



CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL
1817 - 2017

Asuntos Constitucionales

Sección Quinta

Rendición de Cuentas 2016



Tomo II



Asuntos Constitucionales

Sección Quinta

Rendición de Cuentas 2016

Tomo II



República de Colombia
Consejo de Estado
Sección Quinta

Rendición de Cuentas 2016

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Presidenta

Rocío Araújo Oñate
Consejera de Estado

Carlos Enrique Moreno Rubio
Consejero de Estado

Alberto Yepes Barreiro
Consejero de Estado

Portada
“Alegoría a la Justicia”
Óleo sobre lienzo
Luis Alejandro Velandia Villa

Diseño e impresión
Imprenta Nacional de Colombia
Bogotá, Colombia

ISSN: 2538-9564

Publicación realizada con el apoyo
del Consejo Superior de la Judicatura.

Contenido

AGRADECIMIENTOS	11
PRESENTACIÓN	15
ACCIONES DE TUTELA	17
SENTENCIAS	19
Rocío Araújo Oñate	
Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03318-00(AC) Actor: Pensiones de Antioquia Demandado: Tribunal Administrativo de Antioquia Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Precedente en relación con el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición.	19
Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00426-00(AC) Actor: Diana Lizzeth León Lozada Demandado: Nación, Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja y otro Tema: Estabilidad laboral reforzada de mujer en estado de embarazo.....	25
Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00873-01(AC) Actor: Comunidad Muisca de Bosa Demandado: Nación, Ministerio del Interior y otros Tema: Requisito de subsidiaridad. Derecho a la consulta previa.	29
Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00593-01(AC) Actor: Diana Carolina Correa Bastidas Demandado: Nación, Ministerio de Salud y de la Protección Social, Departamento de Santander, Empresa Colombiana de Petróleos y Policlínica de Ecopetrol Hospital Ismael Rincón S.A. Tema: Servicio social obligatorio para médicos. Requisito para acceder al título de idoneidad en la carrera de medicina. Procedimiento administrativo que deben cumplir las instituciones prestadoras de salud.....	34
Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02171-01(AC) Actor: Nación, Congreso de la República y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C” Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Declaratoria de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador vulnera el derecho al debido proceso del Congreso de la República pues la sentencia de la Corte Constitucional que declaró la inexequibilidad de la ley tiene efectos hacia futuro.	38

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00532-01(AC)
 Actor: Nación, Ministerio del Interior
 Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Idoneidad del recurso extraordinario de revisión como medio eficaz de defensa. Requisito de subsidiariedad. 43

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03509-01(AC)
 Actor: Ofelia Romero de Herrera
 Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Régimen de responsabilidad objetiva a cargo del Estado. Muerte de ciudadano ocasionada con arma de dotación oficial. Inexistencia de certeza en la culpa exclusiva de la víctima. Vulneración del derecho al debido proceso. 48

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02940-00(AC)
 Actor: Magalis Esther Díaz de Celedón
 Demandado: Tribunal Administrativo de La Guajira
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Conteo del término de caducidad de la acción ejecutiva cuando el título valor es una sentencia judicial. 55

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03216-00(AC)
 Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP
 Demandado: Tribunal Administrativo de Santander y otro
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Cálculo de la Bonificación por servicios prestados como factor salarial para determinar el Ingreso Base de Liquidación. 60

Radicación número: 08001-23-33-000-2015-00589-01(AC)
 Actor: Elías Antonio Manotas De la Hoz
 Demandado: Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y otros
 Tema: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por carga desproporcionada impuesta a expleado de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Asosasa, a quien no se le ha efectuado el pago del derecho laboral reconocido mediante providencia judicial, por estado de insolvencia de la empresa. 68

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00367-00(AC)
 Actor: Capitolino Aguirre Agudelo
 Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” y otro
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Medida de protección extraordinaria: Juez constitucional prescinde del análisis de las providencias judiciales cuestionadas por no ser el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales del actor. Con efectos definitivos, dadas las condiciones de vulnerabilidad del actor en cuanto a edad, salud y pobreza, se ordena a la UGPP el cumplimiento de la sentencia declarativa que dispuso reliquidar la pensión e indexar la primera mesada, entre otros aspectos. 73

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00552-00(AC)
 Actor: Rafael Fernando Bermúdez Llanos y otros
 Demandado: Tribunal Administrativo del Huila
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Oportunidad legal de terceros con interés para intervenir en defensa de la constitucionalidad y legalidad del acuerdo municipal objeto de control abstracto por parte del Tribunal Administrativo. 87

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03250-01(AC)
 Actor: Carmen Diana Arzuaga Rodríguez

Demandado: Tribunal Administrativo del Cesar Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Defecto sustantivo por indebida aplicación de la norma que prevé la caducidad de la acción de reparación directa.....	92
Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02509-01(AC) Actor: Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "A" Tema: Ausencia de defecto sustantivo por adecuada aplicación de normas procesales sobre la notificación por medios electrónicos.	97
Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02667-01(AC) Actor: Ever Trujillo Matta Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C" Tema: Acción de tutela contra providencia judicial que decidió el recurso extraordinario de revisión. Análisis de la causal de prueba recobrada del recurso extraordinario de revisión. Amparo de los derechos de acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva. Se ordena dejar sin efectos la providencia judicial que resolvió la acción de reparación directa -sentencia objeto de revisión- para que al proferirse una nueva decisión se valore la corrección del dictamen pericial.	102
Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03378-01(AC) Actor: Juan José Bernal Jiménez Demandado: Tribunal Administrativo de Boyacá , Sala de Descongestión Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Vulneración del derecho al debido proceso. Régimen de transición fijado por la Ley 10 de 1990 y su Decreto Reglamentario No. 1399 de 1990 atinentes a la reorganización del Sistema Nacional de Salud.	109
Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01547-00(AC) Actor: M.S. Construcciones S.A. Demandado: Tribunal Administrativo del Cesar Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Vulneración del derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Defecto sustantivo por indebida aplicación normativa del artículo 43 del CPACA. Liquidación individual por concepto de contribuciones parafiscales.....	114

Carlos Enrique Moreno Rubio

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03462-00(AC) Actor: Municipio de Mutatá - Antioquia Demandado: Tribunal Administrativo de Antioquia Sala de Descongestión Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Defecto sustantivo por indebida aplicación del artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Vulneración del derecho al debido proceso. Procedencia excepcional del medio de control de simple nulidad para demandar la legalidad de actos de carácter particular.	121
Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01181-01(AC) Actor: Armando Arévalo Varela Demandado: Tribunal Administrativo del Meta y otro Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Incumplimiento de los requisitos para obtener el reconocimiento de la pensión gracia.....	124
Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03668-01(AC) Actor: CEETTV S.A Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B	

Tema: Acción de tutela contra providencia judicial que resuelve el recurso de anulación. Vulneración del derecho al debido proceso por falta de competencia del juez del recurso de anulación para declarar la nulidad absoluta de la cláusula..... 126

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02646-01(AC)
 Actor: P & J Ltda. en liquidación
 Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Ausencia de defecto procedimental.
 Sentencia inhibitoria por indebida escogencia de la acción. 130

Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00356-01(AC)
 Actor: Luz Mar Obando, en representación de su hija menor
 Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional y otro
 Tema: Programa de alimentación escolar. Se ampara derecho a la educación de menor en situación de discapacidad..... 134

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01187-00(AC)
 Actor: Aránzazu Castro Córdoba
 Demandado: Tribunal Administrativo del Huila y otro
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia. Eventos en que procede el rechazo de la demanda. Prueba de la remisión de la petición como requisito para la configuración del acto ficto o presunto. 138

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03436-01(AC)
 Actor: Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional
 Demandado: Tribunal Administrativo del Chocó
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Medidas de reparación no pecuniarias por masacre de Bojayá. Vulneración del derecho al debido proceso. Defecto sustantivo por inadecuada aplicación normativa. 141

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01346-00(AC)
 Actor: Juan Gabriel Vera García y otros
 Demandado: Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Escritural No. 002
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Indebida valoración probatoria. Testigo de oídas como medio de convicción relevante. 147

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00706-01(AC)
 Actor: Yasmín Cuervo Rodríguez y otros
 Demandado: Tribunal Administrativo de Caquetá
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Vulneración del derecho al debido proceso por indebida valoración probatoria. Defecto fáctico por análisis inadecuado del dictamen de balística. 151

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03406-01(AC)
 Actor: José Miller Ledezma Martínez y otros
 Demandado: Tribunal Administrativo del Cauca y otros
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Omisión en la valoración probatoria de una prueba testimonial. 154

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02853-00(AC)
 Actor: José Abel Nova Guerrero
 Demandado: Sala de Decisión 1 de Oralidad del Tribunal Administrativo de Boyacá
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Indebida valoración probatoria. Insuficiencia de la prueba indiciaria para desvirtuar formalidades y solemnidades contractuales..... 156

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03174-01(AC)
 Actor: Fondo Pensional de la Universidad Nacional
 Demandado: Tribunal Administrativo de Antioquia
 Tema: Principio de confianza legítima. Ingreso Base de Liquidación. Fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional. 159

Alberto Yepes Barreiro

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03258-00(AC)
 Actor: Manuel Antonio Velásquez Basto y otros
 Demandado: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Defecto fáctico. Pérdida de oportunidad. 169

Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00057-01(AC)
 Actor: Defensor del Pueblo de Sucre
 Demandado: Ministerio de Salud y de la Protección Social y otros
 Tema: Tutela que ampara los derechos a la vida, a la salud y a la dignidad humana de los internos del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Sincelejo. . 174

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03146-01(AC)
 Actor: Ricardo Villarraga Franco y otros
 Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “C” en Descongestión y otro
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Valor probatorio a los reportajes y noticias difundidos por los medios de comunicación..... 179

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01470-00(AC)
 Actor: Gloria Amaya González
 Demandado: Tribunal Administrativo del Meta y otro
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial que ampara el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de una integrante de un resguardo indígena ubicado en la selva e incomunicado, que no tuvo la oportunidad de corregir la demanda de reparación directa en tiempo. 184

Radicación número: 50001-23-33-000-2016-00507-01(AC)
 Actor: Resguardo Indígena Alto Unuma - Meta
 Demandado: Nación, Ministerio del Interior y otros
 Tema: Tutela que ampara el derecho a la Consulta Previa del Resguardo Indígena Alto Unuma - Meta y ordena al Ministerio del Interior adoptar medidas de reparación para proteger actualmente y, en lo sucesivo, los derechos de la comunidad..... 188

Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00635-01(AC)
 Actor: Defensoría del Pueblo, Regional Bolívar, en representación del Adolescente Aris Bello Martínez
 Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional y otros
 Tema: Tutela que ampara el derecho a la educación de un aspirante al programa “Ser Pilo Paga 3” 193

Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01830-01(AC)
 Actor: José Andrés Cuni Morales y otros
 Demandado: Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores y otros
 Tema: Carencia actual de objeto por daño consumado. Caso de vulneración al debido proceso en materia migratoria. Deportaciones realizadas a un grupo de Cubanos. 198

Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00155-01(AC)
 Actor: Comunidad Indígena Wayuu El Dividivi

Demandado: Nación, Ministerio del Interior y otros
Tema: Tutela que ampara los derechos fundamentales de la Comunidad actora y ordena al Distrito de Riohacha su indemnización y compensación, además de realizar planes de mitigación y manejo ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, atendiendo al concepto de justicia ambiental en sus dimensiones distributiva y participativa. 202

ACCIONES DE CUMPLIMIENTO

Rocío Araújo Oñate

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02437-01(ACU)
Actor: James Perea Peña
Demandado: Senado de la República
Tema: Implementación de equipos y sistema de bajo consumo de agua. Incumplimiento de la norma por parte del Senado de la República 209

Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00099-01(ACU)
Actor: Flor Alba Ospina Henao
Demandado: Instituto Nacional de Vías - INVIAS
Tema: Improcedencia de la acción de cumplimiento por el reconocimiento de derechos subjetivos. 213

Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00441-01(ACU)
Actor: Luz Helena Olaya Peláez
Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Tema: Improcedencia de la acción de cumplimiento por falta de agotamiento del requisito de subsidiariedad..... 215

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00034-01(ACU)
Actor: James Perea Peña
Demandado: Presidente de la República
Tema: Implementación de equipos y sistema de bajo consumo de agua. Incumplimiento de la norma por parte de la Casa de Nariño. 219

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02309-01(ACU)
Actor: Asociación de Trabajadores del Sistema Judicial Colombiano y afines “Asonal Judicial Si”
Demandado: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa
Tema: Improcedencia de la acción de cumplimiento. Ausencia de mandato imperativo. Naturaleza del cargo de director ejecutivo de administración judicial. 223

Radicación número: 15001-23-33-000-2016-00249-01(ACU)
Actor: Helver Francisco Cipagauta Tuta
Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia “UPTC”
Tema: Reajuste del valor de las matrículas de los programas académicos en institución de educación superior. 232

Carlos Enrique Moreno Rubio

Radicación número: 25000-23-41-000-2016-01746-01(ACU)
Actor: William Alexander Rico Coba
Demandado: Nación, Ministerio de Transporte
Tema: Formato único nacional para la licencia de conducción. 237

Alberto Yepes Barreiro

Radicación número: 27001-23-31-000-2015-00090-01(ACU) Actor: Armando Valencia Casas Demandado: Universidad Tecnológica del Chocó Tema: Improcedencia de la acción de cumplimiento por existencia de otro mecanismo de defensa judicial. Solicitud de retirar al Gobernador del Chocó del Consejo Directivo de la Universidad Tecnológica del Chocó.....	240
Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00159-01(ACU) Actor: Ana Milena Caballero Morera Demandado: Ministerio de Transporte Tema: Ordena cumplimiento del artículo 30 de la Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.	245
Radicación número: 20001-23-33-000-2016-00371-01(ACU) Actor: Carlos Andrés Galeso Morales Demandado: Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas UARIV Tema: Ordena cumplimiento de acto administrativo que establece el reconocimiento y pago de una indemnización por vía administrativa al actor.	250

AGRADECIMIENTOS

Los satisfactorios resultados aquí presentados, fueron posibles gracias a la labor desarrollada por los servidores que hicieron parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado durante 2016, a quienes agradecemos de manera especial su compromiso y dedicación, sin los cuales no lo habríamos logrado.

DESPACHOS

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Magistrados Auxiliares: Carolina Del Pilar Gaitán Martínez, Claudia Patricia Molano Moncada, *Héctor Fabián Parra Cabrera**, *Alexandra Sandoval Mantilla**

Profesionales Especializados: Fabio Jiménez Bobadilla, José Camilo Ospina Díaz, Jorge Rafael Gómez Ortiz, Edgar Leonardo Bojacá Castro, *Lorena Osorio Bermúdez**

Sustanciadores: Carlos Andrés Vásquez Isaza, Hermann Jasond Torres Erazo, Laura Victoria Del Pilar Sterling Sterling

Oficial Mayor: Diego Andrés Chacón Rojas

Auxiliar Judicial: Alexandra Martínez Aldana

Judicante: Daniela Jiménez Carreño

Conductor: Alcibiades Vásquez Leño, *Jesús Hermides Plaza Anacona**

Alberto Yepes Barreiro

Magistrados Auxiliares: María Andrea Calero Tafur, Sonia Patricia Téllez Beltrán, Samuel Urueta Rojas

Profesionales Especializados: María Camila García Serrano, Mabel Lorena Montero Barbosa, Astrid Carolina Sánchez Calderón, Paula Del Pilar Cruz Manrique, *María Manuela Pérez Garzón**, *Zamira Marcela Gómez Carrillo**

Sustanciadores: Marcela Alexandra Useche Aroca, Estefanía Urbano Mora, Sandra Liliana Vanegas Ángel

Oficial Mayor: Nelly Stephany Mancera Gómez.

Auxiliar Judicial: Isabel Mejía Llano.

Auxiliar Judicial *Ad Honorem*: Mariana Artunduaga Trujillo

Practicantes: Beatriz Helena Falla Cedeño, José Miguel Sanabria, María Alejandra Hernández Muñoz.

Conductor: Javier Ricardo González Burgos.

Rocío Araujo Oñate

Magistrados Auxiliares: Nancy Ángel Müller, Fridole Ballen Duque, Douglas Lorduy Montañez, *Lina Marcela Escobar Martínez**, *Carlos Andrés Ballesteros Serpa**.

Profesionales Especializados: María Cecilia del Río Baena, Clara Inés Moreno Salazar, Diego Fabián Ramírez Monje, Julián Camilo Bazarro Barragán.

Sustanciadores: Ana Isabel Baquero Barriga, Laura Victoria Cruz Ochoa, Leisa Yolima González Díaz.

Oficial Mayor: Diego Nicolás Pardo Motta, *Mauricio Alberto Robayo León**.

Auxiliar Judicial: Lina María Sánchez Cárdenas, *Juan David Aponte González**.

Conductor: Luis Orlando Urrutia Figueredo.

Carlos Enrique Moreno Rubio

Magistrados Auxiliares: Ángela María Arbeláez Cortés, Germán Suarez Castillo, *Luis Fernando Villota Medina**, *Diana Lucía Puentes Tobón*.

Profesionales Especializados: Juan Carlos Andrews Jiménez, *Sonia Milena Vargas Gamboa*, Yenifer Andrea Polanco González, Adriana Mejía Moreno.

Sustanciadores: María Alejandra Salazar Rojas, Oderley Núñez Castro, Johalys Matute Fuentes.

Auxiliares Judiciales: Wilson Jair Correa Barragán.

Oficial Mayor: Miguel Alfredo Pinedo Murgas.

Conductor: Armando Benítez Ramírez.

EQUIPO DE APOYO A LA SALA

Grupo de apoyo Asuntos Electorales y Constitucionales

Magistrados Auxiliares: Diana Cristina Rodríguez Vargas, Ángela Natalia Prieto Vargas. **Sustanciadores:** Daniel Alberto Beltrán Romero, Diego Orlando Cediel Salas, Yull Katherine Venegas Roza, Olga Yamile González Forero, **Auxiliares Judiciales:** Luis Albeiro Rátiva Atara, Flor Nirsa Muñoz, *Anyela Alexandra Santacruz Solarte*, *Lina María Ocampo Suarez*, *José Miguel Galindez Rojas*, *Daniela Villalba Revelo*, *Eliana Moreno Angulo*, *Daniela Jiménez Carreño*, *Laura Juliana Fandiño Cubillos*, *Eduardo Luis Sarmiento Arzuaga*.

Grupo de apoyo Sistema de Gestión de Calidad

Luz Ángela Arteaga Uribe, Leonardo Ernesto Corredor Ramírez, Jenaro Andrés Puerto Valencia, Jairo Nelson Castelblanco Beltrán, Juan Sebastián Gámez Caviedes, *Sebastián Gómez Liévano*, *Nathalia Garnica Roa*, *Gustavo Antonio Delgado Cuellar*, *Yennyfer Myleidi Fiquitiva Russi*, *Nicolasa De Jesús Garay Polo**

Grupo de apoyo tecnológico

Diego Enrique Segura Alfonso, Carlos Eduardo Alarcón Caballero

SECRETARÍA SECCIÓN QUINTA

Secretaria: Ethel Sariah Mariño Mesa

Oficial Mayor: Marco Fidel Rojas Guarnizo

Auxiliares Judiciales: Efraín Alberto Cortés Gordo, Oscar Felipe Losada Yáñez

Escribientes: José Manuel Vidal Vega, *Néstor Antonio Rodríguez Higuera**

Citador: Blanca Cecilia Sánchez Nieto.

SECRETARIA GENERAL:

Secretario General: Juan Enrique Bedoya Escobar, **Equipo de Trabajo:** Juliana Mosquera Correal, Heidy Yurani Barreto Cruz, Blanca Lilia Vela Suarez, Javier Eduardo Vergara Hernandez, Leonardo Vega Velásquez, Amanda Cristina Cerón Rodríguez, Blanca Isabel Rodríguez Uribe, Diego Mario Gómez Torres, Jeimy Tatiana Casas Mora, María Doris Buitrago Bermudez, Javier Emilio Castellanos Sotelo, Juan Sebastián Gómez Aristizabal, Jesús Hernando Padilla Guerrero, Alexander Guillermo Pineda Vanegas, Mónica Eliana López Madariaga, Miller Andrés Vásquez Rodríguez, Jhon Jairo Rueda Bonilla, Lorena Carmona Villamarín, Jeimmy Carolina Guerrero Baracaldo, María Alejandra Hernandez Mejía, Luisa Fernanda Pardo Salamanca, Cecilia Esperanza Vega Valcárcel, Carolina Guzmán Quiñones, Juliana Andrea De Los Ángeles Sterling Sterling, Diana Marcela Mateus Cobos, Juan Carlos Valenzuela Pedraza, Linda Mairena Mojica Alvarado, Cristian Gerardo Arias Aguilar, Jeimy Liliana Noriega Pedraza, Katherin Andrea Barrera Valencia, Gineth Lorena Rico Ayala, Cindy Paola Mendoza Tique, Myriam Yolanda Jiménez Parra, Anna María Fierro Osejo, Juan Sebastián Cano Rico, Jeyson Andrés Forero Sierra, Oscar Javier Miranda Rueda, Thelmo Julián Bolaños Liscano, Neyl Alejandro Vacca Bermudez.

RELATORÍAS

Relatora Sección Quinta: Diana del Pilar Restrepo Nova

Auxiliar Judicial: Diego Andrés Enríquez Arcos, *Jaqueline Contreras Parra**

Judicante: *Yennyfer Myleidi Fiquitiva Russi**

Relatoras de Asuntos Constitucionales: Carolina Valenzuela Cortés, Ingrid Catherine Viasús Quintero, Blanca Ligia Salazar Galeano.

Profesionales: Darwin Goyeneche Ortiz, Lorenza Cortes Rozo, Marcia Aydee Contreras López.

Auxiliares Judiciales: Lucero Valois, Ruth Mariela Romero Carmona, John Milton Fajardo Velásquez.

Escribientes: Jessica Paola Delgado Escobar, Vanessa Millán Páramo, María Camila Vega Torres.

OFICINA DE SISTEMAS

Jefe de Sistemas: Pablo Enrique Moncada Suarez.

Profesionales Universitarios: Zulma Cecilia Moreno Sosa, Henry Montenegro Beltrán.

Operador de Sistemas: Elkin Hernando Torrado Acosta.

Técnico: Jhon Alejandro Zapata Almanza.

Grupo de apoyo: Oscar Enrique Rengifo Cuesta, Julián Alberto Amaya Céspedes.

OFICINA DE PRENSA

Jefe de Prensa: Nancy Lilian Torres Leal.

Profesional Universitario: Giovanni González Lagos, *Maritza Rojas Lagos**

COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA

Coordinador Administrativo: Antonio Guillermo Guarín Rojas.

Asistente Administrativo: Alexandra Rodríguez Valencia.

Escribiente Nominado: Rafael Antonio Garzón Verano.

Citador: Carlos Alberto Gaspar Gaviria.

**Servidores que acompañaron parte del año al grupo de trabajo.*

PRESENTACIÓN

El 2016 se convirtió para la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el año en que logró alcanzar sus más grandes objetivos: fortalecer el acceso al servicio de administración de justicia, incorporar la rendición de cuentas a nuestra labor cotidiana en atención al principio de transparencia, e ingresar al selecto grupo de las entidades estatales que obtienen la certificación de calidad por todos sus procesos misionales y administrativos, sin la más mínima inconformidad del ente certificador, en este caso Icontec.

Los Consejeros de Estado que conformamos la Sección Quinta: Rocío Araújo Oñate, Carlos Enrique Moreno Rubio, Alberto Yepes Barreiro y, quien la preside, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, como jueces pero también como administradores empeñados en el buen gobierno, planeamos al inicio de año la que sería nuestra gestión y gracias al trabajo en equipo logramos todos nuestros objetivos.

Podemos entregar a los ciudadanos, a quienes nos debemos, nuestro informe de gestión con indicadores absolutamente satisfactorios como un índice de evacuación real del 94.8%. Hoy les presento una Sección con cero congestión, transparente, más cercana al ciudadano y empeñada en mantenerse inmersa en el proceso de mejora continua que hoy nos permite todas estas satisfacciones.

IncurSIONAMOS también en el ámbito internacional y somos parte de la Red Mundial de Justicia Electoral y del Grupo de Trabajo de Jurisprudencia Electoral Americana, pero además logramos vínculos de cooperación con la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional – USAID que nos acompaña en algunos de nuestros más importantes proyectos, como verán más adelante.

Entrego además una Sección Certificada en todos nuestros procesos misionales, estratégicos y de apoyo en los que se incluyen los que transversalmente comprometen a toda la Corporación. Nos convertimos en pioneros en el Consejo de Estado al implementar un Sistema de Gestión de Calidad, que para describirlo basta repetir algunas de las palabras de nuestros auditores externos:¹ *Imigualable, ... muy bueno, tan bueno que vale la pena copiarlos.*

Efectivamente así sucedió, con la reciente adhesión de la Presidencia de la Corporación a este ejercicio en el que estamos empeñados hace tres años y su decisión de adoptar todos nuestros documentos para apuntalar su propia certificación, nuestro Sistema demuestra sus bondades.

Este documento que entregamos como informe de gestión, por segundo año consecutivo, es una actividad más de Rendición de Cuentas, porque podemos decir que los colombianos tienen a disposición semanalmente información sobre absolutamente todas las decisiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado, completando un proceso que en concepto de Icontec *“marca la diferencia, es un tema innovador y ejemplo para los demás Despachos y las Altas Cortes”*.

En el marco del Sistema de Gestión de Calidad, construimos nuestra visión para 2020: *Ser reconocidos y valorados como el cuerpo colegiado más eficiente y eficaz, con mayor cumplimiento en el ejercicio oportuno de la función que nos compete, contribuyendo de forma óptima y permanente a la modernización, generando resultados que promuevan la confianza ciudadana en la administración judicial.* Apenas concluimos el año 2016 y como podrán observar a lo largo del presente documento, empezamos a lograrlo cuatro años antes de nuestra meta, y estamos orgullosos de ello.

1 Diego de Jesús Londoño Ayran, Auditor Líder y Coordinador Nacional Calidad de la Rama Judicial.





Acciones de Tutela



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03318-00(AC)

Actor: PENSIONES DE ANTIOQUIA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

Asunto: Acción de Tutela- Primera Instancia. Resuelve la solicitud formulada por el Pensiones de Antioquia, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en la Constitución Política, artículo 86, y desarrollada en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015. IBL – sentencias de la Corte Constitucional.

Extracto: “Por ser relevante para el estudio del caso, la Sala considera procedente realizar una comparación, a efectos de establecer la reiteración de la ratio decidendi, en relación con las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 del 2015, en los siguientes términos:

Sentencia C-258 de 2013	Sentencia SU-230 de 2015
<p><i>La Corte precisó que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 [Régimen de transición en pensiones], tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas.</i></p> <p><i>Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo.</i></p>	<p><i>En esta sentencia la Corte refirió que la Sala Plena de la Corte Constitucional en la Sentencia <u>C-258 de 2013 fijó el precedente</u> en cuanto a la interpretación otorgada sobre el monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición, y por ende, a todos los beneficiarios de regímenes especiales. La sentencia fijó unos parámetros determinados para el régimen especial dispuesto en la Ley 4 de 1992, pero además, estableció una interpretación sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100.</i></p>

Sentencia C-258 de 2013	Sentencia SU-230 de 2015
<p><i>El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36 por lo que no existe una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 [Congresistas y Magistrados de Altas Cortes entre otros]; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad.</i></p> <p><i>La Corte Agregó que la regla que se viene aplicando de Ingreso Base de Liquidación [Tanto por las Salas de Revisión de la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado] conduce a la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados, con desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad.</i></p> <p><i>El cálculo de las pensiones en ciertos casos con base en dicha interpretación del Ingreso Base de Liquidación condujo a pensiones de una cuantía muy elevada que sólo podían ser financiadas con subsidios públicos más altos, en términos absolutos y porcentuales, que los asignados a las demás pensiones reconocidas en el sistema.</i></p> <p><i>Con fundamento en estas razones, la expresión “durante el último año” será declarada inexecutable</i></p>	<p><i>En esa oportunidad encontró que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en su sentido natural y en concordancia con su configuración viviente, resultaba contrario al ordenamiento constitucional por cuanto (i) desconocía el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo, (ii) generaba una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuando, además, (iii) existía falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, lo cual conduce a que dicha desproporción excesiva sea (iv) financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado.</i></p> <p><i>En forma expresa extendió la regla referida al Ingreso base de liquidación en el régimen de transición a todos los empleados públicos y trabajadores oficiales, lo cual hizo en los siguientes términos:</i></p> <p><i>“ Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013 se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, ... ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca”.</i></p> <p>CONCLUSIONES INCLUIDAS EN LA SENTENCIA</p> <p><i>Si bien existía un precedente reiterado por las distintas Salas de Revisión en cuanto a la aplicación del principio de integralidad del régimen especial, en el sentido de que el monto de la pensión incluía el IBL como un aspecto a tener en cuenta en el régimen de transición, también lo es que esta Corporación no se había pronunciado en sede de constitucionalidad acerca de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el IBL no es un elemento del régimen de transición.</i></p> <p><i>En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquéllos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia.</i></p>

Aun cuando en esta oportunidad solo se analizan estas dos sentencias, existe otro pronunciamiento, al resolver la nulidad interpuesta contra de la tutela T-078 de 2014, en el que la Corte Constitucional reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013.

4.3 Defecto sustantivo

Se ha establecido que el “...defecto sustantivo¹ se presenta cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la Ley le reconocen, al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, entre otras, porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma empleada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”²

En ese sentido, la Sección Primera de esta Corporación, en sentencia de 5 de febrero de 2015³, sostuvo que el reconocimiento de un defecto sustantivo no implica que se esté desconociendo la autonomía judicial en la interpretación y aplicación normativa, precisándose que en el uso de dicha facultad, no le es dado a los jueces apartarse de las disposiciones establecidas en el texto constitucional o en la ley.

En el mismo proveído, y frente a la facultad interpretativa del juez, para aplicar el derecho, recogiendo lo que frente a este tema ha señalado la Corte Constitucional en sus pronunciamientos, indicó que los criterios para la configuración del defecto sustantivo son especialmente restrictivos, siendo circunscritos a cuando se observa una actuación abusiva del juez y flagrantemente contraria a derecho⁴.

1 Sentencia T-064 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

2 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 5 de febrero de 2015, Exp. No. 11001-03-15-000-2014-01864-01, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

3 Ídem. Se dijo entonces: “El reconocimiento de la ocurrencia de un defecto sustantivo no significa que se esté desconociendo la autonomía de las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, por el contrario, se reconoce y resalta la importancia del principio de autonomía e independencia judicial pero se pone de presente que, esa atribución que tienen los jueces, es reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la cual se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y por la jurisprudencia. Se precisa que, los jueces, pese a su autonomía para elegir las normas jurídicas pertinentes a un caso concreto y determinar su forma de aplicación, para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no les es dable apartarse de las disposiciones de la Constitución o la ley. En tal virtud, para administrar justicia deben sujetarse a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación, tales como, el de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, el de favorabilidad, pro homine, entre otros”

4 Se dijo “...la jurisprudencia ha restringido la configuración del defecto sustantivo cuando éste se estructura a partir de la interpretación que el juez ordinario ha dado a la disposición legal, debido a que, le está vedado al juez constitucional configurar el defecto sustantivo a partir de la elección realizada por el operador judicial, cuando la escogencia se ha efectuado entre interpretaciones constitucionalmente admisibles. Al respecto, en la sentencia T-1001 de 2001 la Corte explicó: ‘En materia de interpretación judicial, los criterios para definir la existencia de una vía de hecho son especialmente restrictivos, circunscritos de manera concreta a la actuación abusiva del juez y flagrantemente contraria al derecho. El hecho de que los sujetos procesales, los particulares y las distintas autoridades judiciales no coincidan con la interpretación acogida por operador jurídico a quien la ley asigna la competencia para fallar el caso concreto, o no la compartan, en ningún caso invalida su actuación ya que se trata, en realidad, de “una vía de derecho distinta” que, en consecuencia, no es posible acomodar dentro de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. De esta manera, queda a salvo, pues, el respeto por el principio democrático de la autonomía funcional del juez que reserva para éste, tanto la adecuada valoración probatoria como la aplicación razonable del derecho.’ Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, en especiales circunstancias sí se da la ocurrencia del defecto sustantivo por interpretación de normas, por lo que en la sentencia T-295 de 2005, determinó que: ‘(...) la interpretación indebida de normas jurídicas puede conducir a que se configure una vía de hecho por defecto sustantivo. Así, en la sentencia T-462 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) se expresó al respecto: “En otras palabras, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación

5. Análisis del caso concreto

(...)

3.4.1. Defecto sustantivo alegado

Como se observó en la descripción efectuada en el acápite de antecedentes, la autoridad judicial accionada reconoció la aplicación del precedente consagrado en la SU-230 del 2015, a efectos de aplicar lo relacionado con la edad y el tiempo de servicios para obtener la pensión de jubilación reclamada por la señora Raquel Lucía Franco Betancur, pero consideró que para efectos de establecer el Ingreso Base de Liquidación, era necesario acudir a las normas especiales y anteriores a la Ley 100 de 1993, de manera específica al Decreto 1045 de 1978, considerando para el efecto, una sentencia emitida por la Sección Segunda del Consejo de Estado del año 2010.⁵

En el sentir de este Juez Constitucional, la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Antioquia desconoce el derecho al debido proceso de la entidad accionante, en tanto tuvo como consecuencia que fueran inaplicadas las normas que resultaban pertinentes para la solución del conflicto expuesto en el proceso ordinario, tal y como fue determinado por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 del 2013 y SU-230 del 2015.

Así las cosas, con la decisión judicial atacada se produjo una escisión normativa no avalada por la jurisprudencia constitucional vinculante, dado que la razón de decisión expresada por el Tribunal Constitucional es clara en señalar que el ingreso base de liquidación no fue objeto del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que conllevó a que esta última disposición normativa fuera desconocida en preferencia de normas anteriores a la entrada en vigencia de la misma.

Se reprocha entonces en esta instancia de tutela, que el Tribunal accionado haya considerado que la aplicación de las decisiones emitidas por la Corte Constitucional en la materia, eran susceptibles de aplicación parcial, cuando dicha situación resulta plenamente contraria a la fuerza vinculante de las mismas, y a los derechos que se pretenden garantizar con ello, a saber, el debido proceso de quienes acuden ante la jurisdicción, así como a la igualdad y la seguridad jurídica⁶.

Por lo anterior, se encuentra establecido con la suficiencia necesaria, que en el presente caso el Tribunal Administrativo de Antioquia incurrió en un defecto sustantivo por dar aplicación a normas anteriores a la Ley 100 de 1993 –Decreto 1045 de 1978-, la cual resulta constitucionalmente inadmisibles, en tanto se determinó por la Corte Constitucional –en sentencia de constitucionalidad con efectos erga omnes, así como en una providencia con efectos unificadores- que para efectos de la determinación del ingreso base de liquidación, se debe acudir, incluso para los beneficiarios del régimen de transición, a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

En relación con lo expuesto en la sentencia cuestionada, en el sentido de dar aplicación a una decisión de esta Corporación de fecha 4 de agosto del 2010 para efectos de determinar el ingreso base de liquidación sin acoger el criterio de la Corte Constitucional, se considera si en dicho proveído se

final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva”.

