte para su sostenibilidad que deben realizar tanto el empleador como el trabajador. Para la de sobrevivientes, ocurrida la muerte, si se cumplen los requerimientos mínimos definidos por la ley, el FPSM pagará la prestación legalmente determinada, sin importar cuáles son las circunstancias en que ella acontece, ni quién la provoca, ni qué conexión (imputación) pueda existir entre el suceso luctuoso y la Administración. Es un modelo social de aseguramiento, que obedece al principio constitucional de solidaridad, para precaver que las familias nucleares queden abruptamente sin medios de subsistencia cuando sobreviene la pérdida temprana de quien proveía el sustento.

que pueden coexistir. Ejemplo ilustrativo lo constituye el lacónico cierre de la sentencia del 16.745 del 22 de abril de 2009, citada en el fallo de tutela al que esta providencia complementaria acata.

²⁰ Una consecuencia extensa, que ningún juez deseará, lo sería que para el núcleo familiar de una víctima directa resultara más atractivo, en el plano económico, el sacrificio que duplica la renta indirecta, que la supervivencia de quien la genera.

²¹ Si se tratara en realidad de *causas* diferentes, no tendría sentido que el legislador (art. 1096 del C. de Co.) tuviera previsto que el derecho litigioso se desplace automáticamente del patrimonio del asegurado al del asegurador. Por ello lo que esta Sala encuentra en el vocabulario del superior es la yuxtaposición de las *fuentes jurídicas diversas* del derecho a la indemnización, a una diferenciación artificial, que no concuerda con la naturaleza de las cosas, para extenderla también a la *causa única común*: el **daño cierto** que da lugar a la reparación integral.

Aún la jurisprudencia de la Sección Tercera que aboga por la concurrencia de indemnizaciones ha tenido que reconocer que si el pago de un siniestro da lugar a la subrogación del asegurador en el seguro de daños, por ministerio de la ley, no es viable tal coexistencia. Aunque no explica exactamente por qué hace compatible la excepción con los presupuestos dogmáticos de esa línea, puede inferirse que se trata de un problema insalvable adicional, que no puede soslayarse, de falta de legitimación de quien demanda la reparación, pese a que ya fue indemnizado por un tercero, en ese caso el asegurador. Ver sentencia del 4 de junio del 2008, R. Saavedra, radicado 52001233100019960752601.

²² TAC, sentencia del 17 de septiembre de 2012, ponente Néstor Trujillo González, radicado 15693313001-2005-02102-01.

DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	Boletín 02-2012
Periodo:	Agosto de 2012	

En cambio, la entidad empleadora a cuyo servicio perece un empleado estatal, por causa o en razón del mismo, atiende las prestaciones laborales predeterminadas por la ley, lo hace en virtud del vínculo directo de dependencia, subordinación y remuneración del trabajo humano; pero si ella misma ha sido la *causante* del daño (imputación fáctica y jurídica), deberá salir a su reparación integral en los términos de los arts. 90 de la Carta y 16 de la Ley 446 de 1998, situación en la que se tiene que examinar la concurrencia de *dos reparaciones del mismo daño con un obligado común: el centro de imputación presupuestal que debe responder laboral y extracontractualmente por exactamente el mismo hecho.*

Esas precisiones, relativas al género próximo y las diferencias específicas, me permiten reiterar la opción interpretativa por la que propugno: no concurrencia para lo último; admisión de la concurrencia para los eventos en los que el obligado extracontractual y quien tomó a su cargo el riesgo de siniestro (por la ley o el contrato) son diferentes sujetos de derecho o centros de imputación autónomos, aunque pertenezcan (tales centros) a la misma persona pública (usualmente, Nación).

[Aclaración de voto a la sentencia del 15-XI-2012, ponente Carlos Alberto Hernández, radicado 850013331002-2009-00002-01].

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