5 Con ponencia del Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicado No. 2006-07509-01 (0112-09).

6 Adicional a ello, se debe señalar que la mencionada Corporación Judicial que el otorgar las prestaciones sociales por fuera de lo consagrado en la Ley 100 de 1993, implica un desconocimiento de las finalidades del sistema de seguridad social en pensiones, así como la coherencia del mismo y su estabilidad financiera.

bizo relación expresa a la necesidad de aplicar las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 a todos los requisitos para la liquidación de pensión, incluida la determinación del IBL, esta Sala Decisión considera que en el caso concreto los pronunciamientos C-258 del 2013 y SU-230 del 2015, -posteriores a la decisión del Consejo de Estado y vigentes para la fecha del proveído atacado en esta instancia constitucional-, son de aplicación prevalente, en tanto devienen, en el primero, de la función del control de constitucionalidad abstracto con efectos erga omnes, y el segundo, de la función de unificación del contenido de los derechos fundamentales consagrados en Texto Constitucional, el cual determina el sentido constitucionalmente aceptable de interpretación y aplicación de una determinada normativa en relación con la Constitución.

En este punto, resulta importante resaltar los efectos que el Texto Fundamental colombiano ha otorgado a los fallos emitidos por la Corte Constitucional, de conformidad con lo consagrado en el artículo 243 de dicho cuerpo normativo, sobre el cual se ha expresado:

“En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha precisado que de acuerdo a lo establecido en el artículo 243 de la Constitución Política, los fallos que la Corte Constitucional dicta en ejercicio del control jurisdiccional gozan de fuerza de cosa juzgada. Ello implica que las decisiones judiciales tomadas por la Corporación en cumplimiento de su misión de garantizar la integridad y la supremacía de la Constitución, adquieren valor jurídico y fuerza vinculante. En ese sentido, la cosa juzgada constitucional, además de proteger la supremacía normativa de la Carta, está llamada a garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, ya que por medio de esta figura, se garantiza que el órgano encargado del control constitucional sea consistente con las decisiones que ha adoptado previamente. La cosa juzgada constitucional ‘se predica tanto de los fallos de inexequibilidad como de los de exequibilidad, vincula a todas las autoridades -incluida la misma Corte Constitucional- y se extiende, por igual, al continente de la norma como a su contenido material -precepto o proposición jurídica en sí misma considerada’. No obstante, es la misma Corte quien determina los efectos de sus fallos, en razón a su labor de intérprete directa y autorizada de la Carta.”

En consecuencia de ello, se concederá el amparo al derecho al debido proceso solicitado por Pensiones de Antioquia, por lo que se dejará sin efectos la decisión adoptada en la sentencia del 20 de agosto del 2015, emitida en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 05001-33-31-006-2012-00355-00, Actor: Ranquel Lucía Franco Betancur.

De esta manera, se dispondrá que en el término de treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, se proceda a dictar sentencia de reemplazo en la cual se sigan, no solo los criterios expuestos en la parte considerativa del presente proveído, sino también las razones de decisión claramente expuestas por las sentencias C-258 del 2013 y SU-230 del 2015”.

Decisión: “AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso de Pensiones de Antioquia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 20 de agosto del 2015, emitida en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 05001-33-31-006-2012-00355-00, Actor: Ranquel Lucía Franco Betancur.

En consecuencia,

ORDENAR al Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Primera de Decisión en Descongestión – o a quien haga sus veces-, que dentro del término de treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, se proceda a dictar sentencia de reemplazo en la cual se sigan, no solo los criterios expuestos en la parte considerativa del presente proveído, sino también las razones de decisión claramente expuestas por las sentencias C-258 del 2013 y SU-230 del 2015.

NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Rocio Araujo Oñate

De no ser impugnada la presente providencia, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00426-00(AC)

Actor: DIANA LIZZETH LEÓN LOZADA

Demandado: NACIÓN, RAMA JUDICIAL, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, SALA ADMINISTRATIVA, DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE TUNJA Y OTRO

Asunto: Acción de Tutela – Primera Instancia. Fuero de estabilidad reforzada en casos de embarazo

Extracto: *“alcance de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad y se puntualizó, muy relacionado con el caso que ocupa a la Sala, lo siguiente:*

“Una vez establecidas las modalidades de protección efectiva del fuero de maternidad y habiendo dejado claro hasta este momento que: (i) la medida más efectiva del fuero de maternidad es el reintegro o renovación del contrato, y que (ii) en los casos en que el reintegro o la renovación se torna imposible desde el punto de vista fáctico, es procedente la medida de protección sustituta, es decir el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad, resulta pertinente hacer referencia, precisamente, a los casos en los cuales la Corte ha considerado que dicha medida de reintegro no procede: (Negrilla fuera de texto)

(...)

1. *Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba fue creado por la administración pública, para el desempeño puntual de funciones transitorias relativas a la eficacia, celeridad y mejoramiento de la función pública, como por ejemplo los cargos denominados de descongestión...¹*

(...)

Puede concluirse de las anteriores consideraciones que cuando pueda inferirse razonadamente que la conservación de la alternativa laboral de la mujer embarazada, mediante una orden de reintegro o renovación, es fácticamente imposible en un caso concreto debido a que han operado causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral: corresponde al juez de tutela aplicar la medida de protección sustituta correspondiente al reconocimiento de cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y el correlativo reconocimiento de la licencia de maternidad.

De lo anterior se colige que no siendo posible la reubicación de la mujer embarazada al cargo que ésta venía desempeñando, ello no significa que la misma pierda su protección constitucional, pues en estos casos, el juez de tutela debe garantizar la protección de los derechos fundamentales tanto a de la madre como del nasciturus, haciendo uso de las medidas de protección sustitutivas.

(...)

1 Ver la sentencia T- 633 de 2007.

En el sub lite la accionante consideró que la Nación – Rama Judicial, CSJ... Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja y Nueva EPS vulneraron sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y estabilidad laboral reforzada con ocasión de la desvinculación del cargo que venía desempeñando en provisionalidad en el Tribunal Administrativo de Boyacá, toda vez que el mismo fue suprimido al no prorrogarse las medidas de descongestión.

Encuentra la Sala que en una decisión de tutela de la Sección Primera de esta Corporación² en un caso con identidad fáctica al sub judicío³, se señaló que para que proceda la protección de la madre trabajadora gestante, solamente se requiere que ésta se encuentre en estado de embarazo o en licencia de maternidad al momento del despido. De otra parte, el conocimiento o no del empleador del estado de gravidez y el tipo de vinculación, solamente deben tenerse en cuenta para fijar el alcance de las medidas de protección.

Argumentación que fue igualmente compartida por la Sala de Decisión de la Sección Quinta, en la providencia del 17 de marzo de 2016 en la acción de tutela presentada por la señora Liseth Carolina Zúñiga Valera contra el Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Nacional de Administración Judicial, el Consejo Seccional de la Judicatura y la Dirección Seccional de Administración Judicial del Cesar; radicado con el número 20001-23-33-000-2016-00037-01.

En las mencionadas providencias, se indicó que la naturaleza del cargo de la accionante era transitorio, toda vez que su continuidad estaba ligada al éxito de las medidas de descongestión y a la disponibilidad presupuestal, razón por la que se asimiló tal situación a la figura del contrato de trabajo a término fijo y se señaló que el juez de tutela debía ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación.

Por lo anterior, en términos de la Sección Primera en el caso mencionado, se concluyó lo siguiente:

“Comoquiera que en el presente caso, tanto la entidad accionada como la Magistrada titular conocían el estado de embarazo de la actora, y la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, determinó la no continuidad del Despacho al que se encontraba vinculada la actora, no hay lugar a la reubicación, ni al pago de salarios dejados de percibir, sino que lo procedente es el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, basta tanto se adquiriera el derecho a la licencia de maternidad, conforme lo ordenó el Juez de Primer grado.

Lo anterior, por cuanto, si bien las causas del despido fueron legítimas, ello no indica que la actora no pueda ser objeto de medidas de protección, ya que, conforme se expresó con anterioridad, para que proceda el amparo solo es necesario que la accionante se encuentre en estado de gravidez al momento de su retiro⁴.

En ese mismo sentido, encuentra la Sala que la Sección Segunda de esta Corporación, en otro caso con identidad fáctica al planteado, en una acción de tutela, consideró lo siguiente:

2 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 18 de septiembre de 2014, Exp. No. 2014-00199-01, C.P: María Elizabeth García González.

3 En dicho caso, la controversia planteada versó sobre lo siguiente: la accionante manifestó que se desempeñaba en el cargo de Auxiliar Judicial en la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Santa Marta, hasta que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo núm. PSAA14-10156 de 30 de mayo de 2014, suprimió el Despacho en el que laboraba, razón por la que fue desvinculada de la Rama Judicial. Advirtió que con anterioridad a la mentada supresión, presentó una comunicación escrita a la Magistrada titular del Despacho y a la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta, en la que informaba acerca de su estado de embarazo, que según resultado de ecografía, registraba a la fecha, 6 semanas de embarazo.

4 Ibidem.

“Teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional frente a casos similares al de autos, se observa que aunque la medida de protección principal de las personas que están amparadas por el fuero de maternidad es el reintegro o a la renovación del vínculo laboral, dicha medida de protección en principio no es procedente cuando el cargo en descongestión que ocupa la mujer en estado de embarazo deja de existir.

*En efecto, si no existe el juzgado en el que la accionante trabajaba, si la persona que presidía el mismo ya no ostenta la condición de juez de dicho despacho, y el empleo que desempeña la peticionaria dejó de existir, no es posible el reintegro, máxime cuando las anteriores situaciones obedecen como antes se indicó, **a causas objetivas, generales y legítimas, como las que tuvo el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa para proferir el Acuerdo PSAA13-9897 de 2013.***

*En efecto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, cuando no es viable el reintegro como medida de protección principal del fuero de maternidad, es procedente ordenarle a la entidad accionada que adelante las gestiones pertinentes para reconocer a la peticionaria, de manera retroactiva e ininterrumpida, los aportes al Sistema de Salud correspondientes al período efectivamente laborado por ésta y al período de gestación posterior a la terminación de su vínculo laboral, con el fin de que el Sistema de Seguridad Social le garantice a futuro el reconocimiento y disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le asiste, así como la prestación **integral** del servicio de salud que requiere ella como su hijo que está por nacer”⁵*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala evidencia que en el caso objeto de estudio, mediante acuerdo No PSAA15-10413 de 30 de noviembre de 2015 se prorrogaron las medidas de descongestión, que incluían el cargo en provisionalidad de la tutelante, hasta el 31 de diciembre de 2015, sin que las mismas fueran prorrogadas nuevamente, razón por la cual ésta quedó desvinculada desde el primero de enero de 2016.

Así las cosas, en atención a los artículos 5º y 13 de la Constitución Política, y del criterio jurisprudencial señalado en la parte motiva de esta providencia, la actora goza de especial protección por su estado de embarazo, situación que puso en conocimiento de la Oficina de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Seccional Tunja⁶.

En consecuencia, se establece como medida de protección derivada del fuero de maternidad, el ordenarle a las autoridades demandadas que adelanten las gestiones pertinentes para reconocer a la peticionaria, de manera retroactiva e ininterrumpida, los aportes al sistema de salud correspondientes al período de gestación posterior a la terminación de su vínculo laboral y hasta tres meses después del parto, con el fin de que se le garantice a futuro el reconocimiento y disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le asiste y de los servicios de salud que requiera ella y su nasciturus.

No obstante, no hay lugar a la reubicación y al pago de los salarios dejados de percibir, toda vez que las causas de desvinculación de la accionante fueron legítimas, en la medida que la misma tenía conocimiento de que el cargo que ocupaba era transitorio, y que por lo tanto, la permanencia del mismo estaba supeditada a un límite de tiempo, el cual en el caso objeto de estudio, fue hasta el 31 de diciembre de 2015.

Por las razones antes expuestas, la Sala confirmará lo establecido en relación con la medida provisional decretada en el auto admisorio de la demanda, declarándola permanente y amparando así el derecho fundamental a la seguridad social, invocado en el escrito de la demanda de tutela, en cuanto al reconocimiento de los aportes al sistema de salud, con el fin de que se le garantice el reconocimiento

5 Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 18 de agosto del 2013, Exp. No. 25000-23-42-000-2013-00755-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve

6 Folio 8.

Rocio Araujo Oñate

y disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le corresponde, así como también de los servicios médicos que requiera ella y su nasciturus, y se negarán las demás pretensiones de la demanda.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala garantiza a la accionante los aportes al sistema de salud hasta 3 meses después del parto, atendiendo los criterios que se predicen del derecho a la licencia de maternidad”.

Decisión: “AMPARAR el derecho fundamental de la señora Dina Lizzeth León Lozada a la seguridad social.

Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR permanente la medida provisional decretada en el auto del 18 de febrero de 2016, en la cual se ordenó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura cancelar las cotizaciones a la Nueva EPS a la cual se encuentre afiliada la señora Diana Lizzeth León Lozada, desde el momento de su retiro hasta tres meses después del parto.

NEGAR las demás pretensiones de la demanda de tutela de la señora Diana Lizzeth León Lozada.

NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

RECONOCER personería adjetiva a la abogada Claudia Yiceth Eljaiek Orozco, para actuar en representación de la Rama Judicial - Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja, según poder visible a folio 49 del expediente

De no ser impugnada la presente providencia, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00873-01(AC)

Actor: COMUNIDAD MUISCA DE BOSA

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS

Asunto: Fallo de segunda instancia – Establece posición de la Sala en relación el requisito de subsidiaridad en acción de tutela que procura la defensa del derecho fundamental a la consulta previa- Derecho a la consulta previa de comunidades indígenas – El criterio de “afectación directa” como elemento para la obligatoriedad de la consulta previa – Concepto de territorio indígena indígena.

Extracto: “se confirma el amparo otorgado a la Comunidad Muisca de Bosa, por violación al derecho fundamental a la consulta previa y al debido proceso, de conformidad con las siguientes consideraciones:

(...)

- Se encuentra probada la vulneración al derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Muisca de Bosa, en relación con la expedición del Decreto Distrital 521 del 2006, sin que existan circunstancias suficientes en la actualidad para considerar que i) dicho procedimiento no era necesario en atención a la calidad de acto administrativo de carácter general y concreto, y por lo tanto, no afecta directamente a la parte accionante; o ii) que existen elementos de juicio para considerar que se ha configurado una carencia actual de objeto por hecho superado.

- No se tiene certeza en relación con la vinculación (en alguna de las condiciones descritas en la Directiva Presidencial 10 del 2013) de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa en los terrenos donde se proyecta la concreción del Plan Parcial “Campo Verde”, así como en los predios donde se construyen parqueaderos del Sistema Integrado de Transporte Masivo.

Ahora bien, considerando las situaciones expuestas en relación con la procedencia de la acción de tutela en casos como el sub lite, la Sala considera procedente modificar la decisión del 30 de marzo del 2016 dictada por el Tribunal Administrativa de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A” y correspondiente a la primera instancia del presente proceso, con el propósito de precisar las órdenes a emitir en la parte resolutive.

Ello teniendo en cuenta además todas las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la declaratoria de nulidad.

En este orden de ideas, el numeral 1º del fallo de primera instancia será modificado para disponer lo siguiente:

AMPARAR los derechos fundamentales a la consulta previa y al debido proceso de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa, ante la expedición del Decreto 521 del 2006.”

Decisión: “AMPARAR los derechos fundamentales a la consulta previa y al debido proceso de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa, ante la expedición del Decreto 521 del 2006.”

ADICIONAR a la sentencia del 30 de marzo del 2016 los siguientes numerales:

“SEGUNDO: SUSPENDER los efectos del Decreto Distrital 521 del 2006, por medio del cual se adoptó el Plan Parcial “El Edén – El Descanso, por lo que no podrán expedirse actos administrativo o realizarse

cualquier tipo de actuación tendiente a su desarrollo, ello hasta tanto se lleve a cabo, de conformidad con el procedimiento determinado en la Directiva Presidencia No. 10 del 2013, para efectos de la consulta previa con la Comunidad Indígena Muisca de Bosa en relación con el mencionado Plan Parcial.

TERCERO: ORDENAR al Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia que CONTINUE con el proceso de consulta previa iniciado, garantizando en todo momento la participación de los miembros de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa. Dicho proceso DEBERÁ contar con la vinculación de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., la cual, para el efecto, creará un equipo interdisciplinario con las dependencias encargadas, no sólo del diseño, proyección y/o asesoría técnica de planes parciales, sino también con aquellas que son responsables de los asuntos relacionados con consultas previas y derechos de las comunidades étnicas. A dicho proceso, también deberán ser vinculados la empresa METROVIVIENDA S.A. y el Instituto de Desarrollo Urbano IDU.

PARÁGRAFO PRIMERO: EXHORTAR a la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Planeación – Dirección de Planes Parciales, para que determine, con claridad suficiente, y así sea expuesto en el marco del proceso de consulta previa ordenado, su planificación en relación con el futuro de la ejecución del Plan Parcial “El Edén – El Descanso”, con el fin de establecer si el Decreto 521 de 2006, por medio del cual éste fue adoptado, será objeto de modificaciones o derogatoria. En caso de considerarse la modificación del mismo, se ADVIERTE a la citada entidad distrital, que estas deberán consultarse en forma previa con la Comunidad Muisca de Bosa, garantizando en todo momento la participación de la misma en la determinación de las modificaciones necesarias, y de forma concreta, aquellas que afecten directa y/o potencialmente el territorio de la Comunidad.

PARÁGRAFO SEGUNDO: ADVERTIR a los participantes del proceso de consulta previa, que el desarrollo del mismo sólo deberá versar sobre los asuntos que se deriven de la naturaleza propia del plan parcial como norma urbanística, y sólo sobre aquellos aspectos que potencial y/o directamente afecten el territorio de la comunidad indígena accionante.

Si no es posible llegar a un acuerdo con la Comunidad, la Dirección de Consulta Previa y las demás entidades vinculadas al proceso, junto con la Defensoría del Pueblo, Personería Distrital y la Procuraduría General de la Nación, deberán evaluar el impacto de este plan en la comunidad accionante, para determinar, en un tiempo racional, prudencial, que no puede prologarse más allá de tres (3) meses, las actuaciones que se deben acometer, a efectos de, como lo señala el Protocolo para las Consultas Previas, evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar la afectación que eventualmente pueda derivarse de la ejecución del plan parcial.

Por el contrario, si en la etapa de pre consulta se llega a la conclusión que dicho plan tiende a destruir a la comunidad o afectar seriamente su identidad cultural, la Personería Distrital deberá tomar las medidas para la garantía de los derechos de la accionante.

CUARTO: ORDENAR a la Personería Distrital verificar el cumplimiento de la anterior orden. En caso de no cumplirse, deberá tomar las medidas del caso para que se suspenda la operación del mencionado parqueadero y la construcción de la ciclo ruta, hasta tanto concluya el proceso de consulta.

QUINTO: ORDENAR a la Defensoría del Pueblo que en ejercicio de las funciones asignadas por el artículo 282 de la Constitución Política, asesore y acompañe a la Comunidad Indígena Muisca de Bosa de la ciudad de Bogotá en el proceso de consulta del plan parcial el “Edén – El Descanso”, para el cumplimiento efectivo del derecho fundamental que en esta providencia se protege.

SEXTO: EXHORTAR a la Procuraduría General de la Nación -Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos- Grupo de Asuntos Étnicos-, para que en ejercicio de sus funciones, vigile el adelantamiento de la consulta del plan parcial el “Edén – El Descanso”, con observancia de los derechos fundamentales de dicha comunidad y de conformidad con los parámetros señalados por el Tribunal Constitucional.’

REVOCAR el numeral 2 del fallo de primera instancia dictado el 30 de marzo del 2016, el cual negó el amparo en relación con el Plan Parcial Campo Verde y frente a la construcción de parqueaderos del Sistema Integrado de Transporte. En consecuencia, ADICIONAR a dicha providencia el siguiente numeral:

‘SÉPTIMO: ORDENAR al Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa, que en un término máximo de 8 días de la notificación de esta providencia, verifique con una visita en campo, la presencia o no de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa en los terrenos en donde se proyectó el Plan Parcial “Campo Verde”, para lo cual deberá tener en cuenta los criterios citados en el paso 3 de la etapa 1 de la Directiva Presidencial 10 del 2013, en especial, el relacionado con las costumbres o tradiciones en los predios a visitar; en especial, la alegada importancia del humedal La Isla, verificando si el territorio de la referida comunidad se extiende hasta dicho lugar.

Mientras dicha diligencia se practica, se ORDENA a METROVIVIENDA S.A., así como a las sociedades comerciales Constructora Bolívar S.A., Construcciones Marval S.A. y C. CONGOTE S.A, SUSPENDER EN FORMA INMEDIATA Y TRANSITORIA cualquier actividad que se desarrolle en los predios que componen el Plan Parcial “Campo Verde”, medida que se extenderá hasta que se emita el concepto por parte del Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa.

En caso en que se compruebe que la mencionada comunidad hace presencia en dicha área, el Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa DEBERÁ notificar inmediatamente a la autoridad distrital para que ésta proceda a SUSPENDER EN FORMA DEFINITIVA las obras que se estén realizando, en aras de iniciar el proceso de consulta previa, siguiendo el protocolo adoptado por la Directiva Presidencial 10 del 2013.

Igualmente, en relación con la construcción de parqueaderos del Sistema Integrado de Transporte en la Localidad de Bosa, y que presuntamente se desarrollan en territorios de la Comunidad accionante, la Alcaldía Mayor de Bogotá, a través de la dependencia correspondiente, INFORMARÁ dentro de las (48) siguientes a la notificación del presente fallo a la Dirección de Consulta Previa, la información suficiente y necesaria para establecer la ubicación de dichos predios, y ésta última, en un término no mayor a ocho (8) días siguientes al recibo de la información, REALIZARÁ visita de campo a efectos de verificar la presencia de la Comunidad Muisca de Bosa en ellos, siguiendo los mismos parámetros de la orden determinada en los párrafos precedentes.

PARÁGRAFO: Ambas de las visitas ordenadas, deberán contar con la presencia de la Comunidad accionante, así como de las demás entidades y terceros interesados y que manifiesten su deseo de ello.’

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

Con aclaración de voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Con aclaración de voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

ALBERTO YEPES BARREIRO

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00873-01(AC)

Actor: COMUNIDAD MUISCA DE BOSA

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS

“En el caso concreto se debió dar aplicación al artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, para emitir medidas transitorias de amparo que permitieran garantizar la protección del derecho conculcado a la Comunidad Muisca de Bosa, ello mientras se acudía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo

a efectos de demandar la nulidad simple de los decretos que fijaron los planes parciales cuestionados en sede de tutela.

La anterior conclusión la sustento en el siguiente razonamiento:

(i) Los Decreto Distritales 521 del 2006 y 113 del 2011, a través de los cuales se adoptaron los Planes Parciales “El Edén-El Descanso” y “Campo Verde”, son susceptibles del medio de control de nulidad simple, con la posibilidad de que en éste se soliciten las medidas cautelares, incluso de urgencia, que sean procedentes, con la ya reconocida eficacia de dichos medios para la protección de derechos fundamentales.

(ii) Se demostró que con la vigencia de los citados actos administrativos, se encontraba latente la ocurrencia de un perjuicio irremediable frente al derecho a la consulta previa de la Comunidad Muisca de Bosa, en tanto sólo dicha situación, ponía en riesgo los derechos a la identidad cultural y participación que se pretenden proteger a través de ésta.

En otras palabras, atendiendo el criterio de afectación directa que hace procedente la consulta previa, el cual como fue desarrollado en el proyecto, hace relación a la simple posibilidad de afectación de territorios de comunidades étnicas, la situación latente de la realización de las actividades que se permiten a través de los planes parciales arriba referidos, era prueba suficiente para considerar que nos encontrábamos ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable.

(iii) De lo anterior (existencia del mecanismo judicial idóneo, más la necesidad de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable), se concluye que la protección que se debió otorgar a la comunidad actora era de forma transitoria, en los términos del artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

De esta forma, la Sala hubiera garantizado los dos extremos en tensión que se evidenciaron al momento de estudiar el fondo del asunto, a saber, por un lado (i) la necesidad de garantizar el derecho a la consulta previa de la comunidad actora; y por el otro (ii) la preservación del contenido, idoneidad y eficacia de las acciones contencioso administrativas y de las competencias asignadas a juez de dicha jurisdicción, logrando así el equilibrio que, incluso el mismo constituyente, buscó al consagrar a la acción de tutela como un mecanismo residual, cuya procedencia será transitoria, a pesar de la existencia de otros instrumentos idóneos y eficaces, cuando resulte clara la necesidad de evitar un perjuicio irremediable.

En los anteriores términos presento mi aclaración de voto”.

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA
LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00873-01(AC)

Actor: COMUNIDAD MUISCA DE BOSA

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS

“(…) Las medidas cautelares, a mi juicio, no siempre resultan eficaces para garantizar la tutela judicial efectiva, como sí lo sería la acción de tutela como mecanismo transitorio, pues las primeras están sujetas al cumplimiento de una serie de requisitos para su procedencia y a unas formalidades para su decreto, ya que las normas contenidas en la Ley 1437 de 2011 son claras y concretas en establecer que estas podrán ser solicitadas desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso, lo que no quiere decir que el demandante esté exento de agotar el requisito de procedibilidad correspondiente.

Así mismo, en cuanto a la solicitud de medidas cautelares como situación que enerva el agotamiento del requisito de procedibilidad, el artículo 590 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA a los procesos contencioso administrativos, opera solamente en lo que sea compatible con su naturaleza. Por tal razón, al contemplar dicho estatuto jurídico de manera

especial y excluyente una especie del género medidas cautelares, como es la suspensión provisional, el mecanismo provisorio resulta totalmente ajeno a los procedimientos de la jurisdicción ordinaria regulados en el referido Código General del Proceso.

Abora bien, las medidas cautelares de urgencia que procederían a la luz del párrafo primero del artículo 590 del Código General del Proceso, que es el apoyo legal para relevar de la obligación de agotar el requisito de procedibilidad, corresponden, como lo manifesté en su momento, a las consagradas en los procesos de la jurisdicción ordinaria en tanto en ese estatuto jurídico se mencionan la inscripción de demanda sobre bienes sujetos a registro, el secuestro sobre bienes y derechos reales y el embargo, desarrolladas en el Libro Cuarto del nuevo Código General del Proceso, y pues, como es obvio, en las disposiciones que reemplazaron las normas del Procedimiento Civil no aparece referencia alguna a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, en la medida en que se trata de una medida cautelar propia y exclusiva del proceso contencioso administrativo.

(...) La Sección Quinta en esta oportunidad adecuó al tema de la consulta previa, creando una sub-tesis, por cuanto he abanderado la posición atinente a que sin distingo del asunto de que se trate, en caso de existir acto administrativo, las medidas cautelares contencioso administrativos no son per se mecanismos idóneos y eficaces frente al amparo, pero tampoco pueden ser descalificados ab initio frente a la tutela, porque, precisamente, cada caso debe ser analizado en su propio contexto fáctico, normativo, y probatorio, que permite al operador jurídico de la tutela tener la certeza de cuál para el caso subjúdice es el mecanismo (cautelar o tutelar) es medios de defensa idóneo para proteger los derechos fundamentales y proceder a las decisiones correspondientes”.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00593-01(AC)

Actor: DIANA CAROLINA CORREA BASTIDAS

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, DEPARTAMENTO DE SANTANDER, EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS Y POLICLÍNICA DE ECOPETROL HOSPITAL ISMAEL RINCÓN S.A.

Asunto: Fallo de segunda instancia – Inscripción ante la autoridad administrativa de las plazas disponibles para la prestación del servicio social obligatorio es responsabilidad de la institución – Confirma amparo.

Extracto: “(...) No niega la Sala que existe un procedimiento administrativo preciso – contenido en las Resoluciones 1058 de 2010 y 2358 de 2014, dictadas por el Ministerio de Salud y de la Protección Social –, el cual deben cumplir aquellas instituciones prestadoras de salud que aspiren a recibir, en este caso, médicos, para que allí presten su servicio social obligatorio. Así mismo, la Sección reconoce que la observancia de dicho procedimiento es ineludible, ya que busca la materialización de varios fines relevantes¹ y por eso fue consagrado en actos administrativos que gozan de presunción de legalidad.² Tales propósitos obedecen a que el servicio social en discusión sea prestado sólo en las instituciones que cumplan con unos requisitos mínimos. Así mismo, buscan que existan unas bases para la selección objetiva de los servidores.³

En sentido de lo expuesto en el párrafo anterior, es comprensible que el Departamento de Santander busque hacer efectivo el cumplimiento de las disposiciones que regulan la autorización de las plazas para la prestación del servicio social obligatorio. En tal orden de ideas, la Sala considera adecuado que la entidad territorial en cita se haya opuesto, inicialmente, a la certificación solicitada por la actora. Lo anterior, porque es claro que el Departamento actuó en cumplimiento de su deber legal, el cual hunde sus raíces en el artículo 6 de la Constitución Política.⁴

A pesar de lo anterior, esta Sección encuentra – en consonancia con lo expuesto por el fallador de primera instancia en el presente proceso constitucional – que la actora no es la llamada a sufrir las consecuencias del actuar de Ecopetrol, consistente en no tramitar la aprobación, ante las autoridades competentes, de las plazas que ofertó y asignó y, respecto de las cuales se desempeñaron materialmente unas labores durante un año.

Como se desprende de las pruebas enlistadas al comienzo del presente acápite, Ecopetrol desplegó unas actividades administrativas respecto de unas plazas para la prestación del servicio social obligatorio en la Policlínica Ismael Darío Rincón. Dichas labores consistieron, resumidas cuentas, en ofertar los cupos por su página de Internet, recibir y analizar las postulaciones, realizar un proceso de selección con todas sus etapas, escoger a unos aspirantes determinados, celebrar contrato de trabajo con ellos, mantenerlos laborando durante un año y expedir las certificaciones de terminación del servicio. De esa

1 En el caso de la medicina, la Corte Constitucional ha dicho que, dada su relación con la consecución de fines relevantes para la sociedad, es dable exigir mayores requisitos para su ejercicio. Ver sentencia C-109/2002, M.P. Jaime Araújo Rentería

2 Corte Constitucional. Sentencias T-109/2012, M.P. María Victoria Calle Correa y T-271/2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

3 De acuerdo a los artículos 13 de la Resolución 1058 de 2010 y 5 de la Resolución 2358 de 2014, la selección de los prestadores del servicio social obligatorio se realiza mediante sorteo y se orienta por los principios de transparencia e igualdad de condiciones para todos los aspirantes.

4 Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

forma, la sociedad en mención revistió de un manto de confiabilidad su conducta, la cual transmitió a la accionante. En otras palabras, puede afirmarse que Ecopetrol indujo a la actora a considerar que estaba prestando su servicio social en condiciones regularizadas.

Seguidamente, es viable afirmar que era Ecopetrol, y no a la señora Correa, la obligada a solicitar la autorización de las plazas en comento. Así mismo, si la empresa referida no contaba con dicha habilitación, no tenía por qué haber desplegado todo el aparataje de actuaciones señaladas en el párrafo anterior. En una sola expresión, no tenía por qué haber recibido personas, por su propia cuenta, para que prestaran el servicio social de rigor. Por tanto, la carga de su error, debe ser asumida por sí misma y no por la parte actora en este proceso, quien, tratándose de una entidad de la respetabilidad y prestigio de Ecopetrol, no tenía el deber de averiguar acerca de la confiabilidad de la convocatoria referida. En esa medida, fue Ecopetrol el que incurrió en el comportamiento que originó el inconveniente bajo estudio.

A alturas de lo argumentado, resulta necesario concluir que, dados los fundamentos fácticos que rodean al sub examine, la falta de certificación del servicio prestado por la parte accionante constituye una restricción desproporcionada de sus derechos. Lo anterior, por cuanto si bien es legítimo que la administración exija determinados requisitos para acceder al título de idoneidad en la carrera de medicina, no es legítimo que la actora no acceda a que la autoridad departamental accionada no le apruebe el cumplimiento de ese requisito por una conducta que no le es atribuible y, menos aún, habiendo obrado ella de buena fe en todo momento.

Lo expuesto indica que procede mantener la medida tutelar dictada por el fallador de primera instancia, consistente en que el Departamento de Santander certifique que la señora Correa prestó efectivamente su servicio social obligatorio. No obstante, debe aclararse que la orden se da directamente al Departamento, no porque este sea el efectivo vulnerador de los derechos fundamentales de la parte actora. En efecto, el ente desconocedor de tales derechos es Ecopetrol, de acuerdo a lo considerado hasta el momento. En ese entendido, la decisión recae sobre la entidad territorial en mención porque este es el competente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14 de la Resolución 2358 de 2014, para resolver “las peticiones relacionadas con la vinculación, exoneración, convalidación y cumplimiento del Servicio Social Obligatorio, que se originen en plazas ubicadas en sus respectivos territorios”.

Resta señalar que la sentencia impugnada inaplica para el caso el párrafo único del artículo 7 de la Resolución 2358 de 2014 que señala “Las plazas que no sean reportadas por parte de las Direcciones Departamentales de Salud o de quienes hagan sus veces [...] no serán válidas para el cumplimiento del Servicio Social Obligatorio -SSO”. Sin embargo, no justifica por qué, aunque era necesario que señalara tales razones.

Al respecto, es de advertir que tal inaplicación no es procedente. Lo anterior, por cuanto el artículo 4 constitucional establece que una norma puede ser inaplicada sólo cuando es incompatible con los mandatos superiores, pero no cuando resulte desfavorable a un caso en particular. En ese sentido, si bien la decisión recurrida acude a normas de rango superior, como el artículo 83 (buena fe), postulado bajo el cual actuó la demandante, tal circunstancia no implica que la norma que impone el deber de cumplir el requisito de que se trata sea inconstitucional.

De conformidad con lo examinado, se confirmará el fallo recurrido, en lo que se refiere a la orden dada al Departamento de Santander y se revocará el numeral primero de la parte resolutive de dicha sentencia.

3.2. El derecho fundamental de petición⁵

El derecho de petición, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, se traduce en la facultad que tienen los ciudadanos de formular solicitudes respetuosas para obtener información o de pedir copias de documentos no sujetos a reserva, a las autoridades correspondientes o a los particulares, y obtener una pronta y completa respuesta a sus inquietudes.

La naturaleza de este derecho está establecida en la Constitución de 1991 como de aplicación inmediata, dada su pertenencia al ámbito de los derechos inherentes a la persona y su relevancia para la participación de la misma, así como para asegurar el cumplimiento de las funciones constitucionales y legales, al igual que los deberes sociales del Estado y la posibilidad de hacer realizables otros derechos fundamentales.⁶

Diversos pronunciamientos de orden constitucional han definido los presupuestos esenciales del derecho de petición así: i) la posibilidad de formular peticiones respetuosas, por motivos de interés general o particular y ii) la obtención de una pronta resolución del asunto puesto en consideración. Esos componentes del derecho de petición son inescindibles. En ese sentido, su goce y satisfacción se realiza una vez ambos aspectos se verifiquen. Por lo tanto, el derecho se concreta en la formulación de una petición, pero se efectiviza con la resolución pronta y material, independientemente de si la respuesta resulta o no favorable a los intereses de quien la formula.⁷

De igual forma, para que se garantice el cumplimiento del derecho de petición no basta la resolución efectiva, sino que es necesario que ésta se dé a conocer al interesado. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

Una vez tomada la decisión, la autoridad o el particular no pueden reservarse su sentido, para la efectividad del derecho de petición es necesario que la respuesta trascienda el ámbito del sujeto que la adopta y sea puesta en conocimiento del peticionario; si el interesado ignora el contenido de lo resuelto no podrá afirmarse que el derecho ha sido observado cabalmente.⁸

Lo anterior, no sólo indica su importancia en el ámbito jurídico, sino también que esta trasciende considerablemente al nivel social, pues es este el mecanismo de interacción entre las entidades y el particular, y su desconocimiento traería consigo inseguridad jurídica y desconfianza en la administración.

Sobre el particular, a través de la Ley Estatutaria 1755 del 30 de junio del 2015, se reguló el derecho constitucional de petición y se sustituyó un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normatividad que entró en vigencia a partir de la fecha de su publicación.

En atención a la fecha de la petición radicada por la señora Correa ante la parte accionada, se entiende que las solicitudes se pidieron en vigencia de la Ley 1755 de 2015, norma aplicable al caso.

Es de advertir que la Sala encuentra que el Departamento de Santander no acreditó haber contestado la solicitud radicada por la actora el 4 de mayo del presente año. Así mismo, es de señalar que el asunto no fue objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo de Santander en el

5 El acápite reitera lo dicho a partir del siguiente fallo: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 16 de marzo de 2012, Expediente No. 2011-01980-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Así mismo, Sentencia del 23 de junio de 2016, Expediente No. 2016-736-01, C.P. Rocío Araújo Oñate

6 Corte Constitucional. Sentencias T-552/1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-542/2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-451/2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto

7 Corte Constitucional. Sentencias T-495/1992, M.P. Ciro Angarita Barón; T-010/93, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein; T-392/1994, M.P. Jorge Arango Mejía; T-392/95, M.P. Fabio Morón Díaz, y T-291/1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell

8 Corte Constitucional. Sentencia T-529/1995, M.P. Fabio Morón Díaz

fallo recurrido, a pesar de que la accionante invocó como desconocido, desde un principio, su derecho fundamental de petición.

En entendido de lo expuesto en el párrafo precedente, al no haberse arrimado al expediente la respuesta a la solicitud en comento, a pesar de que la referida entidad territorial tuvo la oportunidad para manifestarse por escrito durante el trámite de la presente acción constitucional, y al declarar la parte actora que durante las gestiones que realizó ante el referido Departamento se le dieron respuestas apenas verbales, afirmación que dicha autoridad no controvertió dentro de esta acción, es necesario concluir que el derecho fundamental de petición de la señora Correa fue vulnerado.”

Decisión: “REVOCAR el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia del 23 de junio de 2016, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Santander inaplicó el artículo 7 de la Resolución 2358 de 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

CONFIRMAR la orden contenida en el numeral segundo del resuelve de la sentencia impugnada, de acuerdo a lo considerado en el presente proveído, en el sentido de AMPARAR el derecho fundamental de petición de la señora DIANA CAROLINA CORREA BASTIDAS, el cual debe ser garantizado a través de la respuesta que el Departamento de Santander le dé a la mencionada persona, en cumplimiento de las órdenes dadas por el Tribunal Administrativo de Santander en el numeral segundo de la parte resolutive de la decisión judicial objeto del recurso desatado a través del presente fallo.

ENVIAR a la Corte Constitucional el expediente de esta acción de tutela para su eventual revisión.

NOTIFICAR el presente fallo a las partes y a los vinculados, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02171-01(AC)

Actor: NACIÓN, CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “C”

Asunto: Fallo de segunda instancia – confirma decisión de amparo – análisis del defecto sustantivo derivado del desconocimiento del artículo 90 de la Constitución Política – estudio sobre hecho nuevo, reitera posición de la Sección.

Extracto: “Con fundamento en el marco normativo y conceptual expuesto, corresponde a la Sala abordar en forma concreta los argumentos expuestos por el impugnante, los cuales se sintetizan así:

i) La parte demandada sustentó la acción de tutela con argumentos nuevos, que no expresó en su momento en el trámite del proceso ordinario.

ii) El juez constitucional incurrió en una vía de hecho violatoria del derecho al debido proceso, dado que vulneró el principio de autonomía de los jueces, consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política.

iii) La sentencia de tutela impugnada vulnera el derecho fundamental a la seguridad jurídica del que es titular Goodyear de Colombia S.A., por cuanto no tuvo en cuenta el alcance del artículo 90 de la Constitución Política que consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado y el daño antijurídico que se le ocasionó a la sociedad, con el pago del impuesto posteriormente declarado inconstitucional;

iv) Tanto el juez ordinario como el de tutela, coinciden en que “el Congreso de la República cometió un error que produjo la inconstitucionalidad de la norma que estableció la TESA”, siendo un mandato constitucional que el Estado responda patrimonialmente por los perjuicios que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

(...)

3.4.2. Desconocimiento de los principios de autonomía del juez ordinario y seguridad jurídica – análisis de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador a la luz de lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política

Por guardar íntima relación, la Sala analizará en forma conjunta los argumentos tercero y cuarto de la impugnación.

Para abordar el estudio del desconocimiento de estos principios, la Sala pone de presente que los artículos 228 y 230 superiores confieren al juez autonomía, potestad que legitima las decisiones que profiere, de tal manera que efectivamente la acción de tutela no puede constituirse en una tercera instancia que se pueda emplear para que se revise lo definido por el juez natural de la especialidad.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 del 8 de junio 2005¹, reiterada en varios pronunciamientos posteriores, advirtió que el valor de cosa juzgada de las sentencias y la

1 Corte Constitucional, Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público no se opone a que, en supuestos sumamente excepcionales, la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales.

Dado el carácter residual y excepcional sólo procede si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad, ampliamente desarrollados por la Corte Constitucional y acogidos por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia del 5 de agosto de 2014². Al resultar procedente la tutela contra providencia judicial en los precisos términos establecidos, si se demuestra en el caso concreto la existencia de un defecto sustantivo, los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada deben ceder ante la supremacía del derecho fundamental al debido proceso, cuya protección en sede de tutela se tornaría imperativa.

Ello impone a la Sala la obligación de estudiar los siguientes ejes temáticos; (i) Principales lineamientos de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador; (ii) Consideraciones expuestas por la autoridad accionada en la sentencia censurada y análisis del defecto sustantivo en el caso concreto por no concurrencia de los requisitos de la responsabilidad que se derivan del artículo 90 de la Constitución Política.

(i) Principales lineamientos de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador

En una en una primera etapa, la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que se podía declarar la responsabilidad del Estado – Legislador bajo la consideración que el hecho dañino fuera la promulgación de la Ley, lo cual procedía a título de riesgo excepcional o por violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas, siempre y cuando el legislador asintiera, así sea en forma tácita, sobre la reparación del daño³.

Con posterioridad a ello, en sentencia del 2 de febrero de 1995⁴ la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo la tesis la falta de responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes, por considerar que el ejercicio de la soberanía no podía relacionarse con la existencia del daño antijurídico.

Esta misma línea de pensamiento se mantuvo en la sentencia dictada por la Sala Plena de esta Corporación, en la sentencia del 13 de diciembre de 1995⁵, en la que se consideró que no era posible deducir la responsabilidad del Estado por el hecho de la Asamblea Nacional Constituyente, por los actos y decisiones adoptadas por ese cuerpo.

(...)

Al abordar el estudio de la evolución de la responsabilidad por el hecho del legislador, resulta importante resaltar la sentencia del 23 de febrero de 2012⁶, de la Sección Tercera del Consejo de Estado que condenó a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al considerar, entre otras cosas que, “En el sistema jurídico colombiano el artículo 90 superior no excluye a autoridad pública alguna del deber de reparar los daños antijurídicos imputables a su acción o a su omisión, razón por la cual cabe entender comprendidos en el enunciado del referido canon constitucional a los autores de normas generales, impersonales y abstractas que ocasionen perjuicios de dicha índole”.

(...)

2 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (I), Acción de tutela-Importancia jurídica, Actor: Alpina Productos Alimenticios. M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

3 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de octubre de 1990. M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

4 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de febrero de 1995, Exp. No.9273.

5 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 13 de diciembre de 1995, M.P. Diego Younes Moreno.

6 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de febrero de 2012. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Del recuento realizado por la Sala se advierte que se ha deducido responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, en eventos como: (i) La tensión que se presenta al incorporar un tratado internacional que genera un desequilibrio entre las cargas públicas; (ii) Cuando se demuestra la existencia de un daño antijurídico imputable al legislador, con independencia de la declaratoria de inexecutable de la norma; (iii) Cuando se declara la inexecutable de una norma, existiendo en este evento divergencia de criterios al interior de la Corporación en consideración que un sector considera que sólo es posible edificar el juicio de responsabilidad cuando la Corte le confiere efectos retroactivos al fallo, mientras que otro lo considera posible con independencia de los efectos.

(ii) Consideraciones expuestas por la autoridad accionada en la sentencia censurada y análisis del defecto sustantivo en el caso concreto por no concurrencia de los requisitos de la responsabilidad que se derivan del artículo 90 de la Constitución Política

Corresponde a la Sala estudiar las consideraciones expuestas por la autoridad accionada en la sentencia del 26 de marzo de 2014, que la llevaron a declarar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, a efectos de establecer si se incurrió en el defecto sustantivo alegado por desconocimiento del artículos 90 de la Constitución Política.

*En el fallo censurado la responsabilidad del legislador se edificó sobre la base de considerar que “nadie está obligado a soportar las consecuencias adversas de una norma que nació a la vida jurídica contrariando la Constitución, pues ello sería desdibujar el principio de la supremacía constitucional, que constituye la piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico. No cabe duda que la expedición de una norma con tales características y que luego es declarada inexecutable, **constituye per se una falla en el servicio que puede generar un daño antijurídico** y ello se dice, por cuanto los ciudadanos - y es apenas lógico-, esperan legítimamente, con base en el principio de confianza legítima, que el legislador expida normas que se ajusten al texto constitucional”. (Resaltado fuera de texto).*

En el fallo se hizo expresa referencia al artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, para precisar que los efectos hacia el futuro de las sentencias de inexecutable no son óbice para que pueda accederse a la reparación del perjuicio, toda vez que una cosa es la intangibilidad de la situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad y otra el deber que tiene el legislador de reparar el daño que ha causado con su actuación.

Lo anterior para precisar que si bien en el caso concreto “la declaratoria de inexecutable de la norma es posterior a su expedición, desde un comienzo devino en inconstitucional, comoquiera que la contradicción frente a la Carta Política siempre estuvo presente, por lo tanto cualquier daño originado en su aplicación tiene el carácter de antijurídico, y por lo tanto es indemnizable”.

Reiteró que “la declaratoria de inexecutable equivale a la falla en el servicio, sin importar si la misma obedece a razones de forma o de fondo, toda vez que en ambos casos el legislador infringió una norma de orden superior”. (Resaltado fuera de texto)

Con fundamento en lo anterior, la Sección Tercera – Subsección “C” del Consejo de Estado, en la providencia que se revisa en sede de tutela concluyó que “los daños provenientes del hecho de la ley –bien por omisión legislativa, por la ley executable o constitucional, y por la ley declarada inexecutable, con independencia de los efectos del fallo del tribunal constitucional– son de naturaleza antijurídica y, consecuentemente, reparables de manera integral a la luz del artículo 16 de la ley 446 de 1998”.

*A la luz de las anteriores consideraciones concluyó que el daño era antijurídico y que ante la declaratoria de inexecutable de la norma resultaba **automáticamente** imputable al legislador, a título de falla en el servicio.*

Del análisis de las consideraciones expuestas por el juez ordinario se advierte que la responsabilidad en el caso concreto, se dedujo exclusivamente con la decisión de la Corte Constitucional de declarar inexecutable la norma que establecía el tributo, es decir el daño antijurídico y la imputación tuvo ese único soporte.

*En consecuencia, la Sala considera necesario analizar si resulta si la declaración de inexecutable de una norma implica per se la responsabilidad del Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, que consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado colombiano en los siguientes términos: “ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos** que le sean **imputables**, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”. (Negrilla fuera de texto)*

Es así como, al tenor de la referida disposición para que surja la responsabilidad patrimonial del Estado, debe configurarse un daño antijurídico y una imputación –fáctica y jurídica–, requisitos que deben estar plenamente acreditados en el proceso.

En relación con el primer presupuesto de la responsabilidad referido a la antijuridicidad del daño, Eduardo García de Enterría considera que para que la lesión sea resarcible se requiere que el detrimento patrimonial sea antijurídico, calificación que implica que “(...) el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva)”⁷.

Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana ha definido el daño antijurídico como “(...) aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar”⁸.

Para la Sección Tercera de esta corporación, “El concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”⁹, lo que impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable”¹⁰.

(...)

3.4.3. Reconocimiento del error por parte de los operadores judiciales

El impugnante afirma que tanto el juez ordinario como el de tutela coinciden en que “el Congreso de la República cometió un error que produjo la inconstitucionalidad de la norma que estableció la TESA”, siendo un mandato constitucional que el Estado responda patrimonialmente por los perjuicios que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Sin embargo, no precisó cómo este reconocimiento tiene la posibilidad de afectar el sentido de la decisión adoptada por el juez de tutela, en relación con el carácter jurídico del daño.

El debate en sede de tutela se centró en el desconocimiento por parte del juez de la reparación directa de la norma constitucional que exige la antijuridicidad del daño y la imputación del mismo al legislador, como presupuesto sine qua non para la reparación, sin que el tema puesto de presente tenga la posibilidad de alterar el sentido de la decisión.

7 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, TOMÁS, Ramón, “Curso de derecho administrativo Tomo II”, Pamplona, Civitas 2006, p. 382.

8 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-100 de 2001, M. P, Martha Victoria Sánchez Méndez.

9 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección “A”. Sentencia del (26) de mayo de dos mil once (2011), C.P. Hernán Andrade Rincón, Radicación: 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097)

10 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección “C”, Sentencia del doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación número: 66001-23-31-000-2006-00672-01(40802)

En virtud de lo anterior, los argumentos expuestos en sede de impugnación no tienen la entidad suficiente para modificar la decisión de amparar el derecho al debido proceso de la Nación – Congreso de la República, el que se encuentra conculcado por la incursión por parte de la autoridad accionada en defecto sustantivo por desconocimiento del artículo 90 de la Constitución Política, en los términos que se dejaron expuestos, –se reitera– al no concurrir en el caso concreto los elementos de la responsabilidad referidos a la existencia del daño antijurídico y la posibilidad de imputarlo al Estado – Legislador.

Es así como, teniendo en cuenta la situación fáctica analizada y el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala considera que en el presente caso concurren los requisitos para conceder el amparo del derecho fundamental al debido proceso invocado por las entidades accionantes.

Esta Sección ha considerado que cuando la causa, motivo o razón a la que se atribuye la transgresión es de tal entidad que incide directamente en el sentido de la decisión que es objeto de la acción de tutela, resulta necesario amparar los derechos fundamentales involucrados en la demanda y tal situación ocurre indudablemente cuando se desconocen normas jurídicas y por ende, se incurre en defecto sustantivo, como acaeció en el vocativo de la referencia.

Lo anterior sin desconocer la competencia asignada a la autoridad judicial para interpretar y aplicar las normas jurídicas al caso concreto, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, que esta Sección ha defendido, en garantía de principios como el de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, pero bajo la premisa de que esta no es absoluta, en tanto se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido que en este caso está consagrado en una norma constitucional.”

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia del 7 de abril de 2016, por medio del cual el Consejo de Estado - Sección Cuarta concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso de la Nación - Congreso de la República y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, con las precisiones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00532-01(AC)

Actor: NACIÓN, MINISTERIO DEL INTERIOR

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “A”

Asunto: Fallo de segunda instancia – Confirma negativa del amparo solicitado por la entidad accionante – Reitera criterio de la Sección Quinta del Consejo de Estado en relación con la idoneidad del recurso extraordinario de revisión (Sentencia del 3 de agosto del 2015, Radicación 11000-03-15-000-2014-04393-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro)

Extracto: “4.2 Problema jurídico No. 1: *¿Resultó acertada la decisión adoptada por la Sección Cuarta de esta Corporación, al determinar la improcedencia de la acción de la presente acción de tutela en atención a la falta de interposición del incidente de nulidad, así como de la procedencia del recurso de revisión?*”

Para la Sala, resulta imperioso señalar que es procedente confirmar la improcedencia de la presente acción de tutela, en la medida en que la entidad accionante cuenta con el recurso extraordinario de revisión en contra de la sentencia que ahora cuestiona en sede de amparo.

Lo anterior, en la medida en que el cargo que eleva en su escrito, se enmarca dentro de la causal establecida en el numeral 5º del artículo 250 de la Ley 1437 del 2015, a saber:

“Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”.

Al respecto, se debe indicar que la sentencia dictada por el Consejo de Estado del 22 de octubre del 2015, solamente fue conocida por el Ministerio accionante con el oficio obrante a folio 9 del expediente de tutela, el cual corresponde al No. A-2015-2109-O de fecha 13 de noviembre del 2015, suscrito por un oficial mayor de la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación, a través del cual se remitió copia al Ministerio del Interior de la providencia referida, siendo efectivamente radicada en las oficinas de dicho ente ministerial el 25 de octubre del 2015 bajo número EXMI15-0062259.

Así las cosas, al ser la sentencia la única actuación en la cual se hizo mención a la responsabilidad del Ministerio del Interior frente a los hechos alegados por los demandantes en el proceso de reparación directa, la misma adolecería de la nulidad que se fundamenta en el cargo que ahora se expone en sede constitucional de tutela, situación que debe ser resuelta por el juez competente para conocer del recurso extraordinario de revisión, en la medida en que la irregularidad alegada ocurrió al momento de expedirse el fallo que desató la litis propuesta en el marco del proceso ordinario, el cual, al ser de segunda instancia, no es susceptible del recurso de apelación.

Sobre la causal señalada, es de resaltar que la esta Corporación¹ ha expuesto:

“IV. La nulidad originada en la sentencia como causal de revisión

7. *La nulidad originada en la sentencia, como causal de revisión, está instituida para atacar las irregularidades procesales generadas en ella, ya que se trata de un acto*

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Catorce Especial de Decisión. Sentencia del 5 de abril del 2016. C.P. Danilo Rojas Betancourt. Radicación: 110010315000 2008 00320 00

jurídico sujeto al cumplimiento de precisas ritualidades que de ser desoídas y “ante la improcedencia de recursos ordinarios contra ella subsistirían groseramente”².

8. *Para la configuración de esta causal, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado algunos requisitos. El primero es que el vicio se presente en la sentencia y no durante el trámite del proceso, pues en tal caso debe alegarse por el interesado durante las oportunidades previstas en el artículo 140 del C.P.C., “sin perjuicio del deber que el artículo 145 ibidem, impone al juez de declarar de oficio las nulidades insaneables que observe antes de dictar sentencia”³.*
9. *La regla precedente no excluye, claro está, “la posibilidad de alegar como nulidad originada en la sentencia aquella que, aunque ocurrida en momento anterior a la emisión del fallo definitivo no apelable, no pudo ser advertida por el recurrente durante el curso del proceso”⁴.*
10. *En este último caso, sin embargo, como también lo ha advertido la Sala Plena de esta Corporación, “el afectado tiene la carga de probar que no tuvo la oportunidad de proponer la nulidad. De lo contrario, la causal de revisión se convertiría en un mecanismo para que las partes subsanen las omisiones en el proceso ordinario y aleguen nulidades que pudieron proponer en la oportunidad prevista en el artículo 142 C.P.C.”⁵.*
11. *El segundo requisito consiste en que la sentencia presente un vicio grave o insaneable que afecte su validez. La jurisprudencia de esta Corporación ha identificado los siguientes defectos como causantes de nulidad en la sentencia⁶:*
 - 11.1. *Dictarse sentencia a pesar de la terminación previa del proceso por desistimiento, transacción o perención, porque revive un proceso legalmente concluido.*
 - 11.2. *Dictarse sentencia cuando el proceso se encuentra suspendido.*
 - 11.3. *Dictarse sentencia sin las mayorías necesarias para la decisión, por la firma de más o menos jueces de los requeridos legalmente.*
 - 11.4. *Pretermitir la instancia, por ejemplo: (i) al proferir una sentencia sin motivación; (ii) violar el principio de la non reformatio in pejus (como cuando se condena al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda o por causa distinta a la invocada) o (iii) proferir sentencia condenatoria contra un tercero que no fue vinculado al proceso.*
 - 11.5. *Decidir aspectos que no corresponden, por falta de jurisdicción o competencia del juez.*

2 Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 3 de abril de 1999, exp. 6390, C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora, reiterada en las sentencias de 17 de abril de 2013, exp. 1164-08, C.P. Gustavo Gómez Aranguren y de 20 de octubre de 2009, rad. 2003-00133-00(REV), C.P. Enrique Gil Botero.

3 Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de marzo 2 de 2010, rad. 2001-0091-01. C.P. Mauricio Torres Cuervo, reiterada en las sentencias 15 de mayo de 2014, rad. 2004-01432-01(18740), C.P. Hugo Fernando Bastidas y de 7 de abril de 2015, rad. 2013-02724-00(REV), C.P. Jorge Octavio Ramírez.

4 *Ibid.*

5 Consejo de Estado. Sala Plena, sentencia de agosto 6 de 2013, rad. 2009-00687-00, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, reiterada en la sentencia de 7 de abril de 2015, rad. 2013-02724-00(REV), C.P. Jorge Octavio Ramírez.

6 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias de 11 de mayo de 1998, rad. REV-093; de 18 de octubre de 2005 rad. 2000-00239, de 20 de octubre de 2009, rad. REV-2003-00133; y de sentencia de 7 de abril de 2015, rad. 2013-02724-00(REV), C.P. Jorge Octavio Ramírez; Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 11 de junio de 2009, rad. 836-06; y Sección Primera, sentencia de 14 de diciembre de 2009, rad. 2006-00123.

11.6. *Proferir sentencia con fundamento en una prueba obtenida con violación del debido proceso.”*

También se ha admitido por la Sala Plena de esta Corporación, que la sentencia es intrínsecamente nula, cuando la legalidad de la decisión está viciada, entre otros supuestos excepcionales, por los siguientes⁷:

- i. Cuando se profiere sentencia condenatoria contra un tercero que no fue vinculado al proceso.*
- ii. Cuando la sentencia no cuenta con el número de votos necesarios para su aprobación.*
- iii. Cuando la sentencia carece de motivación formal y material.*

*Igualmente, en relación con la causal del recurso extraordinario de revisión de **nulidad originada en la sentencia** (numeral 6° del artículo 188 del C.C.A. y numeral 5° del artículo 249 del CPACA), la Sala Plena de lo Contencioso⁸ en sentencia de 25 de noviembre de 2008, indicó que las nulidades procesales no pueden confundirse con las que se originan en la sentencia, pues mientras las primeras se estructuran cuando se dan los motivos consagrados taxativamente en el artículo 140 del CPC hoy 133 del CGP; las segundas deben interpretarse restrictivamente con unos determinados supuestos fácticos que esta Corporación ha precisado y que conducen a determinar que la nulidad originada en la sentencia puede ocurrir, en principio, en los siguientes eventos⁹:*

- a) Cuando el Juez provee sobre asuntos respecto de los cuales carece de jurisdicción o competencia;*
- b) Cuando, sin ninguna actuación, se dicta nuevo fallo en proceso que terminó normalmente por sentencia en firme;*
- c) Cuando sin más actuación, se dicta sentencia después de ejecutoriado el auto por el cual se aceptó el desistimiento, aprobó la transacción, o, declaró la perención del proceso, pues ello equivale a revivir un proceso legalmente concluido;*
- d) Cuando se dicta sentencia como única actuación, sin el trámite previo correspondiente, toda vez que ello implica la pretermisión íntegra de la instancia;*
- e) Cuando el demandado es condenado por cantidad superior, o por objeto distinto del pretendido en la demanda, o por causa diferente de la invocada en esta;*
- f) **Cuando se condena a quien no ha sido parte en el proceso, porque con ello también se pretermite íntegramente la instancia;***
- g) Cuando, sin más actuación, se profiere sentencia después de ocurrida cualquiera de las causas legales de interrupción o de suspensión o, en estos casos, antes de la oportunidad debida”. (Subrayado propio)*

7 Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de agosto 6 de 2013. Radicado: 11001-03-015-000-2009-00687-00. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

8 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 25 de noviembre de 2008, Radicación No. 2003-00135-01. Recurrente: Jaime Lozada Perdomo. Actor: Luis Gerardo Ochoa Sánchez. Recurso Extraordinario Especial de Revisión de Pérdida de Inestabilidad.

9 Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias de 11 de mayo de 1998, Rad. REV-093, de 18 de octubre de 2005, Rad. 2000-00239; Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 11 de junio de 2009, Rad. 836-06; y Sección Primera, sentencia de 14 de diciembre de 2009, Rad. 2006-00123.

Así las cosas, resulta forzoso concluir que en el presente caso, ante la existencia de un mecanismo judicial de defensa de los intereses de la entidad accionante, lo cierto es que el juez constitucional no puede pronunciarse sobre el fondo de la pretensión de amparo, en la medida en que ello implicaría reemplazar al juez ordinario.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que según escrito radicado el 30 de agosto de 2016, la parte accionante interpuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia censurada, siendo en consecuencia aquel el medio idóneo para controvertirla.

Es de resaltar igualmente, que esta Sección en fallo del 3 de agosto del 2015, con ponencia del Consejero Alberto Yepes Barreiro (Radicación: 11000-03-15-000-2014-04393-01), efectuó la siguiente consideración en relación con la idoneidad y eficacia del recurso extraordinario de revisión en casos como el que ahora avoca el conocimiento de la Sala, en los siguientes términos:

“2.5.4.2. La Corte Constitucional frente a la idoneidad y eficacia del recurso extraordinario de revisión como medio de defensa frente al desconocimiento de derechos fundamentales originado en un fallo judicial, ha considerado que estos atributos no pueden descartarse solo por el carácter excepcional del recurso o por el carácter taxativo de sus causales de procedencia. Por el contrario, “debe considerarse que el legislador lo ha diseñado como mecanismo para evitar, aun luego de su ejecutoria, que persistan dentro del ordenamiento jurídico sentencias que vulneren el debido proceso, o que no se ajusten al derecho y a la Constitución”¹⁰.

Así pues, “la idoneidad del recurso debe determinarse teniendo en cuenta el derecho fundamental que el accionante considera vulnerado y las causales de revisión previstas en el ordenamiento legal”¹¹.

En ese orden de ideas, como el mismo Máximo Tribunal Constitucional lo indicó en sentencia de unificación 263 de 2015¹², la acción de tutela se torna improcedente cuando al interior de un proceso contencioso administrativo se alega la vulneración al debido proceso y este derecho fundamental es susceptible de ser protegido mediante el trámite del recurso extraordinario de revisión.”

En este punto, la Sala precisa que en el caso concreto no se puede considerar la existencia de un perjuicio irremediable como se alega en el escrito de impugnación, en la medida en que se trata de La Nación quien es la accionante en el presente caso, así como que el asunto que se debate es de contenido meramente económico. A su vez, es de precisar que el estatuto procesal administrativo, consagró la posibilidad de solicitar medidas cautelares (artículo 229, Ley 1437 del 2011), siendo posible incluso que las mismas se adopten de urgencia por parte del juez competente (artículo 234, ejusdem), siendo éste último escenario donde se pueden debatir aquellos aspectos que se consideran de acción inmediata por parte de la jurisdicción, entre lo que está incluido, la vulneración, afectación o amenaza a un derecho fundamental.

Por lo anterior, se confirmará la decisión adoptada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, siendo importante resaltar que lo anterior, releva a este juez constitucional de estudiar el segundo de los problemas jurídico planteados en el acápite correspondiente de esta providencia”.

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia del 7 de abril de 2016, por medio del cual el Consejo de Estado - Sección Cuarta concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso de la Nación - Congreso de la República y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, con las precisiones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

10 Corte Constitucional. Sentencia T-649 de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

11 Ob. Cit. 22.

12 Corte Constitucional. Sentencia de Unificación 263 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacios Palacios. Acción de tutela instaurada por Comunicación Celular S.A. (Comcel S.A.) en contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03509-01(AC)

Actor: OFELIA ROMERO DE HERRERA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Asunto: Acción de tutela – Segunda instancia – supera requisito de inmediatez– ampara el derecho al debido proceso por incurrir en defecto fáctico- la apreciación de las pruebas debe hacerse en conjunto.

Extracto: “Esta Sala en decisión del 12 de noviembre del 2015¹ precisó los alcances y requisitos que deben atenderse al momento de alegarse la ocurrencia de un defecto fáctico en una providencia judicial, los cuales son traídos a colación en la presente decisión:

Los eventos de configuración del defecto fáctico son: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso

(...)

En el caso concreto la actora identificó de manera concreta los elementos que el juez ordinario omitió analizar de la siguiente manera:

(...)

Y los que valoró indebidamente:

(...)

De cara al caso, la Sala advierte que se trata de un asunto al que le era aplicable el régimen de responsabilidad objetiva bajo el título de imputación de riesgo excepcional, lo anterior por cuanto se produjo la muerte de un ciudadano con un arma de dotación oficial. Es de señalar que en este tipo de responsabilidad basta con demostrar que el daño fue producido por un arma de uso privativo de la fuerza pública y será la entidad quien deba evidenciar la presencia de alguna de las causales eximentes de responsabilidad. Esta tesis ha sido reiterada² por esta Corporación en el sentido de indicar que:

“(...) en los eventos en que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de la responsabilidad del

1 Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01, Accionante: Jaime Rodríguez Forero; Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

2 Ver entre otras, Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 12 de agosto de 2014. Rad. No. 25000-23-26-000-2000-00391-01(26794. Consejera ponente: Olga Mélida Valle De La Hoz. Sentencia del 27 de julio de 2000, Exp. 12099, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 18674, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo.

Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política. “En dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para exculparse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero³”

En este sentido, el Tribunal Administrativo del Tolima encontró probado que en la muerte del señor Aquileo Herrera Romero, hijo de la accionante, se presentó culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad, pues en su sentir, el occiso pertenecía a un grupo armado al margen de la ley, teniendo como supuestos fácticos los siguientes:

“ (...) i) existió orden de operaciones para la realización del operativo dentro de la legalidad, ii) el señor Aquileo Herrera Romero pertenecía al grupo ofensivo ONT- FARC, según documentos de inteligencia del Ejército que lo identifican como Aldair Alias Monokilo, iii) los testimonios de los militares que participaron en el operativo, iv) copia del informe pericial concepto técnico – diagramación e ilustración de trayectorias de proyectil de arma de fuego rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde se despeja la duda del tatuaje en orificio de entrada del proyectil generado por la necropsia realizada en el hospital San Vicente de Paul (folio 469-474), v) copia orden de batalla estructura cuadrilla ONT- FARC”

La Sala advierte que le asiste razón a la accionante, toda vez que de lo expuesto se puede advertir que en el caso concreto no existe certeza, en la existencia de culpa exclusiva de la víctima, pues este argumento estuvo sustentado en apreciaciones parcializadas de las pruebas, ya que contrario a lo manifestado por la autoridad accionada, del material probatorio se puede concluir que:

- i) En efecto existe la orden de operaciones No. 004 “Opresor” y orden de estructura de la cuadrilla ONT FARC que tiene por propósito “combinar maniobras de combate irregular sobre el área de operaciones asignada, para impactar con sorpresa principalmente sobre las áreas bases de las estructuras de los frentes 25 de las ONT FARC, para obligar al enemigo a que se desmovilice, sea capturado o neutralizar su estructura armada, logística y de milicias” en dicha orden también se consigna en el acápite Red de Milicias “(a. Mono Kilo) o ALDAIR se encuentra ubicado en la vereda LAS VEGAS DEL CAFÉ donde su hermano es presidente de la junta de acción comunal y su esposa habita en la misma vereda(...)⁴” (Negrillas fuera del texto)*

No obstante lo anterior, de dicho documento no se puede concluir, como lo hizo el Tribunal, que el occiso era en efecto la persona referenciada por los informes de inteligencia del ejército, máxime si se tiene en cuenta que en los testimonios rendidos por los militares que participaron en el operativo, se advierte que no tenían idea de quien era la persona contra la que accionaron sus armas, ya que a la pregunta: “diga en qué momento se percatan o de qué forma se dan cuenta de que el occiso era un miembro de las ONT FARC” las respuestas de los militares que intervinieron en la operación fueron las siguientes:

-SLP Avila Bolaños Jose Edilson: “por el cambuche y porque en ese momento tenía una pistola, un radio⁵”. Es de aclarar que la anterior pregunta realizada a este soldado profesional fue “En diligencias anteriormente recepcionadas se habla de un cambuche en los que estaban los miembros de las ONT

3 Consejo de Estado, Sección Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de junio del 2013. Rad. No. 41001-23-31-000-1998-00500-01(27626) Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gomez

4 Folio 47 del cuaderno de pruebas del Tribunal.

5 Folio 67 del cuaderno de pruebas del Tribunal.

FARC, diga si usted se percató de este cambuche, en caso afirmativo diga sus características” a lo que contestó: “yo no baje allá después de la muerte de Monokilo, me fui a prestar seguridad a un cerro⁶”.

- SLP Aldana Montero Hermonton: “me doy cuenta por los disparos⁷”.

- SLP Bocanegras González Jose Luis: “Cuando llegan los del B2, y los del CTI y lo identificaron como orgánico de la cuadrilla 25 de las ONT FARC⁸”.

Lo anterior permite concluir, que los militares que participaron en el operativo no tenían certeza de que se trataba de un miembro activo de un grupo guerrillero.

- ii) Continuando con las pruebas testimoniales, advierte la Sala que únicamente fueron valoradas en el proceso los testimonios rendidos por los militares que participaron de los hechos, quienes informaron la existencia de fuego enemigo sin que este hecho pueda ser corroborado por otro medio de prueba.

De igual manera no se tuvo en consideración los testimonios presentados por los señores Jaime Vizcaya Romero, Feliciano Guerrero Garzón, Marco Alirio Herrera Romero y Baudelino Vizcaya Romero, habitantes de la vereda en la que vivía el señor Aquileo Herrera, medio de prueba que de ser tenido en cuenta por el Tribunal, podía generar otra visión del difunto y resaltar que su labor era la de un cultivador de café, que en su tiempo libre participaba en deportes y música, características en las que coincidieron los testigos⁹.

- iii) Frente al informe pericial No. 3063 del 21-11-08¹⁰ se puede concluir que el señor Herrera Romero no realizó disparo alguno y que el arma encontrada dentro de una mochila cerca al cuerpo, tampoco fue accionada. Aunado a lo anterior es de resaltar que según acta de levantamiento del cuerpo¹¹ y del Informe Pericial No. 248774-2011-DRBO-GBAF¹² el señor Aquileo Herrera Romero recibió uno de los disparos que ocasionó su muerte en la espalda, por lo que tampoco existe certeza sobre si en realidad enfrentó al grupo de militares siendo esta la razón de la reacción del ejército, los anteriores documentos no fueron tenidos en consideración por el Tribunal, por lo que su análisis probatorio, a juicio de esta Sala se encuentra parcializado.

Así, la Sala advierte que sobre la valoración probatoria existe un yerro de carácter grave y ostensible por demás de ser determinante en la decisión de instancia. Con todo, cabe resaltar que las autoridades judiciales en sus providencias están regidas bajo los principios de independencia y autonomía que se encuentra reflejada de manera más significativa “en cuanto a la valoración de las pruebas. Ello por cuanto el administrador de justicia es quien puede apreciar y valorar, de la manera más certera, el material probatorio que obra dentro de un proceso, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica¹³”.

En virtud de lo anterior, en casos extraordinarios el juez de tutela puede examinar la valoración que se realiza sobre las pruebas en un proceso ordinario realiza. Al respecto la H. Corte Constitucional ha señalado “sólo excepcionalmente, puede el juez de tutela entrar a decidir sobre la significación y jerarquización de las pruebas que obran en un proceso determinado; de forma que sólo es factible fundar una acción de tutela, cuando se observa, en el caso concreto, que de manera manifiesta el

6 Ibídem.

7 Folio 60 reverso del cuaderno de pruebas del Tribunal.

8 Folio 59 reverso del cuaderno de pruebas del Tribunal.

9 Folios 20 a 23 del cuaderno de pruebas del Tribunal.

10 Folio 467 del cuaderno de pruebas del Tribunal.

11 Folio 52 y ss del cuaderno de pruebas del Tribunal.

12 Folio 468 a 474 del cuaderno de pruebas del Tribunal.

13 Corte Constitucional. Auto 026A/98 Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz

operador jurídico ejecuta un juicio irrazonable o arbitrario sobre la valoración probatoria por fuera de las reglas básicas de realización, práctica y apreciación, las cuales se reflejan en la correspondiente providencia¹⁴.

En el sub lite el Tribunal Administrativo del Tolima se apartó de los postulados establecidos en el Código de Procedimiento Civil¹⁵, aplicables en los asuntos contencioso administrativos por remisión expresa del artículo 267 del C.C.A, norma vigente al momento de la interposición de la demanda especialmente el que tiene que ver con la valoración de las pruebas en conjunto; toda vez, que tuvo como únicas e irrefutables los testimonios rendidos por los militares que participaron en el supuesto combate en el que perdió la vida el señor Herrera Romero y los demás documentos aportados por el Ejército Nacional, encontrando así probada la culpa exclusiva de la víctima.

La H. Corte Constitucional ha indicado frente al tema que nos ocupa lo siguiente:

“Tratándose de la valoración de las pruebas (art. 187 ib.) se estipula que aquéllas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades contenidas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, imponiéndosele además al juez la obligación de exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

Entonces, por remisión expresa de la norma procesal, en los procedimientos ante la jurisdicción contencioso administrativa al juez le corresponde apreciar las pruebas en conjunto, bajo los postulados de la sana crítica, esto es, el prudente juicio al momento de la valoración probatoria con fundamento en la lógica, la ciencia y la experiencia, que se materializa en el fallo, garantizándole a las partes la utilización y análisis de los instrumentos o medios conducentes para la protección de sus intereses.”

4.3. En cuanto a posibles manifestaciones de “vía de hecho”, en casos específicos, puede recordarse que en materia probatoria la Corte ha puntualizado que acaecen ese tipo de yerros cuando el juez omite apreciar aquellas pruebas que inciden de manera determinante en la decisión adoptada¹⁶:

“Para la Corte es claro que, cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela.

La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que baya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria. Ello comporta una ruptura grave de la imparcialidad del juez y distorsiona el fallo, el cual - contra su misma esencia - no plasma un dictado de justicia sino que, por el contrario, la quebranta.”

Esta Sala resalta la importancia de distinguir los posibles errores en los que puede incurrir el operador judicial, para indicar que solo son pasibles de análisis por parte del juez de tutela aquellos yerros que además de incidir directamente en la decisión son ostensibles, flagrantes y manifiestos, toda vez

¹⁴ Ibídem.

¹⁵ ARTÍCULO 187.

Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

¹⁶ T-329 de julio 25 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

que el juez constitucional no puede convertirse en una instancia para revisar las decisiones de los funcionarios judiciales¹⁷.

En este sentido cuando la valoración probatoria no se realiza de forma conjunta o se omite tener en cuenta algún elemento que sea de carácter determinante en la decisión final de la controversia **sin motivar razonablemente el origen de la exclusión**, se afecta el denominado derecho a ser oído del sujeto procesal que solicitó tenerlo como prueba, por ende se conculca el debido proceso, en particular garantías como la defensa y la contradicción, según el caso¹⁸.

La falta de valoración probatoria adecuada dificulta de manera contundente el efectivo acceso a la administración de justicia pues, no permite el conocimiento oportuno de la verdad ni la solución efectiva de un litigio, así mismo se pueden vulnerar otros derechos fundamentales como el de la igualdad toda vez que el valorar unas pruebas y no contemplar otras sin razones suficientes genera desventaja entre las partes.

Por lo anterior, para la Sala existe una clara vulneración del debido proceso, ya que a más de apartarse de los anteriores postulados el Tribunal Administrativo del Tolima desconoció la realidad social de nuestro país en la época de los hechos, en el que a diario se publicaban casos de ejecuciones extrajudiciales o llamados “falsos positivos”.

Así, el Tribunal Administrativo del Tolima solo valoró las pruebas aportadas por la parte demandada, olvidando la apreciación conjunta que rige nuestro sistema probatorio, por lo que dio por ciertos, hechos que a la luz de lo expuesto resultan dudosos y hacen imposible la configuración del eximente de responsabilidad utilizado, como:

i) La existencia de combate, toda vez que existe un dictamen pericial que indica que el occiso no accionó arma de fuego, ii) el aseverar que se trataba de un guerrillero sin advertir que en el informe de inteligencia aportado por el ejército no existe ningún tipo de identificación que permita verificar que el señor Aquileo Herrera Romero era alias de Monokilo, iii) encontrar como justificado el actuar del ejército de abrir fuego sin identificar previamente a las personas y sin recibir una agresión por parte del occiso, lo que evidencia un actuar desmedido y desproporcionado pues sin prueba diversa a la testimonial encontró demostrada la presencia de otro sujeto y iv) no advertir que existían otros métodos para obtener la rendición de una persona que no estaba identificada previamente ante un grupo de militares de un batallón de contraguerrillas.

Por último, esta Sala debe resaltar que los postulados que configuran el hecho de la víctima no se aplicaron en el caso concreto toda vez que, la justificación que dan para el actuar desmedido y desproporcional del ejército son un informe de inteligencia y la orden de patrullaje en la zona, sin que exista una identificación de la persona contra la que abrieron fuego o un acto de su parte que los haya puesto en riesgo.

En relación con el eximente de responsabilidad denominado “hecho de la víctima” el criterio de la Sección Tercera consiste en que para que opere “... es necesario determinar, en cada caso concreto, si el proceder –activo u omisivo– de aquella tuvo, o no, inferencia y en qué medida, en la producción del daño”¹⁹

Así pues, es claro que el Tribunal Administrativo del Tolima tampoco contempló los parámetros establecidos por esta Corporación acerca de la configuración de la culpa exclusiva de la víctima, ya que no realizó alguna consideración adicional distinta a asegurar que se trató de un guerrillero, por lo que el actuar del ejército era legítimo, sin considerar en qué medida participó el señor Aquileo

17 T-204 de mayo 13 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara.

18 T-419 de abril 30 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

19 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “A”. Sentencia de 16 de julio de 2015. Rad. No. 52001-23-31-000-2002-00007-01(28419)

Herrera Romero para soportar el actuar del batallón contraguerrilla. En virtud de lo anterior, la Sala revocará la decisión de la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó el amparo constitucional a la accionante, para en su lugar amparar el derecho al debido proceso incoado y ordenar al Tribunal accionado dictar una sentencia de reemplazo, atendiendo a lo expuesto en la pare motiva de esta providencia.”

Decisión: “REVOCAR la sentencia del 19 de mayo del 2016, proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta que negó el amparo del derecho invocado, para en su lugar, AMPARAR el debido proceso de la accionante.

En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 25 de noviembre del 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del proceso de reparación directa, radicado No. 73001-33-31-007-2010-00541-01, iniciado por la señora Ofelia Romero de Herrera y otros demandantes contra la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

ORDENAR al Tribunal Administrativo del Tolima, que en el término de máximo de un mes, contado a partir de la notificación del presente fallo, profiera una sentencia ajustada a los postulados aquí establecidos, en el proceso de reparación directa radicado No. 73001-33-31-007-2010-00541-01 promovido por los señores Ofelia Romero de Herrera, Marco Alirio Herrera Romero y Blanca Nidia Herrera Romero contra la Nación Ministerio de Defensa Ejército.

NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32, inciso 2° del Decreto 2591 de 1991”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02940-00(AC)

Actor: MAGALIS ESTHER DÍAZ DE CELEDÓN

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA

Asunto: La tutelante con el fin de obtener pago total de sentencia ordinaria que ordenó la reliquidación de su pensión presentó demanda ejecutiva. En ambas instancias la demanda se rechazó por caducidad de la acción aduciendo que el término se contabiliza pasados los 30 días que tiene la entidad condenada para cumplir la orden judicial. Se alegó en la tutela defecto sustantivo por no atender al contenido del numeral 4º del art. 177 del C.C.A. y desconocimiento de precedente del Consejo de Estado que afirma que la caducidad se cuenta desde el vencimiento de los 18 meses de que trata esa misma norma.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.2. Problema jurídico

*Corresponde a la Sala determinar si la providencia de 23 de septiembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira dictada en sede de la acción ejecutiva ejercida por **Magalis Esther Díaz de Celedón** contra la UGPP, vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, de acceso a la administración de justicia y al debido proceso de la parte actora.*

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: (i) el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; (ii) estudio sobre los requisitos de procedibilidad; y finalmente, de encontrarse superados los requisitos de procedibilidad adjetiva se estudiará (iii) el fondo del reclamo.

(...)

2.4. Examen de los requisitos: Procedencia adjetiva

2.4.1. *No se trata de una tutela contra decisión de tutela pues la providencia que censura la tutelante se profirió en el trámite de la acción ejecutiva que ejerció la parte actora contra la UGPP.*

2.4.2. De igual manera, en el presente asunto se cumple con el requisito de inmediatez¹ pues la providencia que se cuestiona data del 23 de septiembre de 2015 y la presente acción de tutela se radicó el 26 de octubre del mismo año. Lapso que la Sala considera prudencial para el ejercicio de la presente acción constitucional.

2.4.3. Asimismo, la Sala encuentra que contra la providencia tutelada la parte accionante no cuenta con medio de impugnación ordinario para su defensa.

Una vez superadas las exigencias en mención, la Sala abordará el fondo del reclamo que la solicitud de tutela presenta, no sin antes resaltar el carácter excepcional de la acción de amparo, el cual tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto de la autonomía judicial², la protección de derechos de terceros de buena fe, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales³.

2.5. Solución del caso

Aduce la parte actora que el Tribunal Administrativo de La Guajira con la providencia del 23 de septiembre de 2015 vulneró sus derechos fundamentales al incurrir en defecto sustancial y desconocimiento de precedente porque declaró la caducidad de la acción ejecutiva que presentó contra la UGPP sin tener en consideración el término de 18 meses previsto en el numeral 4º del artículo 177 del C.C.A., ya que es a partir de su vencimiento que se debe contabilizar, como lo expuso el Consejo de Estado, Sección Segunda⁴, en providencia que afirma fue desatendida por el accionado.

Así las cosas, empieza la Sala por manifestar que la providencia enjuiciada, en su parte considerativa, contiene un capítulo titulado “la caducidad en la acción ejecutiva” en el cual se **analizan de manera genérica** los artículos 176 y 177 del C.C.A. y, se concluye que dichos preceptos:

“... claramente ratifican que la obligación es exigible por el titular del derecho ante la entidad pública condenada desde la ejecutoria de la providencia que la contenga, y sancionan al beneficiario que no reclama dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de la providencia.

(...)

Aceptar que la obligación de cumplir la sentencia ejecutoriada está condicionada a un plazo adicional de 18 meses implica aceptar que el deudor no podría pagar el crédito antes de fenecido dicho plazo ni solicitar del acreedor su cumplimiento voluntario en este mismo periodo. Además, sería un contrasentido aceptar la causación de intereses moratorios desde el día siguiente de la ejecutoria de la sentencia de condena y afirmar que la misma está sometida a un plazo que solo acaecerá 18 meses después de la misma”.

Sin embargo, al abordar el caso concreto, se limitó a exponer que:

1 El mencionado requisito exige que la acción de tutela se interponga tan pronto se produce el hecho, acto u omisión al que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales, o por lo menos dentro de un término prudencial y consecuencial a su ocurrencia, pues el paso prolongado del tiempo, indica que se ha disipado la gravedad de la lesión y la urgencia de la protección deprecada, desvirtuándose así, la inminencia de la afectación. La razón de ser del referido principio, es evitar que este mecanismo constitucional de defensa se utilice como herramienta que subsane la desidia, negligencia o indiferencia de las personas que debieron buscar una protección oportuna de sus derechos y no lo hicieron, o que la misma se convierta en factor de inseguridad jurídica.

2 Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

3 Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño

4 Sentencia de 27 de mayo de 2010, C.P. doctor Gustavo Gómez Aranguren, Rad. No. 2007-0528

“Conforme lo establecido en el artículo 136-11 [del C.C.A.] el ejecutante tenía la oportunidad de solicitar su ejecución o ejecutividad transcurridos los 5 años contados a partir de su exigibilidad, que **para el caso concreto la exigibilidad comienza a contabilizarse después de superados los 30 días de ejecución voluntaria por parte de la entidad pública, según los términos previstos en el artículos 176 del CCA, lo que significa que si la ejecutoria de la providencia fue el 5 de junio de 2008, la UGPP tenía hasta el 5 de julio para expedir el respectivo acto administrativo, transcurrido plazo al día siguiente -6 de julio de 2008- iniciaba el término de exigibilidad de la sentencia.**

La demanda fue presentada el 24 de octubre de 2014, lo que significa que fue presentada fuera de la oportunidad legal, habida consideración que tuvo hasta el 6 de julio de 2013 para hacer efectivo su derecho por la vía judicial, al haberla presentado por fuera del término de ley operó el fenómeno jurídico de la caducidad y así ha de declararse.

El Tribunal no acoge el argumento del recurrente frente a partir de cuándo se debía iniciar la contabilización de los términos de caducidad, lo anterior en razón que para solicitar su ejecución o ejecutividad es una vez transcurridos los 5 años contados a partir de su exigibilidad”.

Para el Tribunal, es claro que cuando presentó la demanda ya el término habilitante para presentarla le había fenecido, lo cual no dejaba otra opción al juez, sino la de rechazar la demanda de conformidad con lo establecido en el artículo 136-11 del CCA.

Corolario de expuesto, tendrá que confirmarse la decisión proferida por el juez...”.

De la anterior argumentación se destaca que la decisión enjuiciada al resolver la problemática planteada se fundamenta en el contenido del numeral 11 del artículo 136 del C.C.A., y 176 de la misma codificación los que señalaban que:

“Artículo 136. Caducidad de las acciones

11. La acción ejecutiva derivada de decisiones judiciales proferidas por esta jurisdicción, caducará al cabo de cinco (5) años, contados a partir de la exigibilidad del respectivo derecho. La exigibilidad será la señalada por la ley o la prevista por la respectiva decisión judicial.

Artículo 176. Ejecución. Las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia dictarán, dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, la resolución correspondiente, en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento”.

Sin embargo, de dicha decisión judicial en lo referente al caso concreto no se alude al contenido del inciso 4º del artículo 177 del C.C.A., norma que según la tutelante no fue tomada en consideración, y según el cual:

“Artículo 177. Efectividad de condenas contra entidades públicas. Cuando se condene a la Nación, a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien sea competente para ejercer las funciones del ministerio público frente a la entidad condenada.

(...)

Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. **Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria**” (Negrillas y subraya fuera de texto original).

En esta altura del debate, resulta plausible traer a colación el antecedente jurisprudencial, que la parte actora afirma, en su escrito de tutela, fue desatendido por la corporación judicial accionada en

la medida en que dicho pronunciamiento el Consejo de Estado al analizar la forma de contabilizar el término de caducidad de la acción ejecutiva, que tiene como fundamento una sentencia judicial, concluyó que:

“... debe indicarse que los términos para interponer la acción ejecutiva derivada de decisiones judiciales se encuentra claramente establecida por la Ley, así el inciso 4º del artículo 177 del C.C.A., señala que ‘será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria.

Por su parte, el numeral 11 del artículo 136 *ibidem*, establece que: ‘11. La acción ejecutiva derivada de decisiones judiciales proferidas por esta jurisdicción, **caducará al cabo de cinco (5) años, contados a partir de la exigibilidad del respectivo derecho.** La exigibilidad será la señalada por la ley o la prevista por la respectiva decisión judicial.

De la normatividad antes transcrita, se concluye que en caso bajo examen ha tenido ocurrencia la caducidad de la acción, si se tiene en cuenta que la sentencia de 10 de abril de 1996 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado (...) quedó ejecutoriada el 22 de abril de 1996, es decir, **que al tenor del artículo 177 del C.C.A., la misma era exigible 18 meses después de su ejecutoria...**”.

De acuerdo con el aparte transcrito resulta evidente que el Consejo de Estado es claro en señalar que para efectos de contabilizar la caducidad de las acciones ejecutivas, cuyo título valor es una sentencia judicial, es necesario recurrir, entre otros, al contenido del inciso 4º del artículo 177 del C.C.A., para concluir que la misma será exigible al vencimiento de los 18 meses a los que alude dicho precepto tal y como lo señala la parte actora en su escrito de tutela y contrario a la conclusión a la que arribó el Tribunal accionado.

No sobra precisar, que dicha tesis del Consejo de Estado fue reiterada en reciente pronunciamiento⁵, al manifestar que:

“De acuerdo con las disposiciones legales y a la jurisprudencia, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió a las pretensiones del ejecutante, se hizo exigible 18 meses después de su ejecutoria, esto es, que si la sentencia cobró el 4 de agosto de 2005 (fl. 5), a partir del día siguiente se deben contar 18 meses, los cuales vencieron el 5 de febrero de 2007. Lo anterior significa que a partir de esta fecha, el demandante disponía de cinco (5) años para presentar la demanda ejecutiva, los cuales se extendieron hasta el 6 de febrero de 2012, y como quiera que la demanda se presentó el 3 de abril de 2014 (fl. 46 vuelto), para esta fecha ya había caducado la oportunidad para presentarla ante la jurisdicción”.

Así las cosas, la Sala concluye que, en efecto, el Tribunal tutelado en la providencia enjuiciada omitió la aplicación del inciso 4º del artículo 177 del C.C.A., pues se insiste si bien a dicho precepto se aludió de manera genérica, al momento de resolver el caso preciso de la señora Díaz, su decisión la fundó únicamente en el contenido de los artículos 136 y 176 de esa codificación.

Sin perjuicio de lo anterior, si en gracia de discusión la Sala admitiera que las conclusiones expuestas de manera general por el Tribunal accionado en la providencia cuestionada, sirvieran de fundamento para confirmar la decisión de declarar la caducidad de la acción ejecutiva, se debe afirmar que dicha postura resulta contradictoria de la expuesta por el Consejo de Estado, en la providencia que la parte actora aduce como desatendida, la cual como ya antes se expuso es clara en señalar que el término de caducidad de cinco años –numeral 11 del art. 176 del C.C.A.- se debe contabilizar una vez fenecido el plazo de 18 meses de los que trata el inciso 4º del art. 177 de la

5 Auto de 16 de julio de 2015, Rad. No. 2014-04132-01, Consejera Ponente doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez

misma codificación, conducta que también resulta vulneradora del derecho fundamental al debido proceso de la tutelante porque incluso la autoridad judicial en la providencia cuestionada omitió sustentar de manera amplia y suficiente las razones por las cuales se apartaba de la tesis del Consejo de Estado.

Por las anteriores razones la Sala concluye que la providencia atacada en la presente acción de tutela vulnera el derecho al debido proceso que le asiste a la parte actora en la medida que el Tribunal tutelado incurrió en defecto sustantivo y desconocimiento del precedente jurisprudencial, como antes se expuso. En consecuencia, se procederá a decretar el amparo requerido y a ordenar al Tribunal Administrativo de La Guajira que dicte una decisión de remplazo en la que se tenga en consideración lo expuesto en el presente fallo.

(...)"

Decisión: "TUTÉLASE el derecho fundamental al debido proceso que le asiste a la señora Magalis Esther Díaz de Celedón. En consecuencia, se DEJA SIN EFECTOS la providencia dicta el 23 de septiembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira.

Se ORDENA al mentado Tribunal que en un término no mayor a quince (15) días dicte la decisión de remplazo a la que aquí se deja sin efectos, atendiendo a lo manifestado en la parte considerativa de la presente providencia.

Si no fuese impugnado este fallo, enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión al día siguiente de la ejecutoria de esta providencia, en virtud del inciso 2º del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 y devolver el expediente del proceso ordinario para que se cumpla la orden impartida en el presente fallo en el anterior numeral.

(...)"

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., once (11) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03216-00(AC)

Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER Y OTRO

Asunto: La UGPP demanda la sentencia de 13 de septiembre de 2011, con la cual el Tribunal Administrativo de Santander en segunda instancia de proceso de nulidad y restablecimiento del derecho accedió a incluir en la liquidación de la señora Rosalba Amaya Amaya la bonificación por servicios en un monto equivalente al 100%, pues estima que la interpretación normativa pertinente es aquella que indica que el factor se debe liquidar en doceavas por tratarse de una prestación anual.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2. Examen de los requisitos: Procedencia adjetiva

Para comenzar por el estudio de los parámetros esenciales de viabilidad de la solicitud de amparo cuando se dirige contra providencias judiciales, la Sala encuentra que la sentencia censurada fue dictada dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, de manera que no se trata de una sentencia de tutela.

En cuanto a los requisitos de la inmediatez y la subsidiariedad debe poner de presente la Sala que en anteriores oportunidades en relación con demandas de tutela instauradas por la UGPP había declarado improcedente la acción por encontrar que no concurría el primero y en algunas ocasiones el segundo.

Lo anterior, en consideración a que las demandas se presentaron transcurridos más de 6 meses desde la ejecutoria de las sentencias cuestionadas y desde que la entidad asumió la sucesión procesal de CAJANAL, lo cual acaeció el 12 de junio de 2013 y porque no se agotaron al interior del proceso ordinario correspondiente los recursos o mecanismos de defensa establecidos por el Legislador.

No obstante, desde el 23 de enero de 2015, cuando la Corte Constitucional puso en conocimiento de la Sección Quinta la sentencia T- 835 de 11 de noviembre de 2014 en la acción de tutela instaurada por la misma entidad pública tutelante¹ y se revisaron casos similares con el que ahora ocupa la atención de la Sala y se dejó sin efectos la sentencia dictada el 10 de enero de 2014 por esta Sala, se han venido aplicando los preceptos allí establecidos², de manera que empezó a dar por superados los requisitos de inmediatez y subsidiariedad de las acciones de tutela promovidas por la UGPP.

1 En la cual se acumularon los expedientes Nos. T- 4.374.697 contra el Tribunal Administrativo del Casanare y T- 4.422.174 contra el Tribunal Administrativo de Santander.

2 Como ocurrió en las sentencias del 12 de mayo de 2015 C.P.: Alberto Yepes Barreiro, expediente 2015-1446-01; o las de 18 de junio de 2015: 2015-0363-01 C.P.: Alberto Yepes Barreiro y 2015-0367-01 Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Lo anterior, fue consecuencia de la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales frente a CAJANAL. Al respecto en sentencia de 21 de enero de 2016³, en la cual se hizo referencia a la sentencia de 14 de mayo de 2015⁴, se indicó que:

“(.. .) mediante notificación efectuada a la Sección Quinta del Consejo de Estado el día 23 de enero del año en curso, la Corte Constitucional puso en conocimiento la sentencia T - 835 de 11 de noviembre de 2014 en la acción de tutela instaurada por la misma entidad pública tutelante en la cual se acumularon los expedientes Nos. T- 4.374.697 contra el Tribunal Administrativo del Casanare y T-4.422.174 contra el Tribunal Administrativo de Santander y se revisaron casos similares con el que ahora ocupa la atención de la Sala, decidiendo dejar sin efectos, la sentencia dictada el 10 de enero [sic] de 2014 por esta Sala.

En esta providencia para tener por superados los requisitos de subsidiariedad e inmediatez consideró la Corte Constitucional:

‘Deber de agotar todos los medios de defensa judicial a su alcance. En relación con este requisito se debe destacar que en el expediente T-4.374.697, Cajanal no hizo uso de los medios de defensa judicial contra la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal; en cuanto al expediente T-4.422.174, Cajanal impugnó la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo de Bucaramanga, sin que exista actuación posterior por parte de esa entidad. La Sala encuentra que en este caso existe una justificación para la inactividad, en gran medida, debido al estado de cosas inconstitucional, situación que terminó en su liquidación. Por tanto, este requisito en el caso en estudio no puede ser graduado con la misma intensidad y rigor que ordinariamente es exigido por la jurisprudencia de esta Corporación.

Al respecto, en la sentencia T-068 de 1998 la Corte resolvió decretar la existencia de un estado de cosas inconstitucional en CAJANAL. Dicha decisión sostuvo la existencia de un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, siendo esto un inconveniente general que afectaba a un número significativo de personas que buscaban obtener las prestaciones económicas a las que consideraban tener algún derecho.

Teniendo en cuenta esta situación, la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-1234 de 2008, en la que señaló: “...Ese problema estructural se manifiesta en la incapacidad de CAJANAL para atender de manera oportuna las solicitudes que en materia pensional se le presentan por los usuarios, situación que no obstante haber presentado cierta mejoría, todavía significa que la entidad se demora, en promedio, cinco meses más de los términos legales y jurisprudenciales para resolver de fondo las solicitudes (...). De lo anterior concluye: 1. No se ha superado el estado de cosas inconstitucional que ha sido declarado por la Corte Constitucional en Cajanal, lo cual implica que las autoridades competentes deben tomar los correctivos, no desde una perspectiva sancionatoria sino de apoyo, vigilancia y control de los procesos orientados a una respuesta efectiva. 2. Como quiera que se trata de un problema estructural, salvo lo que pueda establecerse en cada caso concreto, no puede concluirse de manera general que la mera omisión de respuesta en término resulte imputable a título de dolo o de culpa a las autoridades responsables en Cajanal. No cabe, pues aplicar el criterio conforme al cual, establecida la mora, la misma resulta automáticamente atribuible a negligencia de la entidad, sino que es preciso determinar si se está en presencia de un problema estructural que excluye la culpa en los casos concretos. 3. Por las circunstancias que se han anotado, la regla conforme a la cual, en los incidentes de desacato el incumplimiento objetivo de la orden de tutela impone al destinatario de la misma la carga de explicar su conducta omisiva como presupuesto para evitar la sanción, no opera en este caso”.

3 C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, expediente No.: 11001-03-15-000-2015-01687-01.

4 Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero ponente doctor Alberto Yepes Barreiro, sentencia de 14 de mayo de 2015, expediente No. 25000-23-42-000-2015-01446-01.

*Dentro de este contexto, la Corte encuentra una justificación admisible que evitó que fueran agotados la totalidad de los medios ordinarios de defensa judicial con que contaba Cajanal para impugnar los respectivos fallos y, en tal consideración, tiene por superado este requisito de procedibilidad en la presente acción de tutela. **Requisito de inmediatez.** Este presupuesto exige que la acción de tutela sea interpuesta dentro de un plazo razonable y proporcionado, a partir del hecho generador de la amenaza o violación del derecho fundamental, so pena de declararse improcedente²¹ [5].*

Sobre la razonabilidad del plazo para interponer la tutela, la Corte ha fijado criterios para evaluar la razonabilidad del plazo para interponer la acción de tutela, entre los cuales se cuentan los siguientes: (i) que existan razones válidas para la inactividad, como la fuerza mayor²² [6], el caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad para interponer la tutela en un término razonable, así como la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, que convierta en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; (ii) la prolongación en el tiempo de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada de la vulneración de sus derechos se mantiene.

En los casos analizados la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante es permanente por tratarse del pago de prestaciones periódicas, aunado a que la UGPP asumió las funciones de defensa judicial de Cajanal el 11 de junio de 2013, por lo que no se está en presencia de un descuido de la administración. Así mismo, se debe tener en cuenta la grave afectación de los ingresos con los que se financia la prestación de los servicios de salud, por cuanto los aportes se destinan a financiar el sistema médico asistencial del afiliado pensionado, razones que explican el cumplimiento del requisito de inmediatez en el caso en estudio’.

En virtud de lo expuesto, la Sala acoge la posición planteada por la Corte Constitucional y es por ello da por superados los mencionados requisitos [...].

Ahora encuentra la Sala que en recientes fallos de la Corte Constitucional en las sentencias T-893 de 20 de noviembre 2014 y T-287 de 14 de mayo de 2015⁷, cambió su postura, para indicar que la alegación

5 “[...] Ver T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-692 de 2006, T-905 de 2006, T-1084 de 2006, T-1009 de 2006, T-792 de 2007, T-825 de 2007, T-243 de 2008, T-594 de 2008, T-189 de 2009, T-299 de 2009, T-265 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, T-546 de 2014, entre otras [...]”.

6 “[...] Ver T-1009 de 2006 y T-299 de 2009 [...]”.

7 “[...] **El agotamiento de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios y el requisito de inmediatez. Reiteración sentencia T-893 de 2014.**

La sentencia T-893 de 2014, proferida por la Sala Novena de Revisión, conoció un caso de situaciones fácticas parecidas al aquí analizado, en esa oportunidad la acción de tutela fue interpuesta por la UGPP contra el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Yopal, al considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, con ocasión de la sentencia proferida el juzgado el 27 de enero de 2012, en la cual le ordenó a CAJANAL “cesar todos los descuentos que viene efectuando con destino al Fosyga, con cargo a la nómina que como pensionada se le hace a la señora Nelly Jaramillo Bedoya (...).”

Luego de estudiar la procedencia de la acción de tutela, la declaró improcedente por incumplimiento de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, al respecto la providencia concluyó:

43. En suma, en criterio de la Sala Novena de Revisión la injustificada falta de interposición del recurso de apelación por parte de Cajanal EICE o la UGPP frente a la sentencia de primera instancia del Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Yopal que condenó a la entidad a descontar de la pensión de la señora Nelly Jaramillo únicamente el 5% como aporte a seguridad social en salud, así como la tardanza en presentar la acción de tutela contra dicha providencia, conducen a la improcedencia de la acción de la referencia por el incumplimiento de los presupuestos procesales de subsidiariedad e inmediatez.

44. Para esta Sala de la Corte la alegación genérica y abstracta del estado de cosas inconstitucionales de Cajanal por parte de la UGPP, no representa una razón suficiente que exculpe por sí sola la falta de agotamiento de los medios ordinarios

genérica y abstracta del estado de cosas inconstitucionales de CAJANAL por parte la UGPP no es razón suficiente para superar los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

En vista de lo anterior, la Sala reitera la postura definida para estos casos respecto de la flexibilización en el análisis de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, establecida en fallo de tutela del 14 de mayo de 2015, expediente No. 25000-23-42-000-2015-01446-01, arriba transcrito, motivo por el cual, en el presente caso la Sección asume que la inmediatez y subsidiariedad que caracteriza al mecanismo constitucional de amparo, se encuentran superadas.

(...)

Ocurre lo mismo en esta oportunidad, por ende, la Sala aborda el estudio de fondo del caso sometido a consideración, de manera que, no obstante la posición rígida con respecto de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad asumida por la Corte Constitucional en sentencias T-893 de 20 de noviembre 2014 y T-287 de 14 de mayo de 2015, esta Sala se ha identificado con la postura establecida por esa Corporación en la sentencia T - 835 del 11 de noviembre de 2014, ya referida.

Significa lo dicho que a pesar del tiempo que dejó transcurrir la accionante para alegar la vulneración de sus derechos y que adicionalmente pudo hacer uso de algunos mecanismos administrativos o judiciales establecidos en el ordenamiento jurídico, la Sala reitera la postura definida para estos casos respecto a la flexibilización en el análisis de la inmediatez y la subsidiariedad, encontrando entonces superados estos requisitos adjetivos, por lo cual se procede a estudiar el fondo del asunto de la presente acción constitucional⁸.

de defensa judicial (recurso de apelación) y la tardanza en la interposición de la acción de tutela contra la providencia atacada por vía constitucional en esta oportunidad (inmediatez).

45. Finalmente, la UGPP no demostró en el proceso de tutela una situación fraudulenta que incidiera en el juicio de inmediatez y subsidiariedad, aspecto que de haberse verificado habría podido conducir a una conclusión distinta frente a la procedibilidad de la acción. La entidad únicamente se refirió a situaciones de “abuso del derecho” y “fraude a la ley”, pero no allegó al expediente providencias disciplinarias o penales que acreditaran situación irregular alguna en este caso específico¹¹ {73}.

46. Por las razones expuestas, la Sala Novena de Revisión confirmará la sentencia de instancia dictada en el trámite de la referencia, que declaró la improcedencia de la acción de tutela.

La Sala Segunda de Revisión adopta la posición asumida por la Sala Novena de Revisión, encontrando incumplidos dos de los requisitos generales de procedencia, el de la inmediatez y el de la subsidiariedad...” (Subrayado no es del texto original). Más adelante, en la citada sentencia, indicó: “... 4.4. Todo lo anterior no excluye la posibilidad de defensa de la UGPP frente a situaciones de fraude debidamente comprobadas, para lo cual deberá anexar a las demandas de tutela, por ejemplo, providencias disciplinarias o penales que acrediten la situación irregular en el caso específico¹⁵ {73}, situación que, a juicio de la Sala, sí podría llegar a incidir en el examen de inmediatez y subsidiariedad.

Adicionalmente, la accionante podría intentar la acción de revocatoria directa del acto administrativo que reconoció tal prestación, posterior a una sentencia o fallo que evidenciara un fraude a la administración de justicia; podría solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos que reconocieron las prestaciones; y/o pedir a la Contraloría que investigue los funcionarios que los expidieron¹⁶ {73}...”.

8 En el mismo sentido se pronunció la Sala en sentencia de 15 de diciembre de 2015. C.P.: Rocío Araújo Oñate. Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02397-01. Accionantes: UGPP.

3. Estudio de fondo⁹

3.1. Marco normativo que regula la bonificación por servicios y el cálculo de la misma para efectos de liquidar el ingreso base de liquidación en el régimen especial de la Rama Judicial

3.1.1. Régimen pensional especial de la Rama Judicial

El Decreto No. 546 de 1971, estableció el régimen de seguridad social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y, en relación con el régimen de pensiones estableció, en el artículo 6º que:

“... los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas. Esta norma constituye un régimen especial”.

Para efectuar la liquidación, el artículo 12 del Decreto No. 717 de 1978 establecía que, además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios.

“Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a) Los gastos de representación;
- b) La prima de antigüedad;
- c) El auxilio de transporte;
- d) La prima de capacitación;
- e) La prima ascensional;
- f) La prima semestral;
- g) Los viáticos percibidos por los funcionarios y empleados en comisión en desarrollo de comisiones de servicio”.

En relación con la forma como debe calcularse el ingreso base de liquidación, la Sala destaca que, mediante sentencia 8 de junio de 2006, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Tarsicio Cáceres Toro, reiteró la posición jurisprudencial que ha sostenido esa Sección desde el fallo del 28 de octubre de 1993 M. P. Dolly Pedraza de Arenas, en el expediente No. 5244, en el sentido de establecer que las prestaciones anuales se liquidarán por doceavas partes.

En esa oportunidad consideró:

“Conforme a la jurisprudencia y normatividad ya citadas, el funcionario o empleado de la Rama Judicial o del Ministerio Público que cumpla los requisitos del Art. 6º del Dcto. Ley 546/71 debe ser objeto del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el salario más alto devengado en el último año, dentro del cual no sólo cabe el cómputo del salario básico sino los demás factores que haya percibido y tengan tal trascendencia, salvo los excluidos por mandato legal expreso.

⁹ Parte de las consideraciones idénticas a las sentencias de 18 de junio de 2015 proferidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado en las tutelas con radicados Nos.: 2015-0363-01 C.P.: Alberto Yepes Barreiro y 2015-0367-01 C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

*Se precisa que se deben tener en cuenta los factores mensuales y también las no mensuales devengadas en el mes escogido que sean relevantes, sin que sea dable, por ejemplo, escoger el salario básico de un mes y otros factores de otro mes diferente. Además, cabe anotar que **como quiera que ciertos conceptos se reconocen y pagan anualmente, para efectos de determinar la base de liquidación lo procedente es tomar las doceavas partes de éstos.**” (Resaltado fuera de texto).*

Lo anterior ha sido reiterado en sentencias posteriores, en las que se ha fijado el alcance de las normas jurídicas que establecen prestaciones anuales, de las cuales la Sala considera pertinente destacar la sentencia T-831 de 2012, la cual aun cuando es posterior a la sentencia censurada en el sub lite fija la posición reiterada de los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria laboral, contencioso administrativa y constitucional, sobre el alcance y la interpretación que se le debe dar a las normas jurídicas que regulan el tema objeto de debe procesal:

*“En cuanto al valor de la bonificación -como factor salarial- a tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación (IBL) de los servidores de la Rama Judicial o del Ministerio Público, a fin de calcular el valor de sus pensiones de jubilación, en reiteradas sentencias, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, han interpretado que **debe ser la doceava parte de su valor**, dado que, según la normativa aplicable, la bonificación se paga una vez al año y a condición de que el servidor complete un año trabajado”.*

3.1.2. Bonificación por Servicios

El Decreto Ley 1042 de 1978, por medio del cual se fijó el régimen salarial de los empleados del orden nacional –Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales– creó la bonificación por servicios en los siguientes términos:

*“**Artículo 45.** A partir de la expedición de este decreto créase una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1º. Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial. Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1º de este decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio. Se entenderá que hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles. La bonificación de que trata el presente artículo es independiente de la asignación básica y no será acumulativa”*

*“**Artículo 46.** De la cuantía de la bonificación por servicios prestados. La bonificación por servicios prestados a que tienen derecho los empleados que trabajan en las entidades a que se refiere el artículo 1º de este decreto, será equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor conjunto de la asignación básica, los incrementos por antigüedad y los gastos de representación que correspondan al funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibirla, siempre que no devengue una remuneración mensual por concepto de asignación básica y gastos de representación superior a cien mil setecientos cincuenta pesos (\$100.750).*

Para los demás empleados la bonificación por servicios prestados será equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) del valor conjunto de los tres (3) factores de salario señalados en el inciso anterior.

Tal derecho se causará cada vez que el empleado cumpla un año de servicio.”

El Decreto 247 de 1997, creó la bonificación por servicios para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, en los siguientes términos:

*“**Artículo 1.** Créase la bonificación por servicios prestados para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial (Tribunales, Juzgados, Fiscalía General de la Nación, Direcciones Ejecutivas de la Administración Judicial, Consejos Seccionales de la Judicatura y empleados de las altas Corporaciones) y la Justicia Penal Militar, en los mismos términos establecidos en los artículos 45 y siguientes*

del Decreto-ley 1042 de 1978 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen, la cual será exigible a partir del 1º de enero de 1997.

La Bonificación por Servicios Prestados constituirá factor salarial para efectos de determinar la prima de servicio, prima de navidad, vacaciones y prima de vacaciones, auxilio de cesantía y pensiones”. (Negritas fuera de texto).

3.2. Análisis de los argumentos expuestos en el escrito de tutela

El tema central del debate planteado por la entidad accionante, consiste en la incursión por parte de la autoridad judicial accionada en defecto sustantivo por desconocimiento del ámbito de aplicación de los artículos 45 y 46 del Decreto Ley 1042 de 1978 y 1º del Decreto 247 de 1997, que reglamentan la bonificación por servicios y la no aplicación al caso concreto del precedente jurisprudencial.

En efecto, consideró la UGPP que en la providencia censurada se incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento de las normas sustantivas y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado¹⁰, que consagran la bonificación por servicios como una prestación anual que implicaba su inclusión como factor de liquidación por doceavas partes, lo cual significa que la señora Rosalba Amaya Amaya no tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación incluyendo el 100% de la bonificación por servicios prestados, sino únicamente una doceava parte.

Afirmó que la orden de liquidar la pensión con el 100% de la bonificación por servicios es un inminente abuso del derecho y constituye un fraude a la ley, y que es claro que, desde la expedición del Decreto 1160 de 1947, “...en el caso que el trabajador haya recibido primas o bonificaciones que no tengan el carácter de mensuales, el promedio de la remuneración se obtendrá dividiendo el monto de dichas primas percibidas en el último año de servicio, por doce (12), y sumando tal promedio a la última remuneración fija mensual”.

3.3. Consideraciones expuestas por la autoridad accionada en la sentencia censurada

En relación con bonificación por servicios, como factor de para fijar la base de liquidación de la pensión de jubilación de la señora Amaya Amaya, el Tribunal, al momento decidir el caso concreto, incluyó como factor la bonificación por servicios y al respecto dijo que “...debe computarse en su totalidad...” pues “...el derecho solo surge al cumplirse el periodo consagrado para ello y no antes, de tal manera que si el servidor se retira antes de cumplir dicho periodo, no se le paga en forma proporcional, sino que simplemente no se cumple la condición que genera el pago de la contraprestación. De tal manera, si no es susceptible de ser pagada en forma proporcional, tampoco lo es de ser segmentada para computarla como factor pensonal, pues con ello se le estaría dando un tratamiento equivalente al de otros factores que sí pueden ser pagados proporcionalmente, cuando el servidor se retira sin culminar el año completo de servicios”.

3.4. Análisis de los defectos señalados por la entidad tutelante en el caso concreto

Al analizar el caso concreto, no cabe duda que la autoridad accionada hizo una interpretación arbitraria e irrazonable de las normas jurídicas aplicables en materia de seguridad social en pensiones, al disponer que una prestación económica que se causa en forma anual, en virtud de lo dispuesto por el Decreto Ley 1042 de 1978, aplicable a los funcionarios de la Rama Judicial –por disposición expresa del Decreto 247 de 1997– y que, en consecuencia, se debe dividir en doceavas partes, se incluya en el 100%, para efectos de la determinación del ingreso base de liquidación para calcular el monto de la mesada pensonal.

Cabe destacar que tal es el entendimiento que debe dársele a las normas que consagran la bonificación como una prestación económica de carácter anual, como lo han establecido las normas que consagran

¹⁰ Las referidas en el acápite de fundamentos de la tutela en los antecedentes de esta providencia.

prestaciones anuales, como en efecto lo ha venido haciendo el Legislador desde su inicial consagración y en forma reiterada el Consejo de Estado, en diversos pronunciamientos, entre ellos en la sentencia de 22 de junio de 2006 dictada por la Sección Segunda de esta Corporación.

Cabe destacar que la bonificación por servicios es una prestación que se reconoce y paga al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en la misma entidad, siendo independiente de la asignación básica, causación y pago anual que implica que le asiste razón a la entidad tutelante cuando afirma que incluir el cien por ciento (100%) del valor en el monto mensual de la pensión a pagar al servidor judicial, resulta abiertamente contrario al ordenamiento jurídico.

Es así como, teniendo en cuenta la situación fáctica analizada y el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala considera que en el presente caso concurren los requisitos para conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados por la entidad accionante, ante la existencia de un defecto sustantivo por errónea interpretación de la norma jurídica aplicable al caso, la cual conllevó a que una prestación anual se liquidara en forma mensual desbordando el monto de la pensión en detrimento del erario público.

En efecto, esta Sección ha considerado que cuando la causa, motivo o razón a la que se atribuye la transgresión es de tal entidad que incide directamente en el sentido de la decisión, resulta necesario amparar los derechos fundamentales involucrados en la demanda y tal situación ocurre indudablemente cuando se aplican en forma inadecuada e irrazonable las normas sustantivas que regulan el caso concreto sometido a consideración del operador judicial, como acaeció en el sub lite.

Lo anterior sin desconocer la competencia asignada a la autoridad judicial para interpretar y aplicar las normas jurídicas al caso concreto, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, que esta Sección ha defendido, en garantía de principios como el de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, pero bajo la premisa de que esta no es absoluta, en tanto se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido.

En consecuencia, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la entidad pública tutelante, para lo cual dejará sin efectos la sentencia de 13 de septiembre de 2011 censurada y le ordenará a la autoridad tutelada que, en el plazo de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta sentencia prospere una nueva donde se tengan en cuenta los lineamientos de esta providencia.

(...)"

Decisión: "Amparar los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia la acción de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Dejar sin efectos la sentencia de 13 de septiembre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander y, en consecuencia, se ordena a esa autoridad judicial que en el término de quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, dicte un nuevo fallo que tenga en cuenta los lineamientos aquí expuestos".

(...)"

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 08001-23-33-000-2015-00589-01(AC)

Actor: ELÍAS ANTONIO MANOTAS DE LA HOZ

Demandado: MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO Y OTROS

Asunto: El tutelante trabajó para la Empresa de Servicios Públicos Asosasa entre 1995 y 1996. Consecuencia de su despido injusto demandó y obtuvo fallo favorable en 2002. A la fecha no le han pagado lo dispuesto en tal sentencia por insolvencia de la empresa. Con él, 50 personas se encuentran en igualdad de condiciones. El Ministerio, la Gobernación del Atlántico, los Municipios de Santo Tomás y Sabanagrande, así como Asosasa, suscribieron un Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero el 23 de junio de 2015 con el propósito de pagar el pasivo laboral de aquellas personas que fueron desvinculadas después del año 2002, en el marco del proceso de Modernización Empresarial que impone el Ministerio para la asignación de apoyo financiero a entidades territoriales para el pago de los pasivos laborales generados por los prestadores de los servicios públicos domiciliarios. Como el actor no fue desvinculado de la ESP durante dicho proceso con el Ministerio, quedó excluido junto con otras 14 personas del Convenio. En primera instancia de la tutela se rechazó la solicitud de amparo porque se consideró que pretendía el cumplimiento de una sentencia.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2. Asunto bajo estudio

Con fundamento en los antecedentes corresponde a la Sala determinar si, como lo indicó Tribunal, la acción de tutela es improcedente porque el actor cuenta con otros medios de defensa judicial para obtener el pago de acreencias laborales; o si por el contrario, como lo afirmó el impugnante, en su caso es procedente el amparo porque lo que busca es un trato en igualdad de condiciones como ex trabajador de Asosasa que es con derechos laborales insatisfechos.

De entrada advierte la Sala que le asiste razón al impugnante cuando afirma que el juez de tutela de primera instancia modificó el objeto de su petición de protección constitucional. Esto, porque en efecto se encuentra que sus pretensiones se encaminan a que sea tratado en igualdad de condiciones que los 35 ex trabajadores de Asosasa a quienes le serán pagados sus derechos laborales en virtud del Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero No. 026 de 23 de junio de 2015, suscrito entre las tuteladas; y no a que, como lo entendió el Tribunal, se dé cumplimiento a la sentencia de 25 de octubre de 2002, con la cual el Juzgado Segundo de Descongestión Promiscuo de Soledad, accedió a las pretensiones de su demanda ordinaria laboral.

Pues bien, la anterior precisión permite a la Sala modificar la decisión de primera instancia, pues lo cierto es que la tutela sí resulta ser procedente para determinar si existió la vulneración del derecho a la igualdad del actor.

Conforme a lo anterior, se procederá a exponer un acápite sobre el derecho fundamental invocado con la tutela y, a continuación, el caso concreto.

3. Del derecho a la igualdad

Sobre este derecho fundamental ha dicho la Corte Constitucional:

“(...) la ausencia de un contenido material específico del principio de igualdad no significa que se trate de un precepto constitucional vacío, por el contrario, precisamente su carácter relacional acarrea una plurinomatividad que debe ser objeto de precisión conceptual. De ahí que a partir de la famosa formulación aristotélica de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad –al menos en su acepción de igualdad de trato- del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes. Sin embargo, este segundo contenido no tiene un carácter tan estricto como el primero, sobre todo cuando (sic) va dirigido al Legislador, pues en virtud de su reconocida libertad de configuración normativa, éste no se encuentra obligado a la creación de una multiplicidad de regímenes jurídicos atendiendo todas las diferencias, por el contrario se admite que con el objeto de simplificar las relaciones sociales ordene de manera similar situaciones de hecho diferentes siempre que no exista una razón suficiente que imponga la diferenciación.

Esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.

De los diversos contenidos del principio general de igualdad, surgen a su vez el derecho general de igualdad, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, se trata entonces de un derecho fundamental que protege a sus titulares frente a los comportamientos discriminatorios o igualadores de los poderes públicos, el cual permite exigir no sólo no verse afectados por tratos diferentes que carecen de justificación sino también, en ciertos casos, reclamar contra tratos igualitarios que no tengan en cuenta, por ejemplo, especiales mandatos de protección de origen constitucional.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional colombiana ha diseñado una metodología específica para abordar los casos relacionados con la supuesta infracción del principio y del derecho fundamental a la igualdad, se trata del juicio integrado de igualdad, cuyas fases constitutivas fueron descritas en las sentencias C-093 y C-673 de 2001. Este juicio parte de un examen del régimen jurídico de los sujetos en comparación, precisamente con el objeto de determinar si hay lugar a plantear un problema de trato diferenciado por tratarse de sujetos que presentan rasgos comunes que en principio obligarían a un trato igualitario por parte del legislador. Posteriormente se determina la intensidad del test de igualdad de conformidad con los derechos constitucionales afectados por el trato diferenciado, para finalmente realizar un juicio de proporcionalidad con sus distintas etapas –adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto- sobre el trato diferenciado.

(...)”.¹

De conformidad con lo anterior, procederá la Sala a abordar el caso concreto del tutelante.

4. Estudio de Fondo

El tutelante invocó la protección de su derecho a la igualdad porque, junto con otros 14 ex trabajadores de Asosasa, fue excluido del grupo de personas a las que se les efectuará el pago de los derechos laborales debidos por esa Empresa de Servicios Públicos, en virtud del Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero No. 026 de 23 de junio de 2015, suscrito entre las tuteladas.

Considera el actor que tal exclusión representa un trato discriminatorio, así como una decisión “caprichosa” de las accionadas, pues desconoce que el Convenio incluye como beneficiarios a todos los ex trabajadores de Asosasa a quienes se les debe el pago de derechos pensionales reconocidos mediante sentencia judicial.

Al respecto, sea lo primero referir que, a juicio de esta Sala, no se encuentran dadas las condiciones de igualdad que alega el tutelante y que permitirían otorgar el amparo.

Lo anterior, porque a pesar de que no existe prueba concreta de la situación fáctica y jurídica de los sujetos en comparación, lo cierto es que a partir del dicho de las partes, en particular del tutelante, y de los documentos obrantes en el expediente²: el Convenio No. 026 de 2015 y la Resolución No. 146 de 2015³, se puede advertir que entre ellos se presentan rasgos comunes que en principio obligarían a un trato igualitario, pero también existen otros disímiles que ameritan uno diferenciado.

Significa lo dicho que, para este juez, existen elementos comunes entre los 50 ex trabajadores de Asosasa que refieren el actor y las tuteladas, en particular la misma Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios. Estos son, por ejemplo, que todos ellos fueron desvinculados de dicha entidad y que demandaron el reconocimiento y pago de sus prestaciones laborales.

Pero también se presentan características diversas entre los sujetos de comparación, como que 35 fueron despedidos después del año 2002 por cuenta de los lineamientos de Modernización Empresarial que impone el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, dentro de los programas para la asignación de apoyo financiero que brinda a las entidades territoriales para el pago de los pasivos laborales generados por los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, lo cual se encamina bajo el marco de la Ley 1450 de 2011 – Plan Nacional de Desarrollo. Y que, los otros 15 ex trabajadores, entre los cuales se encuentra el actor, fueron desvinculados por cuenta de “...actos irresponsables...” de los directivos de Asosasa entre los años 1996 y 1998.

Así las cosas, que las personas desvinculadas en el proceso de apoyo financiero de la Nación a los Municipios sean incluidas como beneficiarias del Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero No. 026 de 23 de junio de 2015, implica un trato igual para ellas porque que se encuentran en una situación similar; evento que en sí mismo justifica un trato diferencial frente a aquellos que no fueron retirados por cuenta de tal iniciativa de la Administración encaminada a resolver el problema de pasivo laboral de las empresas públicas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

El anterior análisis permitiría a la Sala concluir que no existe la vulneración alegada y que, por ende, no resulta posible acceder a las pretensiones del tutelante en el sentido de que se le incluya como

1 Sentencia C-250-12. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Reiteración de jurisprudencia en materia del derecho a la igualdad.

2 Documentos aportados por el actor y visibles entre folios 16 y 27 del expediente.

3 “Por la cual se fijan los criterios para asignar recursos en el marco de lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 21 de la Ley 1450 de 2011”.

beneficiario del Convenio referido y/o que se impida el disfrute del acuerdo a los que sí se encuentran allí incluidos, con el objeto de que se extienda en favor de todos los ex trabajadores de Asosasa.

No obstante, para este juez de tutela resulta fundamental referir que la presente situación requiere de su intervención. Esto, porque si bien es cierto no es procedente el pago de prestaciones laborales vía tutela ante la existencia de otros medios de defensa judicial idóneos y eficaces para el efecto, como se refirió en el curso de la primera instancia; también lo es, que el contexto fáctico y jurídico que supone el caso concreto permite evidenciar que, para el tutelante, a pesar de que hizo uso de tales herramientas, ha sido imposible obtener la satisfacción de su acreencia laboral.

Así, la Sala no puede ignorar que precisamente el Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero No. 026 de 23 de junio de 2015, fue suscrito por las tuteladas con el propósito de que el Departamento del Atlántico y el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio apoyaran a los Municipios de Santo Tomás y Sabanagrande, así como a Asosasa, (que, se recuerda, es una Asociación de los Municipios mencionados para la prestación de servicios públicos), en la tarea de solucionar sus problemas de pasivos laborales, los cuales no está en condiciones de solventar por cuenta propia.

Pero en este punto es diáfano para la Sala que el asunto en gran medida está en proceso de ser solucionado gracias al apoyo de las autoridades del orden departamental y nacional, de manera que les resta a las municipales, así como a la empresa de servicios públicos domiciliarios emprender, si no lo han hecho, los procedimientos y/o trámites necesarios para responder por la situación de los demás ex trabajadores de Asosasa que no pudieron verse beneficiados por el Convenio Interadministrativo.

Deviene de lo dicho que, tal y como lo aceptó Asosasa en su contestación, la responsabilidad por el pasivo laboral es de esa empresa y de los Municipios asociados que dieron origen a la prestadora de servicios públicos domiciliarios: Sabanagrande y Santo Tomás. A lo que se suma que, la Sala entiende que los trámites con tal fin están en curso pues el Gerente de Asosasa informó que "...ha solicitado (...) a los municipios asociados, incluir dentro del presupuesto por (sic) el año 2016, los recursos necesarios para solucionar las acreencias laborales de estos quince (15) ex trabajadores que se estiman en cerca de..." \$1.250.000.000.

Entonces, a juicio de la Sala la imposibilidad del tutelante de poder materializar su derecho laboral por cuenta del estado de insolvencia de Asosasa, a pesar de que cuenta con una decisión judicial que declaró la existencia de su derecho, implica para él una carga desproporcionada que vulnera su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁴. Esto, porque a pesar de que accedió a la administración de justicia, la Alcaldía de Santo Tomás, la Alcaldía de Sabanagrande y la Empresa de

4 El derecho a la tutela judicial efectiva se deduce de lo consagrado en los artículos 228, 229 y 230 de la Constitución Política; 8º y 25, numeral 1º, de la Ley 16 de 1972 "por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos 'Pacto de San José de Costa Rica', firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969". Dicen estos últimos: "Artículo 8o. *Garantías Judiciales.*

1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter.*

2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, a las siguientes garantías mínimas:*

a) *derecho del inculcado a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*

b) *comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;*

c) *concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*

d) *derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor; de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*

e) *derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*

Servicios Públicos Domiciliarios Asosasa E.S.P. no han emprendido ninguna medida que posibilite el debido restablecimiento de los derechos e intereses legítimos del actor.

Bajo las consideraciones efectuadas a lo largo de esta providencia, la Sala modificará el fallo de tutela del 2 de diciembre de 2015 dictado por el Tribunal Administrativo del Atlántico que rechazó por improcedente la acción de tutela, para en su lugar negar el amparo del derecho a la igualdad, pues no fue vulnerado al no ser incluido en listado de personas a las que se les efectuará el pago de acreencias laborales debidas por Asosasa, en virtud del Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero No. 026 de 23 de junio de 2015.

Sin embargo, se amparará el derecho a la tutela judicial efectiva del actor, con el propósito de que la Alcaldía de Santo Tomás, la Alcaldía de Sabanagrande y la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Asosasa E.S.P. de manera solidaria y sin perjuicio de que establezcan sus responsabilidades individuales, estudien y definan la situación del señor Elías Antonio Manotas De La Hoz, a fin de que le sea satisfecha su acreencia laboral.

(...)

Decisión: “Modificar la sentencia de 2 de diciembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala de Decisión Oral – Sección “B” con la cual “rechazó por improcedente” la solicitud de amparo para, en su lugar, negar el amparo del derecho a la igualdad del señor Elías Antonio Manotas De La Hoz.

Amparar el derecho a la tutela judicial efectiva del señor Elías Antonio Manotas De La Hoz.

En consecuencia, se ordena a la Alcaldía de Santo Tomás, a la Alcaldía de Sabanagrande y a la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Asosasa E.S.P., que de manera solidaria y sin perjuicio de que establezcan sus responsabilidades individuales, en el plazo de 3 meses contados a partir de la notificación de esta providencia, estudien, definan y le comuniquen al señor Elías Antonio Manotas De La Hoz, la forma en que responderán por su acreencia laboral.

(...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

b) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior;

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

“Artículo 25. Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

(...).”

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00367-00(AC)

Actor: CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “D” Y OTRO

Asunto: El actor ataca autos que rechazaron demanda ejecutiva por caducidad con la que pretendía pago de sentencia que ordenó reliquidar pensión e indexar primera mesada, entre otros aspectos. Es sujeto de especial protección constitucional por condiciones de vulnerabilidad (edad, salud, pobreza), por ende es desproporcionado cualquier trámite ordinario.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2.2. Problema jurídico

De superarse los requisitos de procedibilidad, corresponde a la Sala determinar si se vulneraron los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, al mínimo vital y a la seguridad social, “... en conexidad con el derecho al debido proceso y con los derechos adquiridos...” (fl. 1) del señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO, en razón de los hechos que expuso en su solicitud de amparo.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: (i) criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; (ii) estudio sobre los requisitos de procedibilidad; y finalmente, de encontrarse superados, se analizará (iii) el fondo del reclamo.

(...)

2.4. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad

Atendiendo lo expuesto, la Sala advierte que la demanda constitucional satisface los presupuestos que exige su ejercicio, así:

2.4.1. La tutela no se dirige contra una sentencia de tutela. Es claro que las providencias controvertidas fueron dictadas en un proceso ejecutivo.

2.4.2. De igual manera, en el presente asunto se cumple con la inmediatez¹, habida cuenta que la última de las decisiones atacadas fue proferida el 29 de octubre de 2015, mientras que la solicitud de

1 El mencionado requisito exige que la acción de tutela se interponga tan pronto se produce el hecho, acto u omisión al que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales, o por lo menos dentro de un término prudencial y consecuencial a su ocurrencia, pues el paso prolongado del tiempo, indica que se ha disipado la gravedad de la lesión y la urgencia de la protección deprecada, desvirtuándose así, la inminencia de la afectación. La razón de ser del referido principio, es evitar que este mecanismo constitucional de defensa se utilice como herramienta que subsane la desidia, negligencia o indiferencia de las personas que debieron buscar una protección oportuna de sus derechos y no lo hicieron, o que la misma se convierta en factor de inseguridad jurídica.

amparo se presentó el 4 de febrero de 2016 (contraportada), es decir, dentro de un plazo razonable, contado desde la ejecutoria de aquella².

2.4.3. Así mismo, la parte accionante no cuenta con otro medio de defensa judicial, distinto a la tutela, para conjurar la eventual transgresión que las aludidas decisiones pudieran irrogarle a sus derechos fundamentales, pues los recursos extraordinarios de revisión y unificación no tienen cabida en el sub examine.

2.4.4. Bajo esas consideraciones, la Sala se pronunciará de fondo respecto del reclamo deprecado, no sin antes insistir en el carácter excepcional de la acción de amparo, que tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto por la autonomía judicial³, la protección de los derechos obtenidos de buena fe por parte de terceros, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales⁴.

2.5. Caso Concreto

2.5.1. Cabe destacar que, a través de este mecanismo constitucional de amparo, se controvierten las providencias que, al ballar probada la caducidad, rechazaron la demanda ejecutiva radicada con el No. 11001-33-35-020-2015-00175, presentada en contra de la UGPP por el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO, quien es sujeto de especial protección constitucional, en razón de su avanzada edad, lamentables estado de salud y precarias condiciones económicas, según se explicará más adelante.

Sobre el particular, resulta pertinente anticipar que, en efecto, existe una patente vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana y de acceso a la administración de justicia del tutelante, pero no porque los autos enjuiciados adolezcan de los defectos reseñados en el acápite “1.3.” del presente proveído, sino porque las particularísimas circunstancias del caso así lo imponen.

2.5.2. De los documentos obrantes en el plenario, se advierte que el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO, al día de hoy, cuenta con 77 años de edad. Su registro civil de nacimiento (fl. 2 cño. N.R), las copias de la Resolución No. 2067 de 2008 de CAJANAL (fl. 291), el reporte de cálculo de fallos de la UGPP (fl. 324) y su historia clínica reflejan como fecha de nacimiento el 24 de noviembre de 1938.

Del mismo modo, se observa que la historia clínica y otros documentos, todos de 2012, dan cuenta de los hallazgos y procedimientos médicos que conciernen a esa anualidad, y que reportan los diagnósticos de “... insuficiencia renal crónica no especificada [e] hipertensión esencial (primaria)...” (fl. 37), sumado a que hacía 3 meses “... le colocaron 3 by pass coronarios...” (fl. 37).

Igualmente, en misiva de 24 de mayo de 2012, la Fundación Cardioinfantil informó al Departamento Médico de la respectiva EPS que “... se le realizó CATETERISMO CARDIACO (...), encontrando enfermedad coronaria severa del tronco coronario izquierdo, descendente anterior y sistema circunflejo y una estenosis renal izquierda, motivo por el cual consideramos que requiere de CIRUGÍA DE REVASCULARIZACIÓN MIOCARDICA y posteriormente angioplastia renal izquierda...” (fl. 41).

Por otro lado, reposa en el expediente el reporte de “consulta de pagos para impresión de comprobante” de Bancolombia (fl. 60), que da cuenta de que el 22 de diciembre de 2015 recibió del Consorcio FOPEP 2015, por concepto de “10JUBILACIÓN NAL”, la suma de \$ 378.534, que resultó de aplicar descuentos por aportes a salud y obligaciones financieras a su pensión de \$644.350 (un smmlv).

2 Si es razonable partiendo desde la fecha en la que fue proferida, con más razón lo es desde la ejecutoria, que es el parámetro que emplea la Sala para abordar el estudio sobre la inmediatez.

3 Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

4 Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

También se aprecian 3 declaraciones extrajuicio rendidas ante notario, en enero de 2016, por los señores Carlos Eduardo Ávila Ortega, Eugenio Alonso Castro y Juan Carlos Parga Quevedo, quienes dicen conocer al actor hace 7, 40 y 15 años, respectivamente, en los siguientes términos:

El primero, manifiesta que le arrendó un apartamento en Facatativá (Cundinamarca) hace 5 años, de los cuales hace 3 no recibe contraprestación alguna, pero no ha procedido con la restitución del bien debido a la situación por la que atraviesa (edad, salud, situación económica) y porque éste le ha pedido tener paciencia, pues alberga la esperanza de que se hagan efectivas las providencias que ordenaron reliquidar su pensión.

El segundo, que tiene conocimiento de que el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO se pensionó como juez interino con el salario mínimo y que, con ello, pese a las sumas que le descuentan, "... ha pagado lo universidad de los dos (2) hijos que tiene..." (fl. 53). Informó que el actor paga mensualmente \$250.000 de arriendo y que, además, posee deudas con varias personas y entidades que no ha podido atender, incluyéndolo a él. También mencionó la enfermedad renal y la cirugía a corazón abierto.

El Tercero, también se refirió al monto de la pensión recibida por el tutelante, a su estado de salud y permanentes controles médicos. Agregó que conoce que "... tiene que colaborar con el estudio de sus hijos en la Universidad del Estado..." (fl. 61) y que "... paga arriendo en un humilde apartamento donde solo paga (\$250.000) mensuales, incluidos los servicios" (fl. 61).

2.5.3. En punto a tales evidencias, conviene destacar que el inciso tercero del artículo 13 de la Carta Política consagra: "El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

La Corte Constitucional⁵, apelando al "documento de Proyecciones de Población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística, de Septiembre de 2007 -que constituye el documento oficial estatal vigente para efectos de determinar el indicador de expectativa de vida al nacer-, para el quinquenio 2010-2015", puso de manifiesto que "... la esperanza de vida al nacer para hombres es de 72.1 años..."

A partir de tales elementos, el alto Tribunal ha considerado⁶ que este grupo de personas se ubica en la categoría de "tercera edad", lo cual, de contera, le otorga a cada una de ellas el estatus de "sujeto de especial protección constitucional", aspecto que resulta apenas lógico teniendo en cuenta que la merma en las capacidades psicomotoras en quienes se sitúan en edades avanzadas es consustancial al paso de los años, que incrementa sus condiciones de debilidad manifiesta.

No en vano la Norma Suprema les confiere una doble protección, al precisar también, en su artículo 46, que "[e]l Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad".

Sobre bases similares, la Corte, como órgano de cierre en materia de tutelas, desde décadas anteriores, ha referido:

"Es natural que las personas de la tercera edad encuentren disminuidas sus capacidades físicas y se hallen propensas a contraer enfermedades. Lo anterior, sumado a la excesiva morosidad de los procesos judiciales ordinarios, significa que en muchas ocasiones no puedan asegurar con ellos la protección de sus derechos, toda vez que sus expectativas de vida son mucho menores. Por tal motivo,

⁵ Sentencia T-138 de 2010, M. P. Mauricio González Cuervo.

⁶ Cfr. sentencias T-485 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-441 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-792 de 2013, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-877 de 2013, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y T-324 de 2014, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

la jurisprudencia ha reconocido que la acción de tutela tiene la virtud de convertirse en el mecanismo idóneo para asegurar el respeto de sus derechos.” (subrayas propias).

En esa misma línea, ha sostenido:

“Las personas de la tercera edad han sido señaladas por la jurisprudencia de esta Corporación como sujetos de especial protección por parte del Estado y en consecuencia deben ser objeto de mayores garantías para permitirles el goce y disfrute de sus derechos fundamentales. Así, ante el amparo de los derechos fundamentales debe tenerse en cuenta el estado de salud y la edad de la persona que ha llegado a la tercera edad, pues si bien existen otros medios judiciales para obtener la protección de los derechos fundamentales, éstos se tornan ineficaces por no ser expeditos. Incluso, en dicho trámite se estaría exponiendo la vida del peticionario atendiendo el tiempo extenso que transcurre en la resolución de dichos conflictos. Por lo que en estos casos se predicaría, como regla general, la no idoneidad de los medios ordinarios frente a este grupo de especial protección constitucional si se halla acreditado que someterlas al trámite de un proceso ordinario podría causar un resultado en exceso gravoso”⁷.

Queda claro, entonces, que someter a uno de tales individuos a un trámite judicial ordinario resultaría desproporcionado de cara a sus expectativas de ver concretado el derecho que esperan satisfacer.

Esto cobra mayor vigor cuando la avanzada edad se acompaña de condiciones de salud precarias, lo cual, en sí mismo, merece un tratamiento especial por parte del Estado, según se advierte de la simple lectura del inciso tercero del artículo 13 Superior; máxime si ello es producto de las llamadas enfermedades catastróficas, ruinosas o de alto costo, que, de suyo, conllevan un menoscabo de las condiciones de existencia, que debe ser precavido o morigerado tanto como sea posible, en aras de realzar la dignidad humana como valor preminente del Estado Social de Derecho.

Por estas razones, quienes padecen ese tipo de quebrantos son sujetos de especial protección constitucional. Al respecto, la Corte Constitucional ha exaltado, de forma unívoca, el rol que, de cara a este tipo de situaciones, compete a todos los estamentos nacionales, públicos y privados, incluido, desde luego, el juez constitucional, así:

“La protección constitucional de las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas cobra una especial relevancia en la medida que al encontrarse estas personas en un estado de debilidad manifiesta merecen una singular atención por parte del Estado y de la sociedad, y por supuesto, por parte del Juez constitucional quien al momento de sopesar las circunstancias de un caso en el que vislumbra la posible vulneración de los derechos fundamentales del enfermo, debe valorar cada elemento tomando siempre en consideración la protección constitucional reforzada que se ha dispuesto a los pacientes de enfermedades catastróficas o ruinosas”⁸ (subrayas propias).

Dentro de la misma ecuación jurídica se sitúan aquellas personas que por su situación económica están en circunstancias de debilidad manifiesta. Es claro que la carencia de recursos financieros limita las posibilidades de acceso a bienes y servicios esenciales para subsistir en condiciones de vida digna.

Como elemento de esa fórmula, resulta trascendental la noción de mínimo vital, que se abstrae de cualquier acepción meramente cuantitativa, habida cuenta que su concreción no se agota en la simple existencia de una fuente de ingresos, pues una comprensión constitucionalmente válida del mismo, a la luz del Pacto Político de 1991, implica la verificación de aspectos cualitativos.

Esto apareja una intelección holística que indague sobre las posibilidades que tiene quien alega la vulneración para “...disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario,

7 Sentencia T-482 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

8 Sentencia T-485 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

9 Sentencia, T-066 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana”¹⁰; lo cual entraña mayor relevancia “... cuando su titular es una persona de la tercera edad”¹¹.

En la sentencia T-386 de 2013¹² se ampararon los derechos fundamentales de una mujer que se desempeñaba como vendedora informal, y uno de los argumentos empleados fue que “[l]a especial protección de las personas que se dedican a las ventas ambulantes obedece principalmente a que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad y debilidad por sus condiciones de pobreza o precariedad económica (...)”.

Aunque los supuestos fácticos del sub examine difieren del antecedente en cita, este resulta revelador para los efectos del presente proveído, en la medida en que la regla de especial protección en razón de la situación económica le resulta plenamente aplicable; más si se desprende del tenor literal del inciso 3º del artículo 13 de la Constitución Política.

2.5.4. Pues bien, a la Sala no le queda la menor duda de que en ese nefasto contexto se encuentra el señor **CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO**, en quien convergen todos los motivos descritos para ser objeto de una protección constitucional reforzada, según se advierte de la relación de pruebas expuestas en el argumento “2.5.4.” de esta sentencia.

Cuenta con 77 años de edad, y esto lo sitúa ampliamente en el rango de la tercera edad, lo cual no demanda mayor análisis y discusión, pues resulta evidente que superó con amplitud –hace más de 5 años– los parámetros de expectativa de vida de los colombianos, advertidos por el Gobierno Nacional y aceptados por la justicia constitucional.

Padece insuficiencia renal crónica y problemas coronarios severos, tanto así que en 2012 fue sometido a una cirugía de corazón abierto. Ambas patologías son de aquellas consideradas catastróficas, ruinosas o de alto costo.

Para ello, véase el artículo 5º de la Ley 972 de 2005¹³ que habla de “... enfermedades consideradas ruinosas o catastróficas en particular el VIH/SIDA, la Insuficiencia Renal Crónica y el Cáncer...”; y en el mismo orden, los artículos 58 y 66 del Acuerdo 29 de 2011¹⁴ de la Comisión de Regulación en Salud, que incluye las enfermedades cardiovasculares entre las de alto costo. Esto, sin contar los innumerables fallos de la Corte Constitucional¹⁵ en los que se les ha dado tal connotación.

Ahora, es cierto que los documentos clínicos que obran en el plenario son de 2012, pero ello no es razón para descartar la existencia del hecho que se explica respecto del tutelante, pues las reglas de la experiencia enseñan que los daños ocasionados por este tipo de afecciones a órganos vitales como los que tiene comprometidos, generalmente, son irreversibles y, por demás, tienden a empeorar, dado su carácter degenerativo. Lo anterior, sumado a los testimonios actuales rendidos extrajudicialmente por personas cercanas a él, que dieron fe de su malestar.

Y por último, pero no por ello menos significativo, se destaca la precaria situación económica por la que atraviesa el señor **CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO**.

10 Corte Constitucional, sentencia T-581 A de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo.

11 Ibídem.

12 M. P. María Victoria Calle Correa.

13 Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida.

14 Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud.

15 Cfr. sentencias T-421 de 2015, M. P. Myriam Ávila Roldán; T-160 de 2014, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-206 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-056 de 2015, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez; T-862 de 2010, M. P. María Victoria Calle Correa; y T-461 de 2012, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

Salta a la vista que recibe una pensión de un salario mínimo, disminuida por los descuentos para aportes al sistema de seguridad social en salud y para el cumplimiento de obligaciones contraídas con entidades financieras, que hizo que, en 2015, recibiera una asignación mensual equivalente a \$375.534, que resulta insuficientes para su congrua subsistencia, tomando en consideración que solo por concepto de arriendo debe pagar la suma de \$250.000, pues el hecho de que actualmente no este asumiendo tal obligación, no quiere decir que no lo tenga que hacer en cualquier momento, pues la obligación con su arrendador, a pesar de la mora, sigue vigente.

Conviene acotar que, según cifras del DANE¹⁶, “El valor de la línea de pobreza monetaria extrema, por bogar, para el año 2015 fue de \$408.436”. Nótese que el ingreso neto del actor está por debajo de esa cifra. Eso sin contar el valor de los cánones adeudados, que no le han generado las consecuencias jurídicas de rigor, gracias a la generosidad de su arrendador; así como el hecho de que, actualmente, según lo corroboran las declaraciones extrajuicio enunciadas, vive de la caridad pública.

Luego, en retrospectiva, resulta evidente que el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO, por su avanzada edad, precario estado de salud y lamentables condiciones económicas, se encuentra en circunstancias de vulnerabilidad y situación de debilidad manifiesta, que lo convierten en sujeto de especial protección constitucional.

2.5.5. Siendo así, es apenas lógico concluir que sería desproporcionado someterlo al desgaste de un procedimiento ordinario, lo cual conduce a la Sala a descartar la viabilidad de un examen sobre los defectos endilgados a los autos que rechazaron la demanda ejecutiva en cuestión¹⁷, comoquiera que, en el mejor de los casos, de hallarse probado alguno, la condigna implicación jurídica sería dejarlas sin efecto para que se siga adelante con las actuaciones propias de la ejecución, cuyo trámite, como se explicó, resultaría nefasto de cara a las expectativas del señor AGUIRRE AGUDELO.

Lo anterior obedece a una medida de protección extraordinaria, comprendida dentro de las facultades conferidas al juez de tutela, quien no puede permanecer impávido cuando observa un escenario latente de vulneración de derechos fundamentales de tal magnitud, pues las características especiales del mecanismo de amparo lo imponen de esa manera.

2.5.6. Es criterio reiterado de esta Sala que en los eventos en los que se examina la vulneración derivada de una providencia judicial, la valoración de los cargos se debe realizar con mayor rigor, habida cuenta que puede resultar afectada la cosa juzgada, el respeto por la autonomía judicial¹⁸, la protección de los derechos obtenidos de buena fe por parte de terceros, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales¹⁹.

2.5.7. Sin embargo, cuando no es esto lo que escudriña el juez constitucional, este operador jurídico, según lo ha admitido esta Sección²⁰, goza de una mayor amplitud de facultades²¹, lo cual le permite, como conductor del proceso, reparar, inclusive, sobre aspectos que aparentemente no son el punto central de la discusión, pero que resultan determinantes a efectos de garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva y los derechos fundamentales del accionante.

2.5.8. Aclarado lo anterior, es necesario abundar en otras razones que permiten a la Sala prescindir del examen respecto de las providencias censuradas y abordar directamente el tema asociado a la vulneración derivada del no pago de las acreencias pensionales que reclama el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO.

16 <http://www.dane.gov.co/index.php/esp/estadisticas-sociales/pobreza/87-sociales/calidad-de-vida/6507-pobreza-monetaria-y-multidimensional-2015>. Consultado el 8 de abril de 2016.

17 Cfr. capítulo “1.3.” del presente proveído.

18 Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

19 Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

20 C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 7 de septiembre de 2015, exp. No. 11001-03-15-000-2014-04126-01.

21 Cfr. Corte Constitucional, A-053 de 2002, T-484 de 2011, A-165 de 2011, A-287 de 2001 y A-306 de 2013.

Sobre el particular, resulta imperioso recabar en la ineficacia del proceso ordinario²² de cara a las apremiantes circunstancias del peticionario, pues, según se reseñó en precedencia, comparadas con la duración del mismo, “sus expectativas de vida son mucho menores” y es por esto que “la acción de tutela tiene la virtud de convertirse en el mecanismo idóneo para asegurar el respeto de sus derechos.”²³.

A esta consideración no escapa ni siquiera el proceso ejecutivo, pues, aunque la Corte Constitucional y el Consejo de Estado coinciden en que, en principio, el mecanismo de amparo es improcedente para exigir el cumplimiento de obligaciones de dar, se ha aceptado que “... esta regla no es absoluta...”²⁴, dado que, en ciertos casos, como el sub examine, “... cuando está de por medio la afectación de otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad física y moral es procedente que mediante este mecanismo residual y subsidiario se ordene que el derecho debidamente reconocido se ejecute...”²⁵.

Estas consideraciones llevan a que el juez de tutela no pierda la competencia para determinar si asiste o no razón al peticionario al pretender el cumplimiento de la sentencia declarativa de 2006 y su auto aclaratorio, que reconocieron los derechos pensionales cuya ejecución ha perseguido incansablemente, según se verá más adelante; ni siquiera bajo la pretendida existencia de la caducidad de la acción ejecutiva, pues se ha dicho hasta la saciedad que es ineficaz para los fines del actor.

Además, vale recordar que no es a partir del día de hoy que el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO es sujeto de especial protección constitucional. Es notorio que sus condiciones de vulnerabilidad se prolongan hacia el pasado, ya que su pensión asciende a un salario mínimo desde hace más de una década, hay registros de que su estado de salud es crítico al menos desde 2012 y hace ya un quinquenio que superó la expectativa de vida proyectada para cualquier colombiano.

En ese estado de cosas, es menester precisar que, de conformidad con los pronunciamientos de esta Sala²⁶, cuando una sentencia fue dictada al amparo de las normas del CCA, su cumplimiento también se supedita a esa preceptiva, aunque se exija en vigencia del CPACA.

Siguiendo esa lógica, se advierte que los 5 años siguientes a la exigibilidad de las providencias de 2 de noviembre de 2006²⁷ y de 26 de julio de 2007²⁸, fenecían el 30 de mayo de 2014²⁹.

Y fue así porque la última de tales decisiones quedó ejecutoriada el 30 de noviembre de 2007³⁰. Luego, los 18 meses de que trata el artículo 177 del CCA se cumplieron el 30 de mayo de 2009. Entonces, si la caducidad de la acción ejecutiva es de 5 años y se cuenta desde la exigibilidad del título (sentencia), significa que hasta el 30 de mayo de 2014 la demanda era oportuna.

Durante ese interregno (2009-2014), ya el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO se encontraba en circunstancias de debilidad manifiesta que hacían procedente la tutela. Esto significa que ni aun ante el hecho de haberse presentado una acción ejecutiva oportuna el juez constitucional hubiera perdido su competencia para conocer de la vulneración por el no pago de las acreencias reclamadas.

22 Se refiere la Sala, particularmente, al proceso ejecutivo, al que ni siquiera aplica el régimen de medidas cautelares de algunos procesos contenciosos de carácter declarativo.

23 Sentencia T-482 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

24 Corte Constitucional, sentencia T-441 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

25 Ibídem.

26 C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 7 de septiembre de 2015, exp. No. 11001-03-15-000-2014-04126-01; C. P. Susana Buitrago Valencia, 23 de octubre de 2014, exp No. 11001-03-15-000-2014-00300-01.

27 Cfr. hecho “1.2.5.”.

28 Cfr. hecho “1.2.6.”.

29 Recuérdese que la demanda ejecutiva se presentó el 24 de julio de 2014. Cfr. hecho “1.2.12.”.

30 Según constancia visible a folio 327 del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho.

En ese orden de ideas, resulta inobjetable que nada enerva la potestad de la Sala para, en ejercicio de sus poderes oficiosos como conductora del trámite constitucional, analizar una vulneración de derechos fundamentales derivada, como se dijo, del incumplimiento de las providencias declarativas de 2006 y 2007 por parte de la UGPP.

2.5.9. De acuerdo con este panorama, la Sala anticipa que, en esta oportunidad, lo que ha hecho nugatorios los derechos fundamentales del peticionario, referidos en el argumento “2.5.2.” del presente proveído, son las actuaciones y omisiones administrativas inherentes a la UGPP y, en su momento, a CAJANAL, dentro del trámite de reconocimiento y pago de sus derechos pensionales, tal y como se pasa a explicar.

2.5.10. Antes de proseguir con tal estudio, resulta útil señalar que la UGPP³¹ fue debidamente vinculada al proceso de tutela, dentro del cual intervino, una vez que, en virtud de lo ordenado en el auto admisorio³², le fue dada a conocer la solicitud de amparo, en la que, valga advertir, el actor dejó muy en claro cuáles fueron las actuaciones administrativas desplegadas por aquella en cuanto atañe al reclamo de sus derechos de pensión.

2.5.11. Con esa salvedad, es imperioso reseñar, con mayor detalle, algunos de los hechos más relevantes de lo que fue el trasegar del accionante en punto a la reliquidación de su pensión de jubilación.

- El 30 de septiembre de 1976 terminó su vinculación con la Rama Judicial, siendo el último cargo desempeñado el de Juez Promiscuo Municipal de Guayabal de Siquima en interinidad (fl. 9 cdno N.R.).*
- Con Resolución de 11 de abril de 2001 CAJANAL le reconoció su pensión, a partir de 24 de noviembre de 1993 –fecha en la que cumplió los 55 años de edad–, pero con efectos fiscales desde el 9 de junio de 1994, bajo el marco de la Ley 33 de 1985, tomando como factores salariales la asignación básica y el sobresueldo devengados durante el último año de servicios. El monto fue de \$3.065,62, elevado a \$98.700 –smmlv en 1994– (fl. 35 cdno. N. R.).*
- El 9 de mayo de 2002 pidió a CAJANAL que reliquidara su pensión de vejez aplicando el Decreto 546 de 1971, indexara la primera mesada y pagara las diferencias resultantes. Empero, esto le fue negado con Resolución No. 28701 de 2002.*
- El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo de tutela de 14 de julio de 2005, ordenó reliquidar su pensión de conformidad con el Decreto 546 de 1971, aplicando los respectivos factores salariales (fl. 260 cdno N. R.). En cumplimiento, CAJANAL emitió la Resolución No. 39079 de 21 de noviembre de 2005 con la que reliquidó su pensión en cuantía de \$81.510 –smmlv en 1993– (fl. 222 rev.).*
- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, con fallo único de instancia dictado el 2 de noviembre de 2006, accedió a las súplicas de la demanda y, a título de restablecimiento, entre otros aspectos, ordenó a CAJANAL:*

“... efectuar una nueva liquidación de la pensión de la [sic] demandante CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO identificado con la C.C. No. (...), a parir del 24 de noviembre de 1993; aplicando el 75% a la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios, es decir, durante el período comprendido entre el 1º de agosto de 1976 al 30 de julio de 1977; incluyendo los factores salariales: la prima de antigüedad y prima de navidad, pero con efectos fiscales a partir del 10 de mayo de 1999 por haber operado el fenómeno de la prescripción, para lo cual deberá tenerse en cuenta los reajustes pensionales” (fl. 295 cdno N. R.)

³¹ Quien sustituyó a la extinta CAJANAL en lo concerniente al reconocimiento y pago de pensiones.

³² Cfr. capítulo “1.5.” de esta sentencia.

1.2.6. Dicha sentencia fue adicionada con proveído de 26 de julio de 2007, ejecutoriado el 30 de noviembre de 2007, en los siguientes términos:

“NOVENA: Condenar a la Caja Nacional de Previsión Social, a pagar la primera mesada pensional indexada y cada una de las mesadas atrasadas al señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO, identificado con la cédula de ciudadanía No. (...), sumas que se reconocerá a partir del 24 de noviembre de 1993, pero con efectos fiscales desde el 10 de mayo de 1999, en virtud de la prescripción trienal de las mesadas pensionales, aplicando los reajustes legales” (fl. 295 cdno N. R.).

- Para dar cumplimiento al fallo contencioso, CAJANAL expidió la Resolución No. 2067 de 2008 con la cual reliquidó la pensión en cuantía de \$10.611,83 elevada a \$25.229,24 al aplicarle el IPC del año de retiro, elevada a su vez a \$85.510 –smmlv en 1993–, a partir del 24 de noviembre de 1993 y con efectos fiscales desde el 10 de mayo de 1999. Para ello conjugó los factores salariales ordenados, que devengó en el último año de servicios (fls. 222 rev. y 291).

El “artículo segundo” de dicha resolución fue del siguiente tenor: “Pagar la primera mesada pensional indexada y cada una de las mesadas atrasadas a la señor [sic] CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO, a partir del 24 de noviembre de 1993, pero con efectos fiscales desde el 10 de mayo de 1999, según lo ordenado en el fallo al cual se está dando cumplimiento” (fl. 292).

Su octavo, del siguiente: “Se le advierte al interesado que para efectos de incluir en nómina el retroactivo, si a ello hubiere lugar, en virtud del cumplimiento del fallo al que está dando cumplimiento esta resolución, previamente deberá acreditar mediante declaración extrajudicial que no ha iniciado cobro alguno por vía ejecutiva de los derechos reconocidos en esta providencia. En caso de que haya iniciado cobro por vía ejecutiva deberá presentar certificación del correspondiente despacho judicial en donde se acredite los valores y períodos cancelados al igual que la constancia de terminación de dicho proceso” (fl 292).

- Mediante Resolución No. 249 de 15 de enero de 2009, CAJANAL adicionó el anterior acto administrativo, en el sentido de ordenar el descuento de la liquidación de aportes (fl. 222 rev.).
- A través de la Resolución No. PAP 55307 de 27 de mayo de 2011, CAJANAL revocó la Resolución No. 249 de 2009, toda vez que el actor no cotizó en vigencia de la Ley 100 de 1993 (fls. 222 rev y 327).
- El 21 de enero de 2013 presentó petición a la UGPP³³ para que diera cumplimiento a lo ordenado en las providencias de 2006 y 2007, señalando que nunca se actualizó “... el monto del salario devengado entre 1 de agosto de 1976 y el 30 de junio de 1977” (fl. 68). La entidad, en Resolución No. RPD 011112 de 7 de marzo de 2013, negó la solicitud, con fundamento en que “... el fallo [de 2006] en ningún momento ordena la indexación de la primera mesada, sino que solo se ordenó la indexación de las diferencias que resultaren de la liquidación” (fls. 94, 222 rev. y 288).
- El 20 de junio de 2013 (fls. 87, 89 y 98), el actor presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría, a fin de llegar a un acuerdo con la UGPP sobre la nulidad de la Resolución de 7 de marzo de 2013 y obtener la consecuente indexación de la primera mesada (fl. 99).

El 31 de julio de 2013, el Ministerio Público refrendó el acuerdo conforme con el cual la UGPP se comprometía a pagar al señor AGUIRRE AGUDELO, en 6 meses, la indexación de la primera mesada conforme con la variación del IPC entre 1977 y 1993 y la diferencia de las mesadas, aplicando las prescripciones extintivas de rigor, pero sin pagar indexación o intereses por las sumas adeudadas (fl. 88). El acuerdo contó con la aprobación unánime del comité de conciliación de la UGPP.

Cabe destacar que una de las condiciones pactadas fue que el demandante aportara “... declaración juramentada de no haber iniciado proceso ejecutivo en contra de la UGPP...” (fl. 88).

33 Quien sustituyó a la extinta CAJANAL en sus obligaciones pensionales.

El acuerdo fue improbadamente judicialmente en auto de 13 de septiembre de 2013 porque la indexación de la primera mesada fue objeto de pronunciamiento en las providencias dictadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en 2006 y 2007 y porque en lo convenido no se especificó la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.

- *La UGPP, con Resolución No. 5735 de 19 de febrero de 2014, modificó la de 11 de abril de 2001 de CAJANAL, en el sentido de indicar que se elevaba al salario mínimo de la época en que adquirió el estatus pensional –1993–, esto es, a \$81.510. Recuérdese que inicialmente se había elevado a \$98.700, concordante con el de 1994. El recurso interpuesto por el actor se declaró improcedente con “auto ADP 002906 de 21 de marzo de 2014” (fls. 222 rev-223).*
- *Luego vino la demanda ejecutiva de 24 de julio de 2014 (fl. 262), que dio lugar a los autos de 30 de abril y 29 de octubre de 2015 dictados por el Juzgado 20 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Sección Segunda y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, respectivamente.*

2.5.12. A partir de este relato de hechos probados y documentados dentro del presente proceso, emergen con claridad varias conclusiones. Veamos:

El proceso por el que tuvo que atravesar el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO, desde que cesó su vinculación con la Rama Judicial –hace casi 40 años–, ha sido sumamente desgastante y está plagado de un cuantioso cruce de peticiones, resoluciones, acuerdos y providencias, promovidas, en su gran mayoría, por éste, en procura de la definición y concreción de sus derechos pensionales, lo cual resulta ajeno a los principios que deben gobernar las relaciones entre los particulares y el Estado.

Ahora bien, es cierto que la controversia asociada con la reliquidación de su pensión data de 2002. Sin embargo, tampoco resulta apropiado el hecho de que se hubiese extendido por aproximadamente 14 años, toda vez que ello se opone a la garantía real de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, que imponen la prontitud como una de sus facetas trascendentales, ya que las prestaciones reclamadas redundan en la calidad de vida de su beneficiario.

Con la sentencia de 2 de noviembre de 2006 y su aclaración de 26 de julio de 2007, se declaró judicialmente el derecho que le asiste al actor a la reliquidación de su pensión, con la debida inclusión de los factores salariales que allí se especificaron, pero sobre todo a la indexación de su primera mesada, acompañada del pago de las diferencias que de ello resultan, sin dejar de lado la respectiva prescripción trienal³⁴.

Desde entonces, de todas estas acreencias, el punto central de la controversia ha gravitado en torno a la indexación de la primera mesada y al pago de las sumas que de ello derivan, lo cual, asegura el demandante, no ha ocurrido.

2.5.13. Pues bien, a juicio de esta Sala, le asiste razón el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO cuando afirma que la administración se ha mostrado renuente a reconocerle los derechos que constitucional y legalmente le asisten; y más que eso, ha desafiado de manera sistemática a la justicia al desconocer las providencias judiciales con las que le fue reconocido su derecho pensional.

Si bien CAJANAL expidió la Resolución No. 2067 de 2008 con la cual pretendió dar cumplimiento a las providencias de 2006 y 2007, lo cierto es que este cumplimiento fue parcial y, en algunos aspectos, aparente.

En dicho acto administrativo, por un lado, (i) calculó el IBL del actor con el 75% de la asignación mensual más elevada del último año de servicios, obteniendo como resultado un monto equivalente

³⁴ No es otra sino a la que se hace alusión en las providencias declarativas de los años 2006 y 2007, que se concreta en los efectos fiscales a los que aluden dichas sentencias.

a \$10.611,83 que elevó a \$25.229,24 aplicando el IPC del año de retiro, y a su vez a \$85.510 por ser el *smmlv* en 1993; y por el otro, pagar la primera mesada indexada (ii) cuando el actor acreditara la inexistencia de cualquier proceso ejecutivo vigente.

Sin embargo, la Sala presenta serios reparos con lo que refleja tal Resolución, por las razones que se pasan a explicar.

2.5.14. En primer lugar, si se parte de que el ingreso base de liquidación del señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO era de \$10.611,83³⁵, calculado con el salario devengado entre 1976 y 1977, aplicada la correspondiente tasa de retorno, mal podría decirse que esta suma, correspondiente a su primera mesada, arrojará un valor inferior a un salario mínimo luego de indexada al año de 1993.

Para efectos de corroborar lo anterior, la Sala se permite realizar el siguiente ejercicio pedagógico, a título ilustrativo, para evidenciar la diferencia que podría existir entre lo que se le ha venido reconociendo y las sumas que derivarían del efectivo cumplimiento de las sentencias declarativas, tal y como se sigue. Dicha liquidación se realiza de forma excepcionalísima, por las particulares circunstancias del caso, ya que la regla general es que el juez de tutela no se adentre en ese campo.

El procedimiento aritmético que muestra lo dicho como soporte la siguiente fórmula, adoptada por la jurisprudencia constitucional³⁶ y contenciosa que explican las providencias declarativas:

$$R = Rb * (IPC \text{ final} / IPC \text{ inicial})$$

Donde R = valor de la primera mesada indexada, Rb es el valor histórico o a indexar (\$10.611,83), el IPC final es el aplicable a la fecha en la que se adquirió el estatus pensional (24 de noviembre de 1993³⁷) y el IPC inicial es el aplicable al momento en que terminó su vinculación laboral con la Rama Judicial (1° de agosto de 1977³⁸). Cabe recordar que "... a partir de la vigencia de la Ley 794 de 2003, los indicadores económicos nacionales, tales como el índice de precios al consumidor, son hechos notorios..."³⁹.

Descendiéndola al caso concreto, encontramos:

$$R = \$10.611,83 * (17,39507 / 0,52181)$$

$$R = \underline{\$353.756,206}$$

En ese orden de cosas, es claro que el valor de la primera mesada indexada del actor, esto es, la que eventualmente debió recibir a partir del momento en que adquirió su estatus pensional, sería de \$353.756,206⁴⁰ y no de \$85.510,00, como erradamente lo calculó la UGPP, que correspondía al salario mínimo de la época (1993), pues los cálculos sugieren que debería recibir 4,13 veces esa

35 Que corresponde al 75% del Salario más elevado devengado durante el último año de servicios. Según se señala en la Resolución de 2008 el actor percibió una asignación básica de \$11.700, una prima de antigüedad de \$242, una prima de navidad de 2.200 y un reajuste de \$7,10; que en total suman \$14.149,10, a los cuales se les aplicó el referido porcentaje.

36 Cfr. sentencia SU 120 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis y T-095 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería.

37 Cabe recordar que como las mesadas pensionales se actualizan con el IPC del año anterior, el IPC inicial, para efectos de este ejercicio, será el de 1976.

38 Cabe recordar que como las mesadas pensionales se actualizan con el IPC del año anterior, el IPC final, para efectos de este ejercicio, será el de 1992.

39 Corte Constitucional, sentencia T-098 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería.

40 Se aclara que por razones técnicas, el ejercicio realizado por la Sala a modo de ilustración, podría no ser del todo exacto, pero en cualquier caso, el margen de error sería mínimo y se debe a la precisión de las fechas que se toman en cuenta para la liquidación. De cualquier manera, lo que busca este cálculo es mostrar un bosquejo de lo que es el real impacto del incumplimiento de las providencias declarativas de 2006 y 2007.

cantidad, que igualmente, en lo sucesivo, debía incrementarse, año tras año, en los términos de ley, incluyendo las diferencias y demás emolumentos que, en su caso, le fueron concedidos por la vía jurisdiccional.

No obstante, se insiste, desde que le fue reconocida su pensión en 2001 y hasta el día de hoy, las mesadas devengadas por el libelista siguen siendo de un salario mínimo, y esto, en sí mismo, constituye una violación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al acceso a la administración de justicia, cuando se sabe que lo que debería percibir supera ampliamente esa cifra.

Así las cosas, no es cierto que se haya dado cumplimiento a dichas providencias declarativas. En cambio, lo que se observa es la realización de toda una serie de maniobras artificiosas por parte de la administración para sustraerse de sus obligaciones legales, que evidencian su renuencia a acatar lo mandado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y su desinterés por los intentos que realizó el peticionario para que ello no fuera así, tal y como, por ejemplo, lo muestra la Resolución No. RPD 011112 de 7 de marzo de 2013 con la que, además de reiterar la No. 2067 de 2008, osadamente afirmó que por vía judicial nunca se ordenó la indexación de la primera mesada.

2.5.15. Por otro lado, llama la atención de la Sala el hecho de que CAJANAL y la UGPP condicionaran el pago de la sentencia de 2006 y su auto aclaratorio de 2007 a que el actor demostrara la no iniciación de un proceso ejecutivo, lo cual no solo hizo en la mencionada Resolución de 2008 sino también en el trámite del acuerdo conciliatorio que refrendó el Ministerio público el 31 de julio de 2013, cuando el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO aún se encontraba en tiempo para ejercer una acción judicial de esa naturaleza sin el temor de enfrentarse a una eventual caducidad.

Para este juez constitucional colegiado, la recomendación del Comité de Conciliación de la UGPP de acceder al pedido del actor, tan solo unas cuantas semanas después de haber recabado vehementemente en la inexistencia de las acreencias reclamadas, revela que nunca se dio cumplimiento efectivo a las providencias declarativas, al menos en cuanto a la indexación de la primera mesada se refiere y al pago de las diferencias resultantes, pues no de otra forma se explica el sentido del concepto emitido por sus propios funcionarios.

Y en similar dirección, ello muestra que el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO estuvo todo el tiempo a merced de los artilugios jurídicos de la entidad, que lograron distanciarlo de la efectiva obtención de su derecho prestacional, pues si bien las diligencias conciliatorias –al igual que los actos administrativos previos– técnicamente no impedían la presentación de una demanda de ejecución, sí lograron coartar la voluntad del actor para no acudir a ese mecanismo, pues ofrecían la ilusión de que su derecho se concretaría sin mediar nuevas actuaciones jurisdiccionales. Esto se explica por el estado de necesidad y las condiciones de vulnerabilidad en las que se encontraba, que, indiscutiblemente, alentaron la aceptación de una solución inmediata –por desventajosa que fuera–, frente otra de largo plazo –más beneficiosa–, que no pudo ser activada, en parte, por un comportamiento deletéreo de sus intereses, imputable a la entidad pensional –llámese CAJANAL o UGPP–.

2.5.16. Es así que la sola prolongación de la controversia en el tiempo o la simple idea de que el tutelante estuviera abocado a incoar una acción ejecutiva, dadas sus lamentables condiciones, resultan lesivas de sus derechos fundamentales y denotan un comportamiento inadmisibles por parte de un órgano del Estado cuya misión es asegurar sus garantías pensionales y beneficios inherentes. Recuérdese que la protección de los derechos fundamentales no es una tarea exclusiva de los jueces, ni siquiera del de tutela; pensar lo contrario sería vaciar de contenido toda la filosofía que inspira el Estado Social de Derecho.

En esas circunstancias, ignorar los muchos esfuerzos del actor por ver concretada la indexación de su primera mesada y el pago de todas las sumas que de ello derivan, comportaría un imperdonable desatino y una denegación de justicia constitucional que desbordaría los cotos mínimos de razonabilidad que se predicán de este mecanismo preferente de protección; máxime cuando él único reproche que le cabría a dicho accionante fue el no haber hecho uso de una acción ordinaria, cuya idoneidad, en su caso concreto, ha sido rebatida hasta la saciedad.

2.5.17. *Es por ello que, ante situaciones como la descrita, esta Corporación ha reaccionado de forma contundente, trascendiendo límites formales que se oponen a los designios del Constituyente de 1991, para darle cuerpo a su mandato, honrando su compromiso con la protección de los derechos fundamentales a través de ordenes tuitivas contenidas en sus diferentes pronunciamientos, cuandoquiera que su infracción recae sobre aquellas personas a las que la propia Constitución ha conferido una protección reforzada.*

Así, por ejemplo, esta Sección, en sentencia de 27 de agosto de 2015⁴¹, amparó los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de dos mujeres de avanzada edad, que se vieron afectadas en razón de providencias proferidas tres años antes de la respectiva solicitud de amparo, pero sin dar orden alguna a las autoridades judiciales en su momento acusadas, sino ordenando directamente a la administradora de fondos pensionales el reconocimiento y pago de las respectivas prestaciones.

Por su parte, la Sección Primera, en fallo de 5 de marzo de 2016⁴², amparó los derechos fundamentales de un pensionado al que la UGPP había modificado unilateralmente el valor de su pensión, a pesar de que previamente dicha entidad la había ajustado en cumplimiento de un fallo judicial.

La misma Sección, en decisión de 16 de octubre de 2014⁴³, concedió el amparo definitivo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de un sujeto de especial protección, dada su considerable pérdida de capacidad laboral, ordenado a la UGPP, sin que mediara trámite contencioso alguno, que le reconociera y pagara la pensión de sobreviviente.

A su turno, la Sección Segunda, Subsección “A”, en providencia de 18 de noviembre de 2015⁴⁴, ordenó transitoriamente el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, al comprobar la afectación del mínimo vital de la correspondiente accionante, mientras acudía al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Yendo más allá, la Subsección “B” de esa Sección, en fallo de 20 de octubre de 2015⁴⁵, amparó de manera definitiva el derecho fundamental al debido proceso de una mujer en condición de discapacidad y ordenó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que pagara una reliquidación pensional que había sido reconocida judicialmente, por considerar que aquel ente era el causante de la vulneración, a pesar de que la tutela se dirigió contra el fallo contencioso declarativo.

La Sección Cuarta también ha propugnado por fallos de amparo en circunstancias extraordinarias que comprometen garantías supremas a sujetos de especial protección constitucional, según se mira en pronunciamiento de 13 de junio de 2013⁴⁶.

2.5.18. *De conformidades con los anteriores motivos, y siguiendo la línea jurisprudencial de la Corporación en tratándose de casos como el sub examine, la Sala, con efectos definitivos, amparará los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana y de acceso a la administración de justicia del señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO y ordenará a la Unidad Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales –UGPP– que, dentro de un término que no podrá exceder de 10 días, contados a partir de la notificación de presente proveído, dé cabal cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” en el fallo único de instancia dictado el 2 de noviembre de 2006, adicionado con proveído de 26 de julio de 2007.*

41 C. P. Alberto Yépes Barreiro, exp. No. 47001-23-31-000-2015-00146-01.

42 C. P. Guillermo Vargas Ayala, exp. No. 11001-03-15-000-2014-04270-00.

43 C. P. María Elizabeth García González, exp. No. 25000-23-42-000-2014-02642-01.

44 C. P. Gabriel Valbuena Hernández, exp. No. 76001-23-33-000-2015-00990-01.

45 C. P. Gerardo Arenas Monsalve, exp. No. 25000-23-41-000-2015-01441-01.

46 C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, exp. No. 25000-23-36-000-2013-00490-01.

En tal sentido, el ente administrativo deberá liquidar y pagar las diferencias pensionales a que haya lugar, teniendo especial cuidado de indexar la primera mesada del actor y de aplicar todas las consecuencias jurídicas que de ello deriven, según fue ordenado en las mencionadas providencias declarativas de 2006 y 2007, y acorde con lo que se explicó en la parte considerativa de esta decisión constitucional de amparo⁴⁷.

Dentro del mismo término, informará a la Sala sobre el cumplimiento de lo ordenado en la presente sentencia de tutela, a efectos de que, de ser necesario, se inicien, incluso de oficio, todos los trámites incidentales pertinentes para que la vulneración de los derechos fundamentales que se protegen no se prolongue en el tiempo, según lo previene el Decreto 2591 de 1991.

(...)

Decisión: “AMPARAR, con efectos definitivos, los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana y de acceso a la administración de justicia del señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO.

ORDENAR a la Unidad Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales –UGPP– que, dentro de un término que no podrá exceder de 10 días, contados a partir de la notificación de presente proveído, dé cabal cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” en el fallo único de instancia dictado el 2 de noviembre de 2006, adicionado con proveído de 26 de julio de 2007, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. 25000-23-25-000-2004-08542.

En tal sentido, deberá liquidar y pagar las diferencias pensionales a que haya lugar, teniendo especial cuidado de indexar la primera mesada del señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO y de aplicar todas las consecuencias jurídicas que de ello deriven, según fue ordenado en las mencionadas providencias declarativas de 2006 y 2007, y acorde con lo que se explicó en la parte considerativa de esta decisión constitucional de amparo.

ORDENAR a la Unidad Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales –UGPP– que, dentro del mismo término, informe a la Sala sobre el cumplimiento de lo ordenado en la presente sentencia de tutela, a efectos de que, de ser necesario, se inicien, incluso de oficio, todos los trámites incidentales pertinentes para que la vulneración de los derechos fundamentales que se protegen no se prolongue en el tiempo, según lo previene el Decreto 2591 de 1991.

(...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

⁴⁷ Especialmente en cuanto a la fórmula aplicable: $R = Rh * (IPC \text{ final} / IPC \text{ inicial})$.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00552-00(AC)

Actor: RAFAEL FERNANDO BERMÚDEZ LLANOS Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Asunto: Alegaron en la tutela el defecto procedimental por falta de notificación como terceros interesados en el trámite y decisión de las observaciones presentadas por el Gobernador del Huila, por la inconstitucionalidad e ilegalidad del Acuerdo No. 22 de 2015 expedido por el Concejo Municipal de Palermo – Huila.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2. Asunto bajo análisis

De acuerdo con los antecedentes de la acción de tutela y las intervenciones durante el trámite de esta instancia, corresponde a la Sala determinar, si la falta de notificación del trámite y con la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Huila se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y a la defensa de los TUTELANTES y del CONCEJO MUNICIPAL DE PALERMO – HUILA, de conformidad con los antecedentes de la presente acción.

(...)

5. Examen de los requisitos de procedibilidad

La Sala encuentra que el primero de los aludidos requisitos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales está superado en el presente caso, toda vez que, no se trata de tutela contra tutela, pues a través de la presente acción constitucional se ataca la sentencia de segunda instancia dictada en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

La inmediatez, en el presente caso no presenta problema alguno, ya que la acción de tutela se presentó el 26 de febrero de 2016¹ y la decisión judicial, dentro de la cual se presentó la presunta irregularidad que afectó los derechos alegados, quedó ejecutoriada el día 2 de febrero de 2016², término que para la Sala es razonable.

Finalmente, para la Sala se encuentra superado el requisito de la subsidiariedad, toda vez que, de conformidad con el Numeral 3º artículo 121 del Decreto No. 1333 de 1986, contra esta decisión no procede ningún recurso, ni siquiera el extraordinario, así lo ha indicado la jurisprudencia de la Corporación³.

1 Folio No. 12.

2 Folios Nos. 33 a 35. Copia expediente. Constancia de entrega de correo electrónico, del 28 de enero de 2016, de conformidad con el artículo 203 del CPACA.

3 Consejo de Estado – Sección Cuarta, sentencia del 6 de febrero de 1998, Magistrado ponente el doctor Germán Ayala Mantilla; expediente No. 8010, al resolver un recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de mayo 31 de 1996 del Tribunal Administrativo de Risaralda

6. Fondo del asunto

Procede la Sala a determinar si se afectaron los derechos alegados por los TUTELANTES y por el CONCEJO MUNICIPAL DE PALERMO – HUILA, quien al intervenir solicitó que le protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y a la defensa⁴, **al no haber sido notificados del trámite y decisión adoptada** por el Tribunal cuestionado en la presente acción constitucional y se configuró el defecto fáctico alegado.

6.1. De la situación irregular en el caso concreto

Los TUTELANTES así como el CONCEJO MUNICIPAL DE PALERMO – HUILA indicaron que **al no haber sido notificados del trámite y decisión adoptada** por el Tribunal Administrativo del Huila dentro del trámite que se inició por las observaciones que presentó el Gobernador de ese departamento contra el Acuerdo No. 22 del 17 de julio de 2015, por medio del cual se desafectó una zona verde en el municipio de Palermo, vulnera sus derechos al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y a la defensa.

Procede la Sala a determinar si la presunta irregularidad por falta de notificación tiene la entidad de afectar los derechos alegados como vulnerados con la actuación de Tribunal, debe revisar las normas que regulan el mencionado trámite.

Los alcaldes municipales, una vez sancionados los acuerdos expedidos por los concejos, deben remitir copia a los gobernadores para su revisión constitucional y legal, según lo ordena el artículo 82⁵ de la Ley 136 de 1994.

Por su parte, cuando los gobernadores, al revisar los acuerdos municipales, encuentran que son contrarios a la Constitución, la ley o las ordenanzas (numeral 10⁶ del artículo 305 de la Constitución Política) deberá remitirlo al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el departamento, junto con escrito donde exprese lo que se demanda y la solicitud de pruebas que pretenda hacer valer (artículos 119⁷ y 120⁸ del Decreto No. 1333 de 1986).

Recibida las objeciones por parte del gobernador, el Tribunal Administrativo debe cumplir con el trámite establecido en el artículo 121 del Decreto No. 1333 de 1986⁹, “por el cual se expid{ió} el Código de Régimen Municipal”, así:

4 Folio No. 123.

5 “Revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal”.

6 “Revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez”.

7 “Si el Gobernador encontrare que el acuerdo es contrario a la Constitución, la ley o la ordenanza, lo remitirá, dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha en que lo haya recibido, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste decida sobre su validez”.

8 “El Gobernador enviará al Tribunal copia del acuerdo acompañado de un escrito que contenga los requisitos señalados en los numerales 2 a 5 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). El mismo día en que el Gobernador remita el acuerdo al Tribunal, enviará copia de su escrito a los respectivos alcaldes, personero y Presidente del Concejo para que éstos, si lo consideran necesario, intervengan en el proceso”.

9 Sobre la normatividad preconstitucional la Corte Constitucional ha expresa que es “imprescindible tener en cuenta dos postulados básicos, a saber: (i) la regla del efecto general e inmediato de la Constitución del 91, y (ii) la regla de la presunción de subsistencia de la legislación preexistente”, frente al segundo de ello indicó en la sentencia C-571 de 2004, lo siguiente:

“la vigencia de la legislación preexistente, ha dicho esta Corte que en ella se satisfacen de manera distinta el principio de seguridad jurídica y certidumbre, ya que el criterio constitucional dominante es el que reconoce que la derogatoria expresa de la Constitución de 1886 por el artículo 380 de la actual Carta Política, no conlleva una eliminación en bloque del ordenamiento jurídico anterior. Para este Tribunal, en la medida que el nuevo Estatuto Superior no consagró una cláusula general o especial

“Al escrito de que trata el artículo anterior, en el Tribunal Administrativo se dará el siguiente trámite:

1. Si el escrito reúne los requisitos de ley, el Magistrado sustanciador ordenará que el negocio se fije en lista por el término de diez (10) días durante los cuales el fiscal de la corporación y cualquiera otra persona podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas.

2. Vencido el término de fijación en lista se decretarán las pruebas pedidas por el Gobernador y los demás intervinientes. Para la práctica de las mismas se señalará término no superior a diez (10) días.

*3. Practicadas las pruebas pasará el asunto al despacho para fallo. El Magistrado dispondrá de diez (10) días para la elaboración de la ponencia y el Tribunal de otros diez (10) días para decidir. **Contra esta decisión, que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados, no procederá recurso alguno**¹⁰.*

Para la Sala de la anterior regulación se concluye: i) la notificación a terceros interesados se realiza por fijación en lista; ii) durante el término de fijación cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar el acuerdo municipal; iii) el Tribunal Administrativo realiza un estudio en abstracto de la validez constitucional y legal del acuerdo; y iv) contra la decisión que adopte el Tribunal Administrativo no procede ningún recurso.

Procede la Sala a estudiar la copia del expediente No. 41001-23-31-000-2015-00719-00 adelantado por el Tribunal Administrativo del Huila por las observaciones presentadas por el Gobernador de ese departamento contra el Acuerdo No. 22 de 2015 del municipio de Palermo, para finalmente poder concluir si existió la afectación de los derechos alegada por los TUTELANTES y por el CONCEJO MUNICIPAL DE PALERMO.

A folios Nos. 1 a 17, se encuentra el escrito remitido por la Gobernación del Huila solicitando a la autoridad judicial decida sobre la validez del acuerdo mencionado.

*El Tribunal Administrativo del Huila, al cumplirse los requisitos de ley, profirió auto donde **ordenó fijar en lista por el término de 10 días para los fines establecidos en el artículo 121 del Decreto No. 1333 de 1986, es decir, para que “el fiscal de la corporación y cualquiera otra persona podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas”** (folios No. 20).*

A folio No. 25, se observa constancia de la Secretaría General del Tribunal Administrativo del Huila, donde se indicó que vencido el término de fijación en lista no se dio ninguna intervención y realizó el paso al despacho para el fallo.

*A folios Nos. 26 a 32 se encuentra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, por medio de la cual, resolvió **“ACOGER las observaciones del gobernador del Huila al Acuerdo No. 022 de julio 17 de 2017 del municipio de Palermo, por medio del cual se desafectaron las zonas verdes de uso público que se dejaron mencionadas en los antecedentes y consideraciones de esta decisión y por lo tanto el mismo deviene inconstitucional e ilegal y NO PRODUCE EFECTOS JURÍDICOS”**.*

de derogatoria de la normatividad preconstitucional, lo que hace su normatividad es producir un efecto retrospectivo sobre la legalidad preexistente, que implica proyectarle en forma automática todos sus mandatos superiores, de modo que aquella sólo está condenada a desaparecer cuando sus normas no armonicen con las nuevas reglas constitucionales o cuando hayan sido modificadas o sustituidas por estas últimas”.

10 Negrilla no es del original.

6.2. Defecto fáctico

Como se indicó en las antecedentes, en el hecho décimo de la tutela, planteó un **defecto fáctico**, al sostener que el Tribunal del Huila al estudiar el “**concepto de violación**” presentado en las observaciones del Gobernador del Huila, “no desplegó las actividades de recaudo de pruebas y análisis necesarios para determinar que el Acuerdo 022 de 2015, constituye un desarrollo para el Municipio de Palermo”¹¹.

Frente la anterior situación la Sala encuentra, que no se dan los presupuestos para que se configure el defecto fáctico, como se fijó en decisión de tutela del 12 de noviembre del 2015, radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01¹², donde se indicó que una de las formas de estructurarse el defecto fáctico radica en la **omisión de decreto y práctica de pruebas indispensables para fallar** y tal circunstancia no se presentó en el caso bajo estudio, pues claramente se dejó establecido al estudiar la presunta afectación del derecho al debido proceso (numeral 6.1 de la consideraciones), la labor del Tribunal Administrativo se concreta en realizar **un estudio en abstracto de la validez constitucional y legal del acuerdo objetado**; por lo que el hecho de haber decreto pruebas en el sentido planteado por el tutelante, no habría variado la decisión pues el Acuerdo desafectó bienes de uso público (zonas verdes) para ser enajenadas; frente a lo cual el Tribunal expresó:

“Es claro que las franjas de terreno desafectadas en el acuerdo tema de este asunto, por ser una zona verde pública, se trata de un bien estatal de uso público que al tenor del artículo 63 de la Constitución son **inalienables, imprescriptibles e inembargables** y por mandato del artículo 6º de la Ley 9 de 1989 para poderse cambiar su naturaleza, deben ser canjeadas por otros de naturaleza equivalente”¹³.

7. Conclusiones

Visto lo anterior, para la Sala no se afectaron los derechos al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y a la defensa de los TUTELANTES ni al CONCEJO MUNICIPAL DE PALERMO – HUILA, toda vez que el Tribunal Administrativo del Huila, no tenía que notificarlos como ellos pretenden en la acción constitucional, pues como se determinó en líneas anteriores la autoridad judicial dio cumplimiento al procedimiento establecido en el artículo 121 del Decreto No. 1333 de 1986; por tanto, los aquí accionantes, tuvieron la oportunidad legal para intervenir en defensa de la constitucionalidad y legalidad del acuerdo objeto de revisión y no lo hicieron, es decir, nunca se limitaron los derechos de acceso a la administración de justicia; y tampoco al debido proceso, pues no intervinieron durante el término de fijación en lista, al respecto, la Corte Constitucional, a estudiar tutelas como la presente, manifestó¹⁴:

“En efecto, según amplia jurisprudencia desarrollada por la Corte, **la acción de tutela contra decisiones judiciales procede cuando se vulnera el debido proceso, de manera tal que la sentencia configura una vía de hecho**¹⁵. Pero la afectación de este derecho solamente puede predicarse de los sujetos procesales, en particular del gobernador o los terceros que hubieren intervenido, mas no de quienes fueron ajenos al trámite judicial. Si nunca se hicieron partícipes en el curso de la actuación, su derecho (subjetivo) al debido proceso nunca pudo verse amenazado”¹⁶

11 Folio No. 8.

12 Accionante: Jaime Rodríguez Forero; Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

13 Folio No. 31. Copia expediente.

14 Sentencia de Tutela No. 119 del 13 de febrero de 2003, Magistrado ponente doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional.

15 Cfr. entre muchas otras, las sentencias T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-008 de 1998, SU-047 de 1999 y SU-159 de 2002.

16 Negrilla no es del original.

Por otro lado, resalta la Sala que la labor que despliega el Tribunal, en casos como el presente, es un control abstracto del acuerdo municipal para que el mismo esté ajustado a la Constitución Política, las leyes u ordenanzas, motivo por el cual, la autoridad judicial no puede entrar a estudiar si al dejar sin efectos un acuerdo, como ocurrió en el presente caso, afectó de forma particular a alguien. Es por ello que, aquellas personas o instituciones que se consideran afectadas por la decisión adoptada, pueden acudir a los mecanismos fijados en la ley para tal fin.

Por todo lo anterior, la Sala negará la solicitud de amparo realizada por los TUTELANTES y el CONCEJO MUNICIPAL DE PALERMO, este último la deprecó cuando intervino en la presente acción constitucional, por no existir la afectación de los derechos fundamentales indicados.

(...)"

Decisión: "NEGAR el amparo solicitado por RAFAEL FERNANDO BERMÚDEZ LLANOS, JUAN DAVID BERMÚDEZ LLANOS; SOFÍA ALEJANDRA BERMÚDEZ LLANOS, ELVIA PIEDAD LLANOS NIÑO y el CONCEJO MUNICIPAL DE PALERMO - HUILA, por no existir la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la defensa por parte del Tribunal Administrativo del Huila, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.

(...)"

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03250-01(AC)

Actor: CARMEN DIANA ARZUAGA RODRÍGUEZ

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Asunto: En reparación directa se alegó la falla del servicio por omisión de la administración territorial (Alcaldía de El Paso – Cesar) en llevar a cabo el lanzamiento decretado por el Inspector como consecuencia de querrela por ocupación de hecho. El Tribunal accionado declaró la caducidad de la acción porque entendió que se trataba de una ocupación de inmueble. En primera instancia de la tutela se amparó porque se evidenció que el Tribunal aplicó mal la norma de caducidad.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2. Asunto bajo estudio

Con fundamento en los antecedentes corresponde a la Sala determinar si, como lo indicó la Sección Cuarta, la autoridad judicial tutelada vulneró el derecho fundamental de la tutelante por incurrir en defecto fáctico al aplicar indebidamente la norma de caducidad de la acción de reparación directa; o si por el contrario, como lo afirmó el Tribunal impugnante, en materia de “. . . de ocupación permanente del inmueble. . .” de manera ilegal y violenta, no aplica la excepción en la aplicación del requisito de caducidad de la acción.

Valga la pena manifestar que la Sala no se pronunciará sobre los requisitos de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial, atendiendo a que tales aspectos no fueron objeto de censura en la impugnación, por ello, se procederá a decidir de fondo el asunto.

No obstante, la Sala ha considerado que cuando se trata de presupuestos procesales de la acción, como la legitimación en la causa, el juez de tutela, sin consideración al objeto de la impugnación, puede analizar la conclusión a la que arribó el juez de tutela de primera instancia o, como ocurre en este caso, debe examinarla cuando ha guardado silencio al respecto.

3. Cuestión previa: legitimación en la causa

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, se refiere a la legitimidad e interés para el ejercicio de la acción de tutela:

“Art. 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

La jurisprudencia constitucional ha considerado que debe cumplirse el requisito de “identidad” entre el titular del derecho fundamental vulnerado y quien ejerce la acción de tutela. Así, conforme a la norma citada, en principio, el único legitimado para interponer la tutela para la protección de derechos fundamentales amenazados es su titular, lo cual puede hacer de forma directa o por intermedio de su representante legal, de apoderado judicial debidamente constituido, o en virtud de un agente oficioso¹.

En los casos en los que se ataque por vía de tutela una providencia judicial, el accionante debe ser parte del proceso o, de no serlo, “acreditar que se podrían ver transgredidos sus derechos fundamentales por las órdenes o determinaciones adoptadas en la providencia que se controvierte”².

En Sentencia T-697 de 2006 explicó la Corte Constitucional que “...la exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo”.

Al referirse a la legitimación para el ejercicio de la acción de tutela, la Corte Constitucional en Sentencia T-403 de 1995, explicó:

“... Así, pues, como quien pidió la tutela evidentemente no tenía la titularidad de todos los derechos fundamentales reclamados, la jurisdicción constitucional no podría, sin perjuicio del debido proceso, proferir sentencia favorable a sus pretensiones, porque el interés subjetivo y específico en la resolución de la supuesta violación de los derechos constitucionales fundamentales reseñados en la demanda, corresponde a persona distinta que no intervino en el proceso. Por lo tanto, por este aspecto, la Sala cree que el actor incurrió en un error insubsanable cuando pretendió, mediante tutela, defender varios derechos ajenos como si fueran suyos...”³.

Y en Sentencia T-878 de 2007⁴, señaló:

“... En efecto, aunque una de las características procesales de la acción de tutela es la informalidad,⁵ esta Corporación ha indicado que la legitimación para presentar la solicitud de amparo, así como para actuar dentro del proceso, debe encontrarse plenamente acreditada.⁶

(...)

- 1 En este último caso debe acreditarse que el titular de los derechos fundamentales no está en capacidad para hacer su propia defensa, lo cual debe manifestarse en el escrito de tutela o encontrarse probado en el expediente.
- 2 Así lo dijo la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia de tutela de 18 de junio de 2015, expediente No. 2015-0758-00. C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Actor: Paola Cecilia Torres López, accionado: Tribunal Administrativo de Bolívar – Sala de Descongestión.
- 3 Corte Constitucional. Sentencia del 11 de Septiembre de 1995. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía. Referencia: proceso T-67510. Actor: Pedro Antonio Turbay Salcedo.
- 4 Corte Constitucional. Sentencia del 23 de Octubre de 2007. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería. Referencia: expediente T-1641980.
- 5 El artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, establece: “La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado.

En caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente. (...)”
- 6 En este sentido, ver entre otras, las siguientes sentencias: T-978 de 2006, T-912 de 2006, T-542 de 2006, T-451 de 2006, T-451 de 2006, T-356 de 2006 y T-809 de 2003. En la sentencia T-899 de 2001 esta Corporación afirmó que: “La exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo”.

Así las cosas, si en un caso no se llegare a cumplir con cualquiera de las condiciones antedichas, se configurará falta de legitimación en la causa y el juez estará obligado a declarar improcedente la respectiva acción de tutela...”.

En el asunto sometido al análisis de la Sala, se tiene que si bien es cierto la señora Carmen Diana Arzuaga Rodríguez no fue la demandante dentro de la acción de reparación directa donde fue proferida la sentencia ahora censurada, también lo es que acreditó ser la hermana del señor Jairo León Arzuaga Rodríguez⁷, quien en vida fuera la demandante dentro del proceso ordinario, a lo que se suma que invocó la calidad de heredera y manifestó “...bajo la gravedad de juramento que desconoce a otras personas ascendientes o descendientes con igual derecho...”. Así las cosas, estima este juez de tutela que cualquier decisión judicial que se adopte en relación con la sentencia censurada, puede afectar de manera directa sus derechos patrimoniales.

La jurisprudencia constitucional ha aceptado la intervención de personas distintas al titular originario de los derechos fundamentales que se invocan como vulnerados o amenazados con la expedición de una providencia judicial. En sentencia T-550 de 1995, se explicó:

“...existe la figura de la sucesión procesal, donde, fallecido un litigante, el proceso continuará con determinadas personas o el correspondiente curador, señalando que el adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir o sustituirlo en el proceso. Esta sucesión, ha dicho la doctrina, es a título universal en el evento de fallecimiento de la parte a quien se sucede.

*Podemos afirmar que esta interrupción y sucesión procesal, contempladas en las normas adjetivas civiles, protegen **derechos litigiosos**, donde bajo ciertos presupuestos es posible suceder al causante, verbi gratia, el cesionario de un crédito que ocupa el puesto del cedente, quien lo cobra en proceso ejecutivo y el de los herederos que representan al de cujus en sus derechos y obligaciones transmisibles.*

(...)”

La anterior tesis fue reiterada por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-691 de 2011, en la que se sostuvo:

“...si bien la Acción de Tutela es de carácter unipersonal, esta corporación mediante sentencia T-550 de 1995 ha dicho que tratándose de derechos litigiosos ‘bajo ciertos presupuestos es posible suceder al causante, verbi gratia, el cesionario de un crédito que ocupa el puesto del cedente, quien lo cobra en proceso ejecutivo y el de los herederos que representan al de cujus en sus derechos y obligaciones transmisibles...’. [...]⁸.

Visto lo anterior, puede concluir la Sala que la Carmen Diana Arzuaga Rodríguez, como hermana y heredera del señor Jairo León Arzuaga Rodríguez, está legitimada en la causa por activa para interponer la presente acción de tutela, pues sus derechos fundamentales están presuntamente amenazados por la acción de la autoridad judicial demandada.

4. Estudio de Fondo

4.1.- La actora manifestó que el Tribunal Administrativo del Cesar vulneró sus derechos fundamentales porque mediante sentencia del 16 de julio de 2015, dictada en el curso de la segunda instancia del proceso de reparación directa que su hermano, el señor Jairo León Arzuaga Rodríguez, siguió en contra del Municipio de El Paso, declaró probada la excepción de caducidad de la acción.

Al respecto, refirió que i) no tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de la caducidad y prescripción de la acción en tratándose de ocupación de predios de manera ilegal y

7 Al expediente se allegó los registros civiles de nacimiento correspondientes visibles entre folios 11 y 13.

8 Corte Constitucional Sentencia SU-691 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

violenta, frente a la cual, valga referir, no identificó ninguna providencia de esa Corporación judicial; y, ii) el Tribunal no advirtió que el proceso se adelantó por la omisión del Municipio frente a la querrela de lanzamiento por ocupación de hecho.

4.2.- En primera instancia de esta tutela se concluyó que en el asunto bajo examen se vulneró el derecho al debido proceso de la tutelante porque la autoridad judicial accionada aplicó de manera equivocada la norma que regula la caducidad de la acción de reparación directa, toda vez que entendió que el daño alegado se derivó de una ocupación de inmuebles la cual solo puede ser predicable del Estado, y no por la omisión de la Administración en restituir el inmueble del actor.

4.3.- Con la impugnación la autoridad judicial accionada se limitó a referir que por tratarse de una “ocupación de bien inmueble”, entonces se debe seguir la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, la cual establece que la caducidad de la acción se debe contabilizar desde el momento en que la persona conoce que su predio ha sido ocupado; a lo que agregó que la decisión de la Sección Cuarta de exceptuar la aplicación de la norma de caducidad, solo aplica para “... daños continuados en el tiempo...” como ocurre para el caso de la desaparición forzada, por tratarse de un acto de lesa humanidad.

4.4.- Pues bien, sea del caso referir, de entrada, que la decisión impugnada será confirmada. Esto, porque como lo indicó el juez de tutela a quo, el Tribunal aplicó de manera equivocada la norma en materia de caducidad de la acción de reparación directa.

Al respecto, del examen de la decisión censurada (fls. 306-326 Cd. 1 de pruebas) así como de los argumentos expuestos por el Tribunal tutelado, que, sea del caso señalar, se limitan a reiterar los que fueron expuestos en el fallo, resulta diáfano para la Sala que el defecto sustantivo se configuró gracias a una confusión del operador jurídico la cual parte con el ejercicio de imputación de los daños que realizó a partir de la realidad probatoria y jurídica propuesta en el caso concreto.

Así, resulta que el señor Jairo León Arzuaga Rodríguez alegó lo que podría clasificarse como una falla en el servicio por la omisión del funcionario que, debiendo prestarlo, no lo hizo. Esto, derivado de la falta de materialización de la orden de restitución del predio producto de la querrela de lanzamiento por ocupación de hecho que formuló ante la Administración territorial de El Paso – Cesar. Pero resulta que el Tribunal entendió que se trataba de un supuesto que se encajaba en el conocido desequilibrio de las cargas públicas, que da lugar a un daño especial, porque, a su juicio se dio la “ocupación del bien inmueble” del señor Arzuaga Rodríguez.

Y, destaca la Sala, llegó el Tribunal a tal conclusión sin tener en cuenta las generalidades de su competencia como juez de lo contencioso administrativo y las que se deben tener en consideración en materia de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas o por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causal, por ejemplo, de trabajos públicos o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular en desempeño de funciones públicas.

Significa lo anterior que, primero, el Tribunal tutelado aplicó de manera desacertada la norma que regula la caducidad de la acción de reparación directa, porque no advirtió que se alegaba la omisión de la autoridad administrativa territorial en el cumplimiento de un deber legalmente atribuido; y segundo, la supuesta “ocupación de bien inmueble” que considera se presentó en el caso del señor Jairo León Arzuaga Rodríguez, descartaba el desequilibrio en las cargas públicas por cuenta de acción del Estado, por la potísima razón de que la invasión del terreno se produjo por la actuación de particulares, circunstancia que, de entrada, descarta la posibilidad de reclamar al Estado la reparación del daño derivado de esa actuación.

Abora bien, confirma lo dicho que, tal como lo indicó el mismo Tribunal en la contestación de la demanda y su impugnación, y de conformidad con las pretensiones de la demanda de reparación

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

directa⁹, le correspondía establecer si el Municipio de El Paso era responsable “...de los perjuicios ocasionados al demandante, por la omisión en que incurrió, al no restituir el predio denominado ‘La Granja’, a su propietario, circunstancia que según la parte accionante es atribuible a la entidad accionada en razón a la falla en el servicio...”.

Al respecto, la Sala debe señalar que no obstante la demanda proponía un problema jurídico como el que se ha descrito hasta el momento, lo cierto es que el Tribunal, inexplicablemente, entendió algo diferente, lo que trajo consigo la indebida aplicación de la norma que define la caducidad de la acción.

En este sentido, resulta inane que el Tribunal accionado alegue que aplicó la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera que trata la forma de contabilizar la caducidad de la acción de reparación directa en temas de ocupación de inmuebles, pues claro está que el daño a reparar no derivaba de un evento en el cual, por cuenta de Estado, resultada ocupado el bien inmueble del señor Jairo León Arzuaga Rodríguez.

De otro lado, para la Sala también es importante señalar que la Sala no comparte el análisis de caducidad que propuso la Sección Cuarta. Esto, no porque le asista razón al impugnante en cuanto se le ordenó inaplicar la norma de caducidad como ocurre para el caso del daño derivado de los delitos de lesa humanidad, pues a tal conclusión no fue a la que llegó el a quo al conceder el amparo; sino porque, la valoración de la excepción de caducidad formulada debe hacerse de cara al hecho u omisión de la Administración, evento que escapa a las competencias de este juez de tutela y deberá valorar y determinar el juez de lo contencioso administrativo en ejercicio de sus funciones, competencias, autonomía e independencia.

Entonces, como se advirtió en precedencia, la decisión de tutela impugnada será confirmada, pues como lo concluyó el a quo el Tribunal Administrativo del Cesar incurrió en defecto sustantivo al momento de dictar la sentencia de 16 de julio de 2015.

(...)

Decisión: “Confirmar la sentencia de 18 de febrero de 2016, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

(...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

9 Así se desprende del contenido de la demanda visible a folios 16 a 22 del cuaderno 1 de pruebas, correspondiente al proceso de reparación directa donde fue demandante el señor Jairo León Arzuaga Rodríguez.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02509-01(AC)

Actor: CONSORCIO LUÍS HÉCTOR SOLARTE SOLARTE Y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN CUARTA - SUBSECCIÓN “A”

Asunto: Con la tutela se alegó defecto sustantivo por la falta de notificación por correo electrónico del fallo de primera instancia que negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del actor, en los términos del inciso primero del artículo 203 del CPACA.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2. Asunto bajo análisis

De conformidad con el fallo de primera instancia y la impugnación presentada, corresponde a la Sala determinar:

i. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; superado lo anterior;

ii. Se debe establecer si el fallo de tutela de primera instancia se debe confirmar, modificar o revocar, luego de analizar si la Subsección “A” – Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, afectó los derechos fundamentales indicados por el CONSORCIO SOLARTE, por la presunta indebida notificación de la sentencia de primera instancia, proferida dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de marras.

(...)

4. Examen de los requisitos: Procedencia adjetiva

Frente este punto la Sala ha establecido que cuando el a quo de la tutela ha estudiado el fondo del asunto, es porque realizó el debido análisis de los requisitos de procedibilidad y si los mismos no fueron objeto de impugnación esta Sección entiende que aquéllos se dieron por superados, por lo que en esta instancia no se abordará su estudio¹.

5. Fondo del asunto

Procede la Sala establecer si la Subsección “A” – Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, afectó los derechos fundamentales indicados por el CONSORCIO SOLARTE, por la presunta indebida notificación de la sentencia de primera instancia, proferida dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de marras, con lo que se configuraría el defecto sustantivo alegado.

¹ Ver sentencia de tutela No. 11001-03-15-000-2015-01156-01, accionante: Luís Alberto Mercado Díaz, con ponencia de la Consejera Rocío Araújo Oñate, proferida el 28 de enero de 2016; fallo del 11 de febrero de 2016, tutela No. 11001-03-15-000-2015-01807-01, de Nelson Javier Valero Pinilla contra el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “B” y otro; Magistrada Ponente doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

5.1. Jurisprudencia del defecto alegado

La Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-242 del 30 de abril de 2015, sobre la caracterización del defecto sustantivo, indicó:

“8. Este defecto ha sido decantado extensamente por esta Corporación, claramente explicado en la sentencia SU-195 de 2012. En sentido amplio se está en presencia del vicio cuando la autoridad judicial emplea una norma inaplicable al caso concreto, deja de aplicar la norma adecuada, o interpreta las normas de tal manera que contraría la razonabilidad jurídica.²

En estricto sentido, lo configuran los siguientes supuestos:

- a. El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente³ o porque ha sido derogada⁴, es inexistente⁵, inexecutable⁶ o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador⁷.
- b. No se hace una interpretación razonable de la norma⁸.
- c. Cuando se aparta del alcance de la norma definido en sentencias con efectos erga omnes⁹.
- d. La disposición aplicada es regresiva¹⁰ o contraria a la Constitución¹¹.
- e. El ordenamiento otorga un poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en la disposición¹².
- f. La Decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma¹³.
- g. Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación.

Procederá entonces el amparo constitucional cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente¹⁴.

Se alegó el **defecto sustantivo**, pues en consideración de la tutelante la autoridad judicial no “hace una interpretación razonable de la norma”, toda vez que, la causa de la presente acción constitucional radicó en el hecho de la indebida notificación de la sentencia de primera instancia, por medio de la cual, la Subsección “A” – Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el **CONSORCIO SOLARTE** contra el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; lo que, también, podría configurar lo que la jurisprudencia ha establecido como **defecto procedimental**, el cual se presenta, según

2 Sentencias SU-159 de 2002, T-295 de 2005 y T-743 de 2008 todas con ponencia del dr. Manuel José Cepeda Espinosa, T-043 de 2005, T-657 de 2006 ambas con ponencia del dar Marco Gerardo Monroy Cabra, T-686 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-033 de 2010, y T-792 de 2010 ambas con ponencia del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

3 Sentencia T-189 de 2005 M.P. Manuel José cepeda Espinosa.

4 Sentencia T-205 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

5 Sentencia T-800 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería

6 Sentencia T-522 de 2001M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

7 Sentencia SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

8 Sentencias T-051 de 2009 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-1101 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

9 Sentencias T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynnett, T-842 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis, y T-814 de 1999.

10 Sentencia T-018 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

11 Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

12 Sentencia T-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

13 Sentencia T-807 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas.

14 Negrilla es del texto original.

la providencia citada de la Corte Constitucional, cuando “el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley”¹⁵, en este caso la forma de notificación de la decisión de primera instancia en el proceso ordinario.

5.2. Caso concreto

La Sala para poder determinar si el defecto alegado en la tutela debe prosperar, procede a revisar las normas que regulan la notificación por correo electrónico en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo y se ira relacionando con el caso concreto.

Es así como el artículo 197 del CPACA establece quiénes están en la obligación legal de tener un correo electrónico con la única finalidad de recibir notificaciones judiciales, al disponer que “Las entidades públicas de todos los niveles, las privadas que cumplan funciones públicas y el Ministerio Público que actúe ante esta jurisdicción, deben tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibir notificaciones”. Y el inciso segundo de esta norma fijó que las notificaciones que se realicen en ese buzón se entenderán como personales.

Para la Sala, la anterior norma es clara en el sentido de ordenar que en la jurisdicción contenciosa administrativa solo el Ministerio Público, entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas deben tener un correo electrónico para los fines allí indicados.

De lo anterior se concluye que en el caso concreto el **CONSORCIO SOLARTE** no tenía la obligación legal de tener un buzón o correo electrónico para notificaciones judiciales.

Por otra parte, el artículo 205 del CPACA, regula la notificación por medios electrónicos para aquéllos que no están obligados, de conformidad con el artículo 197, a tener un buzón para tal fin, al establecer que además “de los casos contemplados en los artículos anteriores, **se podrán notificar las providencias a través de medios electrónicos, a quien haya aceptado expresamente este medio de notificación**”¹⁶; disposición que se debe estudiar en concordancia con el artículo 162 del CPACA, que al fijar los requisitos y contenido de la demanda, estableció en el numeral 7º que el demandante debe fijar en ella el “lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. **Para tal efecto, podrán indicar también su dirección electrónica**”¹⁷.

Para este juez constitucional, las anteriores normas son claras y no generan duda alguna, que en aquellos casos en que las personas naturales o jurídicas que no están obligadas a tener un buzón electrónico para notificaciones judiciales y deseen ser notificadas de tal forma deben indicarlo de forma expresa, para lo cual suministrarán el correo electrónico donde la autoridad judicial remitirá la notificaciones del caso.

Ahora, revisado el proceso ordinario allegado en calidad de préstamo, a folio No. 8 del escrito de demanda, en el capítulo “**VIII. NOTIFICACIONES**”, el actor estableció “**Al Consorcio por mi representada, en la Autopista Norte Km. 21 Interior Olímpica, en el municipio de Cbia – Cundinamarca. Tel. 6671030. Fax. 6760189**”¹⁸.

Revisado el contenido del CD visible a folio No. 31, donde el actor aportó información digital para subsanar la demanda que fue inadmitida con auto del 10 de julio de 2013, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección “A”, al indicarle que “en cuanto al “CD” aportado por el demandante para efectos de la Notificación Personal por Correo Electrónico”¹⁹,

15 SU-242 del 2015.

16 Negrilla no es del original.

17 Ídem.

18 Negrillas son del original.

19 Folios No. 28 y 29. Expediente en préstamo. Negrilla es del original.

no aportó toda la información presentada con la demanda escaneada y dejó la misma información de notificación:

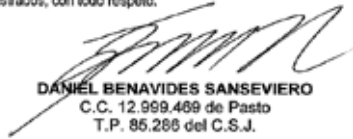
“

VIII. NOTIFICACIONES.

A LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA y TURISMO se le podrá notificar en la Calle 28 N° 13 A - 15, teléfonos 6067606 – 6061522, de la ciudad de Bogotá.

Al Consorcio por mí representado, en la Autopista Norte Km. 21 Interior Olímpica, en el municipio de Chia – Cundinamarca. Tel. 6671030. Fax. 6760189.

De los Señores Magistrados, con todo respeto.



DANIEL BENAVIDES SANSEVIERO
C.C. 12.999.469 de Pasto
T.P. 85.286 del C.S.J.

”

Revisada toda la foliatura del proceso ordinario, el apoderado del CONSORCIO SOLARTE en ningún momento allegó memorial solicitando e indicando el correo electrónico para los fines del artículo 205 del CPACA, es decir, para la notificación por medios electrónicos.

La notificación de la sentencia en la jurisdicción contenciosa administrativa se regula por el artículo 203 del CPACA, que establece:

“Las sentencias se notificarán, dentro de los tres (3) días siguientes a su fecha, mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. En este caso, al expediente se anexará la constancia de recibo generada por el sistema de información, y se entenderá surtida la notificación en tal fecha.

A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de edicto en la forma prevista en el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil.

Una vez en firme la sentencia, se comunicará al obligado, haciéndole entrega de copia íntegra de la misma, para su ejecución y cumplimiento²⁰.

Para este juez constitucional, en el presente caso, como la tutelante no es una de las entidades que está obligada tener buzón para notificaciones judiciales y en el proceso judicial no manifestó ni indicó un correo electrónico para ser notificado por ese medio, es claro que la notificación de la sentencia del primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección “A”, el 22 de enero de 2015²¹, se debía regir por el inciso segundo del artículo 203 del CPACA.

En vista de lo anterior, en el caso concreto, la notificación se surtió por estado²² el 30 de enero de 2015, como se observa en el sello visible a folio No. 141 vuelto del cuaderno principal del expediente del proceso ordinario allegado en calidad de préstamo.

20 Negrilla no es del original.

21 Folios Nos. 118 a 141. Expediente en préstamo.

22 Si bien ese inciso segundo del art. 203 CPACA remite al 323 CPC (notificación por edicto), esta clase de notificaciones desapareció con el CGP, que en su art. 295 dispone la notificación por estado para autos y sentencias que no deban hacerse de otra manera – en concordancia con art. 291 CGP (en lo pertinente). Por otro lado, hay que tener presente que de conformidad con art. 198 CPACA entre las providencias enlistadas que deben notificarse personalmente, no se encuentran las sentencias.

En ese orden de ideas, el yerro alegado no se configuró, pues le asistió razón a la autoridad judicial acusada, cuando expresó²³:

“si la parte demandante deseaba que las notificaciones judiciales se realicen vía electrónica debe indicar expresamente en la demanda un buzón para tal fin, sin que ahora pueda pretender el apoderado que dicha manifestación se infiera de la información que está contenida en un membrete inferior de una página de un documento aportado como prueba al proceso, sin que ni siquiera se haya remitido a esa información en el acápite correspondiente de la demanda”.

6. Conclusiones

*Por todo lo anterior, la Sala comparte la decisión adoptada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, quien negó el amparo solicitado por el **CONSORCIO LUÍS HÉCTOR SOLARTE SOLARTE Y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, al no existir la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, a la defensa y al acceso la administración de justicia, por no configurarse el defecto sustantivo alegado, toda vez que la notificación de la sentencia de primera instancia del proceso ordinario, que dio origen a la presente acción constitucional, se realizó de conformidad con lo ordenado por el artículo 203 del CPACA, en vista que la tutelante no solicitó de manera expresa ser notificada por correo electrónico, como se dejó explicado.*

*Por todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de tutela impugnada por el **CONSORCIO SOLARTE**.*

(...)”

Decisión: “Confirmar la sentencia proferida el 4 de febrero de 2016, por la Sección Cuarta del Consejo del Estado, por medio de la cual negó el amparo solicitado por el **CONSORCIO LUÍS HÉCTOR SOLARTE SOLARTE Y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**.

(...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

23 Folios Nos. 208 a 211. Expediente en préstamo.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., dos (02) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02667-01(AC)

Actor: EVER TRUJILLO MATTA

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “C”

Asunto: El tutelante demanda sentencia que resolvió recurso extraordinario de revisión en el que se alegó la existencia de una prueba recobrada. En primera instancia de la tutela se negó el amparo porque el fallo no contiene irregularidad alguna.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2. Asunto bajo estudio

2.1.- Con fundamento en los antecedentes correspondería a la Sala resolver la tensión que surge entre el fallo de tutela de primera instancia y la impugnación. Esto significa, establecer si el actor cumplió con la carga argumentativa propia de la acción de tutela contra providencia judicial y si, en efecto, la sentencia censurada vulneró sus derechos. No obstante, por las particularidades del caso, este juez de tutela encuentra necesario modificar el problema jurídico a analizar. Las razones que justifican tal medida son las que a continuación se ofrecen.

Se advierte desde ahora que la decisión del a quo de la tutela será confirmada en cuanto negó el amparo impetrado contra la Sección Tercera del Consejo de Estado. Esto, porque si bien la Sala no comparte la primera de las conclusiones a la que arribó, sí concuerda con la segunda. En efecto, contrario a lo afirmado por el juez de la primera instancia, se estima que el actor sí cumplió con la carga argumentativa necesaria para controvertir la providencia con la que se resolvió el recurso extraordinario de revisión. Lo que ocurre es que, como bien lo determinó la Sección Cuarta en el estudio de fondo que finalmente realizó a pesar de considerar que no había sido sustentada la solicitud de amparo, los argumentos que trajo el actor para censurar la sentencia dictada por la Sección Tercera, Subsección “C” del Consejo de Estado no resultan suficientes, ya que solo logran poner en evidencia que pretende reabrir el debate respecto del problema jurídico que resolvió la autoridad judicial accionada.

Lo anterior es así porque, en efecto, difícilmente podría configurarse el defecto que invoca el tutelante, primero, porque alegar “...la imposibilidad de aportar una prueba pericial al proceso...” o “...el valor probatorio que se le dio [a dicha prueba] en otro proceso y el que tuvo que otorgársele en...” su caso, no son razonamientos suficientes para que se considere el dictamen de balística como una prueba recobrada.

*Y segundo, porque la técnica que se requiere para constituir la causal del numeral 2º del artículo 188 del C.C.A., como lo refirió el a quo de la tutela, solo aplica en la medida en que **la prueba recobrada sea una prueba documental**, categoría en la que no entra el dictamen pericial, pues, como bien lo refirió la Sección Cuarta en la decisión impugnada, los diferentes medios de prueba “...no deja[n] de serlo por el hecho que se encuentre[n] plasmad[os] en un documento, pues de serlo, todas las pruebas que se aportan a un proceso escritural, como es el caso de los testimonios...”, cumplirían con el requisito para la prosperidad de la causal de revisión extraordinaria.*

Los razonamientos previos permiten a la Sala arribar a la siguiente conclusión: aunque este juez de tutela llegare a estimar que la providencia proferida por la Sección Tercera, Subsección “C” del Consejo de Estado efectivamente contiene un defecto, lo cierto es que un amparo con el objeto de que se dicte una nueva sentencia que resuelva el recurso extraordinario de revisión, ningún efecto útil tendría para el actor. Dicho de otra forma, el sentido de la decisión que profiera la autoridad judicial accionada por cuenta del amparo que se llegare a otorgar, en nada cambiaría, pues seguiría siendo infundado el recurso ante la restricción que impone alegar la causal de prueba recobrada respecto de medios de prueba diferentes a los documentos.

2.2.- Sin embargo, la Sala encuentra que el caso concreto se presenta dentro de un contexto que no puede ignorar, pues, a su juicio, resulta ser desconocedor de los derechos fundamentales del tutelante.

Lo anterior es así, porque, como insiste el tutelante, la situación en la que se encuentra supone una serie de acciones de parte de diferentes autoridades administrativas y judiciales del Estado que, en definitiva, y a pesar de que es claro que le asiste razón a sus reparos, lo han dejado sin respuesta efectiva en cada caso gracias a rigorisismos y tecnicismos propios de los procedimientos.

En primer lugar, el actor alegó la responsabilidad extracontractual del Estado por cuenta de la muerte de su hijo a manos de un miembro de la Fiscalía General de la Nación. Segundo, se encuentra la omisión de parte del Instituto de Medicina Legal, establecimiento público adscrito a la Fiscalía General de la Nación, que era la autoridad encargada de remitir la corrección de la prueba determinante para decidir el proceso de reparación directa. Luego, en tercer lugar, está la acción de tutela contra providencia judicial que interpuso contra el Tribunal Administrativo de Caldas por el error inducido que lo llevó a recibir un trato desigual derivado de la omisión descrita. Como la tutela contra providencia judicial resultó ser improcedente en aplicación de la tesis que imperaba en el Consejo de Estado para la fecha, se le indicó que podía presentar un recurso extraordinario de revisión. Entonces, cuarto, el actor acudió al mencionado medio de defensa judicial para subsanar una situación que, como se vio, claramente no está regulada por la normativa que rige la materia, lo que indefectiblemente llevó a la conclusión jurídica adoptada por la autoridad judicial accionada, pues la técnica del recurso impide valorar el caso de una forma diferente a como fue resuelto. Y ahora, como quinto paso, el actor nuevamente acude en tutela para controvertir la sentencia que considera afectó sus derechos, la cual, de nuevo, debe someterse al control jurisdiccional pertinente, como lo hizo el a quo de la presente acción constitucional, para concluir en que, otra vez, el actor debe soportar una decisión que mantendrá incólume su imposibilidad de acceder a la administración de justicia efectiva.

A juicio de la Sala, confirmar la decisión de primera instancia, sin realizar un estudio adicional del caso del tutelante, supondría para él seguir acudiendo ante los estrados judiciales del país, ahora, por ejemplo, para alegar la responsabilidad del Estado por la falla en el servicio porque el Instituto de Medicina Legal no cumplió con la obligación de allegar la prueba oportunamente, o porque existió un error judicial en las decisiones con las que se resolvió cada proceso que adelantó para revertir las consecuencias de la actuación de Medicina Legal. Incluso, se estima que podría acudir a instancias internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alegando sencillamente la muerte de su hijo por un agente del Estado y las dificultades que ha tenido que sortear a lo largo 15 años frente a autoridades administrativas y judiciales para obtener el resarcimiento del daño que le han causado. Nótese que el actor, siempre respetuoso del ordenamiento jurídico y de las instrucciones que en cada instancia le han dado, ha acudido a cada uno de los medios de defensa judicial que existen para propender por la defensa de sus derechos.

Los hechos descritos dan cuenta de la inexistente tutela judicial efectiva en el caso del actor. Tal situación es la que justifica que el juez constitucional opte por entender que, no existiendo decisión material en sede de tutela respecto del fallo proferido el 17 de julio de 2003 por el Tribunal Administrativo de Caldas, sea procedente analizar, como lo indicó el impugnante, si dicha autoridad judicial fue inducida en error y por ello se produjo la vulneración de sus derechos fundamentales.

Valga la pena manifestar que frente a tal providencia judicial es imposible predicar el incumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la tutela pues, por lo dicho, el tutelante de manera permanente

ha acudido ante los jueces de la República, lo que posibilita comprender que existe inmediatez en el ejercicio de esta acción y que son inexistentes otros mecanismos de defensa adicionales.

3. Estudio de Fondo

El actor manifestó en la tutela que “...han sucedido una serie de omisiones por parte del Estado que no [l]e han garantizado sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la contradicción, a la administración de justicia y a la igualdad y luego de casi 15 años, no se ha hecho justicia por la muerte de [su] hijo, todo por un error del organismo encargado de realizar el informe de balística...”. Y en la impugnación refirió que existe “...un error inducido por cuanto con el dictamen pericial errado allegado a[l] proceso ordinario se indujo a error al fallador de instancia, pues su corrección nunca fue enviada por Medicina Legal...”.

La decisión de la Sección Quinta en el fallo del 4 de junio de 2009, rechazó la tutela contra la sentencia del 17 de julio de 2003 dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas. Pero amparó los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al debido proceso del actor “...por la actuación de la dependencia de la Fiscalía General de la Nación que rindió la experticia de balística de manera errónea...”. Ello conllevó a la rehabilitación del término para que interpusiera el recurso extraordinario de revisión.

En tal providencia, la Sala de Decisión entendía que el ejercicio de la acción de tutela con el propósito de controvertir providencias judiciales era rechazado por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Se consideraba que se configura siempre la causal de improcedencia prevista en el inciso primero del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991¹, porque el proceso dentro del cual fue proferida la providencia judicial constituía otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz al que acudió el interesado y que fue decidido por el juez competente. Así, se reconocían los efectos de la ejecutoria y, en consecuencia, prevalecía el tránsito a cosa juzgada material, la seguridad jurídica e independencia y la autonomía de las autoridades judiciales.

No obstante, la Sección Quinta advirtió la trascendencia de la situación expuesta por el tutelante y fue por ello que optó por abordar, de oficio, lo que calificó como la “...violación de los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso por actuación de autoridad distinta a la jurisdiccional...”. Todo con el propósito de mantener la integridad de la decisión de la autoridad judicial, a pesar de que reconocía que no correspondía con la realidad.

En este punto este Juez de Tutela considera pertinente referir que el criterio del Consejo de Estado y de esta Sala ha evolucionado. En breve, actualmente se reconoce que las providencias judiciales también pueden vulnerar los derechos fundamentales de las personas, por ende, es admisible su procedencia excepcional.

Siendo así las cosas, la Sala se permite invocar las razones que fueron presentadas en el fallo de tutela del 4 de junio de 2009, pues ellas dan cuenta de cómo la irregularidad de parte del Instituto de Medicina Legal en la remisión de la prueba pericial fue la actuación que vulneró los derechos fundamentales del actor. Evento que ahora, bajo la premisa de procedencia excepcional de la acción en contra de providencia judicial por cuenta de un error inducido, es posible entender como suficiente para proferir la presente decisión.

En la sentencia de la Sección Quinta del año 2009, la Sala indicó que:

“(...)

Sostiene el actor que en su caso el fallo absolutorio ocurrió por haber apreciado el Tribunal Administrativo de Caldas una prueba pericial de balística, que luego y para el que pudiera llamarse el

1 Dice la norma: “La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales...”.

segundo proceso, el mismo organismo que la expidió admitió que se había incurrido en error. Que de haberse contado oportunamente con esa información, el resultado del primer proceso habría sido el mismo en que culminó el segundo.

Pues bien, luego de que la Sala revisara el contenido de una y otra providencia, en especial sobre la referida prueba pericial, pudo constatar que el hecho señalado por el accionante es cierto.

(...)

Pues bien, lo anterior permite a la Sala constatar que la dependencia de la Fiscalía General de la Nación que practicó el estudio de balística que se anexó al primer proceso, (...), incurrió en un error al parecer involuntario y extremadamente grave en la descripción del arma con la que se disparó el proyectil hallado en el cadáver del menor Ever Edinsson Trujillo Parra al practicársele la respectiva autopsia, pues confundió un revólver con una pistola, armas que el común de la gente puede distinguir, pero que el órgano especializado en balística curiosamente confundió.

Esta circunstancia, sin duda alguna, afectó gravemente el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de los familiares cuya demanda de reparación directa se resolvió con la sentencia del 17 de julio de 2003 por el Tribunal Administrativo de Caldas, lo cual no puede atribuirse a esta corporación judicial, quien decidió la controversia con base en las pruebas regular y oportunamente incorporadas al proceso, acudiendo a la sana crítica, sobre la cual esta Sala no puede emitir juicio alguno en respeto de la autonomía judicial y de la improcedencia de que el juez constitucional de tutela revise las providencias judiciales de otros jueces de la República.

(...)"

Concluyó entonces que con "... la producción del dictamen pericial rendido dentro del primer proceso se afectó seriamente el derecho fundamental al debido proceso del accionante, en especial en lo atinente a la defensa y contradicción...", esto, porque "...debe asegurarse que esos derechos puedan ejercerse en lo sustancial, en forma material, pues si a las partes se les presenta una realidad que no existe o si se les oculta la verdad sobre el objeto que se practicó la prueba, resulta innegable que el término para presentar las objeciones de nada servirá ya que suponiendo la buena fe en la actuación de las autoridades públicas encargadas de rendir esos informes, los interesados tendrían poco o nada que hacer al respecto..."

Como se ve, la actuación del Instituto de Medicina Legal fue determinante en la decisión que adoptó el Tribunal Administrativo de Caldas en el caso del tutelante. En sí, ocurrió que, como lo ha entendido la Corte Constitucional, la sentencia fue dictada mediante un error inducido, defecto que ha sido definido así:

"(...)

En estos casos la providencia judicial es emitida por el funcionario judicial de manera razonada y con el fundamento normativo aplicable al caso, pero en ella hay un error, esto es, se juzga verdadero lo que es falso porque la situación fáctica o jurídica planteada dentro del proceso no corresponde a la realidad como consecuencia del engaño, la manipulación de la información o el suministro fraccionado de la misma al juez. La causal que ahora se designa como error inducido, inicialmente fue denominada como vía de hecho por consecuencia, toda vez que el hecho generador de la vulneración no es atribuible al funcionario judicial que profiere la providencia cuestionada pues no proviene de la forma, argumentación o decisión adoptada por la autoridad judicial, sino que el defecto proviene de la actuación inconstitucional de otros que provocan el error en él.

(...)"²

2 T-863/13.

Pues bien, estima la Sala necesario referir cómo tal error se vio reflejado en las decisiones que dictó el Tribunal Administrativo de Caldas el 17 de julio de 2003, en el caso del tutelante, y el 18 de junio de 2008, en el caso de los demás familiares que demandaron la reparación directa con ocasión del fallecimiento del menor de edad.

Así, en el primer fallo, respecto de la prueba técnica de balística, el Tribunal indicó:

(...)

Con lo anterior, debe concluirse que no aparece la demostración fundamental del hecho dañoso, por parte de la Fiscalía General de la Nación a través de uno de sus agentes, puesto que se desconoce ciertamente, que la bala homicida haya sido disparada por el señor Luis Alejandro Barreiro Torres. Efectivamente, ninguna de las pruebas cuya valoración es viable en el presente momento conduce a indicar que la bala homicida fue disparada por el agente del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación.

Pero siendo laxos en la apreciación de la prueba, resulta contundente el resultado de la observación de los siguientes hechos. La parte actora expresó que la muerte del menor se dio por el disparo hecho por el agente ya citado, de una subametralladora MINIUZI (folio 11, cuaderno 1), cuando el resultado del examen de balística indica que la bala fue disparada por un arma:

‘... es de los comúnmente utilizados en armas de fuego de funcionamiento mecánico tipo revólver, entre las que encontramos las siguientes marcas: Smith & Wesson Ruger, Taurus, etc.’ (folio 105, cuaderno 2).

A Cambio, aparece suficientemente demostrado que el señor Luis Alejandro Barreiro Torres, tenía adjudicada para su trabajo una pistola marca Jericó 941FB S 150935, calibre 9 mm, con dos proveedores, lo cual lleva a concluir que no corresponde la bala homicida con la disparada por el señor Barreiro Torres, puesto que tienen relación con armas diferentes.

(...)

Y en la sentencia del 12 de junio de 2008, dictada por el mismo Tribunal, frente a la prueba de balística, la autoridad judicial adujo:

“En el citado dictamen se obtuvieron las siguientes conclusiones: ‘Posible arma que los disparó: es de los comúnmente utilizados en armas de fuego de funcionamiento mecánico tipo revólver, entre las que encontramos las siguientes marcas: Smith & Wesson, Ruger, Taurus, etc.’

Ante requerimiento efectuado por funcionario encargado de la investigación disciplinaria, en el sentido de aclarar si un proyectil 9 mm encamisado en cobre puede ser disparado por un revólver (fl. 77 C.2) el dictamen balístico fue ampliado y corregido a través del Oficio No. 149-A-01-NLB.RO del 5 de febrero de 2002, donde se dijo: ‘...Al presentarse este interrogante se hizo revisión de los archivos de Laboratorio de Balística, encontrándose que se trata de un error de transcripción, pero que en realidad lo que se intentó informar a la autoridad es en sí que se trataba de un proyectil calibre 9 mm, en su CONCLUSIÓN: posible arma que lo disparó es de los comúnmente utilizados en armas de fuego de funcionamiento semiautomático, tipo pistola, del mismo calibre...’, como se observa en el borrador elaborado al momento del estudio...’ (Subrayas y negrillas de la sala).

Análisis Comparativo de Disparo. (fls 92 a 94 C.2)

Igualmente se allegó el resultado del cotejo comparativo realizado con la pistola que portaba el señor Alejandro Barreiro Torres el 16 de enero de 2001, y el proyectil recuperado en la necropsia realizada al cadáver del menor Ever Edizon Trujillo Parra, arrojando lo siguiente:

‘...Efectuados disparos de prueba con arma de fuego tipo pistola, marca Jericó, calibre 9 mm. Largo, No. Identificativo 150935 se obtuvieron proyectiles patrón para ser cotejadas, con los elementos incriminados.

El proyectil incriminado recuperado en Necropsia No. 026 fue sometido a análisis comparativo a través de microscopio de comparación para Balística, con los proyectiles obtenidos como patrón, con le (sic) fin de encontrar puntos característicos de identidad en las zonas aptas para estudio.

Después de una observación detallada y minuciosa, se conceptúa que el proyectil motivo de estudio calibre 9 mm. largo, blindado, recuperado en Necropsia No. 026 no presenta suficiente ni amplias zonas aptas para someterlo a cotejo comparativo con proyectiles patrón.

Con relación al segundo interrogante hago saber a ese despacho que de acuerdo con la forma irregular, ruptura del blindaje y adherencias de sustancia color blanco, compatible con materia orgánica (cemento), dicho proyectil recuperado en necropsia pudo haber impactado con un elemento de mayor dureza a la suya, la cual produjo su deformación, pero no se puede establecer que haya hecho impacto antes de penetrar en el cuerpo de la víctima, en una de las escalas que aparece registrándose en la fotografía, ya que para este evento se tendría que haber hecho el frotis y toma de la muestra en ese lugar para someterlo a disparo por arma de fuego....

(...)

Para la Sala, la materialización del derecho de acceso a la administración de justicia del actor se vio truncado por la falta de veracidad del informe técnico que fue sometido tanto a las partes como al propio Tribunal Administrativo de Caldas, quienes lo aceptaron como válido por la confianza que depositaron en los peritos y en su actuar legítimo por la vinculación que pudieron mantener con la entidad pública encargada de adelantar tales procedimientos técnicos.

Esta situación también obstaculizó la tutela judicial efectiva en su caso, pues la omisión determinó la denegación de las pretensiones de la demanda de reparación patrimonial contra la Fiscalía General de la Nación. Esto, porque tal prueba, como se vio, puede incidir en la decisión que adoptó el Tribunal en el caso del tutelante, ya que permite vincular la actuación del agente del Estado con el fallecimiento de su hijo.

Por ende, en el presente evento, la Sala amparará el derecho de acceso a la administración de justicia del tutelante, así como el de la tutela judicial efectiva, al haberse constatado que la sentencia de 17 de julio de 2003, dictada dentro del proceso que adelantó en contra de la Fiscalía General de la Nación por la muerte de su hijo, el accionante y la autoridad judicial no tuvieron oportunidad de conocer la corrección de la prueba de balística, como consecuencia de la conducta de la dependencia de la Fiscalía, que no suministró la información correcta sobre el proyectil que fue retirado del cuerpo del menor Ever Edinsson Trujillo Parra.

Así las cosas, bajo las consideraciones efectuadas a lo largo de esta providencia, la Sala confirmará el fallo de tutela del 28 de enero de 2016 dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en cuanto negó el amparo respecto de la Sección Tercera, Subsección “C” de esta Corporación. Pero lo adicionará en el sentido de amparar los derechos de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva del señor Ever Trujillo Matta, para lo cual será dejada sin efectos la sentencia de 17 de julio de 2003 y se le ordenará al Tribunal Administrativo de Caldas que dicte una nueva donde se valore la corrección del dictamen pericial referido.

(...)

Decisión: “Confirmar la sentencia de 28 de enero de 2016, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó el amparo respecto de la Sección Tercera, Subsección “C” de esta Corporación.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Amparar los derechos de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva del señor Ever Trujillo Matta. En consecuencia, se disponer dejar sin efectos la sentencia del 17 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas dentro de la acción de reparación directa que él adelantó en contra de la Fiscalía General de la Nación por la muerte de su hijo Ever Edinsson Trujillo Parra.

Ordenar al Tribunal Administrativo de Caldas que en el término de 30 días, siguientes a la notificación de esta providencia, por las razones aquí expuestas, dicte sentencia de reemplazo, tomando en consideración como prueba el Oficio 149-A-01-NLB. RO de 05 de febrero de 2002, mediante el cual medicina legal corrige el informe de balística, sobre el proyectil que fue retirado del cuerpo del menor Ever Edinsson Trujillo Parra.

(...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03378-01(AC)

Actor: JUAN JOSÉ BERNAL JIMÉNEZ

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ - SALA DE DESCONGESTIÓN

Asunto: Se acusó a la autoridad judicial accionada porque no analizó si el señor Bernal Jiménez es beneficiario del régimen de transición fijado por la Ley 10 de 1990 y su decreto reglamentario No. 1399 de 1990, por la reorganización del Sistema Nacional de Salud y, en caso de ser aplicable, las consecuencia que de ello derivan en las liquidaciones por la terminación del vínculo laboral en el año 2005.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2. Asunto bajo análisis

De conformidad con el fallo de primera instancia y la impugnación presentada, corresponde a la Sala determinar:

i. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; superado lo anterior;

ii. Se debe establecer si el fallo de tutela de primera instancia se debe confirmar, modificar o revocar, a partir de los argumentos dados en la impugnación y se analizará si el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión afectó los derechos al debido proceso y a la igualdad con la sentencia proferida en segunda instancia el 24 de junio de 2015.

(...)

4. Examen de los requisitos: Procedencia adjetiva

Frente a este punto, la Sala ha establecido que cuando el a quo de la tutela estudió el fondo del asunto es porque realizó el debido análisis de los requisitos de procedibilidad y si los mismos no fueron objeto de impugnación esta Sección entiende que aquéllos se dieron por superados, por lo que en esta instancia no se abordará su estudio¹.

5. Fondo

Revisados los antecedentes y la impugnación encuentra la Sala que se debe revocar la sentencia de tutela de primera instancia, por los argumentos que a continuación se exponen.

*En la impugnación reiteró el tutelante que se configuró un **defecto sustantivo**, por la no aplicación de la Ley 10 de 1990 y el artículo 4 del Decreto No. 1399 de 1990, “tantas veces repetido, e impetrado*

¹ Ver sentencia de tutela No. 11001-03-15-000-2015-01156-01, accionante: Luís Alberto Mercado Díaz, con ponencia de la Consejera Rocío Araújo Oñate, proferida el 28 de enero de 2016; fallo del 11 de febrero de 2016, tutela No. 11001-03-15-000-2015-01807-01, de Nelson Javier Valero Pinilla contra el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “B” y otro; Magistrada Ponente doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

*su aplicación, ante las diferentes instancias”, y al revisar la Sala el fallo de segunda instancia del proceso ordinario proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión, le asiste razón al tutelante, toda vez que, la autoridad judicial **no realizó un estudio sobre el régimen de transición establecido en las mencionadas normas de 1990**, si éstas eran o no aplicables al señor BERNAL, lo que se observa es que el Tribunal se enfocó a estudiar el Decreto Departamental y Resoluciones que le dieron cumplimiento a esas normas².*

Así, lo primero que realizó el Tribunal fue determinar cuál era el verdadero acto administrativo demandado en nulidad y restablecimiento del derecho por el señor BERNAL JIMÉNEZ, concluyendo que el verdadero acto atacado fue el “Oficio No. 0775-2005 de septiembre de 2005 {que} no se limita a reiterar lo expuesto en las resoluciones enjuiciadas, por cuanto en el mismo se está dando respuesta de fondo frente a la solicitud impetrada respecto al pago de unos derechos extralegales de contenido económico del cual era beneficiario el demandante antes de la entregada en vigencia de la actual Constitución Política y de la Ley 10 de 1990, lo cual lo constituye en un acto administrativo autónomo”³.

*En segundo lugar, entró estudiar al caso concreto, donde determinó que “la parte actora reclama el reconocimiento de emolumentos laborales que **venían siendo reconocidos hasta el año 2002**, mediante la Resolución Interna No. 1182^{4} de 1993, suscrita por el Director del Hospital de Duitama, conforme a la autorizaciones otorgadas mediante del Decreto No. 1240^{5} de 1993⁶, esta última norma, la expidió el Gobernador de Boyacá para dar cumplimiento con lo establecido por la Ley 10⁷ y su decreto reglamentario No. 1399⁸, ambos de 1990.*

*Así, el Tribunal Administrativo indicó que la Constitución Política de 1991, en el artículo 205 numeral 7, fijó entre las atribuciones de los Gobernadores la de fijar los emolumentos de los empleados del nivel departamental “**con sujeción a la ley**”⁹ y, por su parte, el literal e) del numeral 19 del artículo 150, estableció entre las funciones del Congreso de la República la expedición de la ley marco para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.*

En virtud de lo anterior, indicó la autoridad judicial cuestionada que el órgano legislativo expidió la Ley 4¹⁰ de 1992 y su artículo 12 dispuso:

“El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad”.

A partir de lo anterior, el Tribunal Administrativo de Boyacá concluyó que el “régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y específicamente la relación de competencias para su expedición se encuentran taxativamente delimitados por la Constitución Política con base en la técnica de las

2 Fls. 13 – 47. Fallo cuestionado con la tutela.

3 Fl. 250 vuelto. Cuaderno ordinario allegado en préstamo.

4 “Por medio de la cual se mantienen unos reconocimientos laborales de contenido económico al personal incorporado del Hospital San Vicente ya liquidado al Hospital Regional de Duitama entidad cesionaria”. Fls. 94 – 106. Cuaderno proceso ordinario allegado en préstamo.

5 “Por medio del cual se faculta al Director del Hospital Regional de Duitama para mantener reconocimiento laborales de contenido económico a sus servidores y se dictan otras disposiciones”. Fls. 90 – 93. Ídem.

6 Negrilla no es del original.

7 “por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”. Resaltado del original.

8 “por el cual se regula la nueva vinculación laboral de empleados oficiales y trabajadores del sector salud en los casos de los artículos 16 y 22 de la ley 10 de 1990”. Ídem.

9 Fls. 251 vuelto y 252. Cuaderno ordinario allegado en préstamo. Negrilla del original.

10 “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.

leyes cuadro o marco (art. 150- No. 19), por lo tanto, las Entidades Territoriales no pueden disponer autónomamente sobre tales materias¹¹.

Posteriormente, la autoridad judicial acá cuestionada, puso de presente que el Tribunal Administrativo de Casanare declaró la nulidad del Decreto Departamental No. 1240 de 1993 y todos los actos administrativos derivados de éste, mediante sentencia del 14 de junio de 2011¹², por haberse apartado de las anteriores normas, a partir de lo cual concluyó el Tribunal Administrativo de Boyacá que “al estar dilucidados que la única fuente de reconocimiento de prestaciones sociales de empleados públicos es la Ley, de modo que los beneficios otorgados de manera discrecional por las autoridades departamentales, no pueden considerarse como derechos adquiridos susceptibles de protección legal, así se hubiese cancelado por costumbre o pactos convencionales, no resulta factible avalar la continuidad de los reconocimientos laborales de tipo económico, pese a que se invoquen los principios de favorabilidad”¹³

Para esta Sala si bien el anterior argumento es cierto, no puede pasar por alto, que estamos ante una situación sui generis, toda vez que, desde la demanda¹⁴ y apelación ordinaria¹⁵, así como en la tutela y su impugnación el apoderado judicial del tutelante indicó que hay defecto sustantivo toda vez que la autoridad judicial erró al fijar el problema jurídico, en razón a que no era determinar “si los beneficios prestacionales que le venían siendo reconocidos al accionante a través de la convención colectiva de trabajo se constituyen en derechos adquiridos”, cuando lo que correspondía era determinar “si al actor es beneficiario o no lo es, de las disposiciones del art. 17 de la Ley 10 de 1990 y del art. 4 del Decreto 1399 de 1990. Los beneficios extralegales no le venían siendo reconocidos por la convención, sino porque la Ley dispuso que esos beneficios se le continuarían reconociendo, mientras permaneciera vinculado a la institución, aún en ausencia de convención, pues se entiende que los empleados públicos no tienen derecho a celebrar convenciones de trabajo, aunque de buena fe se celebraron hasta 1992”; en razón a que siempre se ha afirmado en las diferentes instancias judiciales que el señor BERNAL JIMÉNEZ cumple con los supuestos de hecho y derecho para ser beneficiado del régimen de transición establecido en las mencionadas normas de 1990.

La Ley 10 de 1990 reorganizó el sistema nacional de salud y su artículo 17 dispuso:

“Derechos laborales. Las personas vinculadas a las entidades que se liquiden, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, serán nombradas o contratadas, según el caso, por las entidades territoriales o descentralizadas, a las cuales, se bayan cedido los bienes, elementos o instalaciones para la prestación de servicios de salud, sin perder la condición específica de su forma de vinculación. A los empleados y trabajadores, se les aplicará el régimen salarial y prestacional, propio de la respectiva entidad, sin que se puedan disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada. Cuando se trate de empleados de carrera administrativa, o que hayan desempeñado cargos de carrera, sin pertenecer a ella, se les reconocerá continuidad en la carrera o el derecho de ingresar a ella, respectivamente. En lo relativo a los cargos que sean suprimidos se aplicarán en materia laboral las mismas normas previstas en el Decreto 77 de 1987 y sus decretos reglamentarios, en cuanto sean compatibles, y se garantizará, igualmente, la continuidad en la carrera administrativa o su derecho a ingresar a ella”¹⁶.

Ahora la anterior ley fue reglamentada mediante el Decreto No. 1399 de 1990 y su artículo 4º ordenó respecto a la garantía de los derechos lo siguiente:

11 Fl. 252 vuelto. Cuaderno proceso ordinario.

12 Expediente No. 2002-00455-00

13 Fls. 253 y 253 vuelto. Ídem.

14 Pretensión No. 8.1. se lee: “ORDENAR a la ESE HRD RESTABLECER al demandante, el reconocimiento y pago de todos los derechos de carácter económico, de que es beneficiario legítimo, según las disposiciones consagradas en el numeral 3º del Acta de Compromiso del 7 de septiembre de 1989; el artículo 17 de la Ley 10 de 1990; el artículo 4 del decreto Reglamentario de 1990; Decreto Ordenanza 1240 de 1993 y en la Resolución, {sic} 1182 de 1993”. Fl. 39. Cuaderno proceso ordinario.

15 Fls. 208 – 214. Ídem.

16 Negrilla no es del original.

“A los empleados públicos y a los trabajadores oficiales de que trata el presente Decreto, se les aplicará el régimen salarial y prestacional propio de la entidad a la cual se les hace la nueva vinculación, sin que pueda disminuirse los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada o suprimida.

Por lo tanto los factores salariales y prestacionales serán los establecidos para la entidad cesionaria, conservando en todo caso las cuantías que recibía la persona en la entidad cedente, mientras permanezca vinculada laboralmente a la entidad cesionaria.

Si la entidad cesionaria no tuviere otorgado algún factor salarial o prestacional que el empleado oficial sí estuviere percibiendo en la entidad suprimida o liquidada, se le garantizará el pago de dicho concepto salarial o prestacional, mientras permanezca vinculado laboralmente a la entidad cesionaria.

Parágrafo 1º. Lo anterior no implica un cambio del sistema salarial ni prestacional en la nueva entidad, ya que se trata tan solo de garantizar unos derechos protegidos por la ley a unas personas específicas, de tal manera que cuando éstas se retiren del servicio, desaparecen automáticamente tales remuneraciones transitorias.

Parágrafo 2º. A las personas provenientes de las fundaciones o instituciones de utilidad común y que sean incorporadas a entidades oficiales, o a entidades privadas, a las cuales se les hayan confiado los bienes y rentas, se les aplicará el régimen salarial y prestacional propio de la entidad cesionaria de los bienes, sin que se les puedan disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad suprimida o liquidada. Es entendido que esta prerrogativa se le mantendrá al personal anteriormente indicado mientras permanezca vinculado laboralmente a dichas entidades públicas o privadas”¹⁷.

Fue en virtud de las anteriores normas, que el Tribunal Administrativo del Casanare en la sentencia¹⁸ que declaró la nulidad del Decreto Departamental No. 1240 de 1993, que citó la autoridad judicial cuestionada en la presente tutela, dispuso en el numeral segundo de la parte resolutive, lo siguiente:

“Se dejan a salvo los derechos adquiridos conforme a la ley de los que sean titulares los servidores públicos que fueron incorporados a la nueva planta de personal del Hospital Regional de Duitama y que venían laborando en el Hospital San Vicente de Duitama”.

El Tribunal Administrativo de Casanare arribó a la anterior decisión, en virtud a lo establecido por el artículo 17 de la Ley 10 de 1990 en concordancia con lo ordenado por el artículo 31 de la Constitución de 1886 y el artículo 58 de la actual, normas de rango constitucional que fijan el deber de “garantizar los derechos adquiridos con justo título, los cuales no pueden, en ningún evento, ser desconocidos ni vulnerados por la leyes posteriores”¹⁹.

Por otro parte, la Corte Constitucional en sentencia C-241 del 9 de abril de 2014, declaró la exequibilidad de los incisos primero y tercero del artículo cuarto del Decreto No. 1399 de 1990, arriba transcrito. Indicó en la sentencia que el tránsito constitucional no implica la derogatoria de todas las normas y frente a la regulado en el artículo 4º del mencionado decreto manifestó que el “trato legal divergente se justifica respecto de grupos sometidos a una situación fáctica diferente, y el beneficio otorgado por la norma tiene por objeto maximizar la protección de un derecho fundamental. En este caso, se protegió el derecho al trabajo de los empleados públicos cuya contratante fue objeto de liquidación, supresión o cesión en los términos de la Ley 10 de 1990, y por ello, se previó la continuidad de la modalidad de contratación y la extensión de los factores salariales y prestaciones adquiridos en la extinta entidad, durante la vigencia del vínculo laboral en el establecimiento receptor”²⁰.

17 Subrayado no es del texto original.

18 Fls. 102 – 109.

19 Fl. 109.

20 Negrilla no es del original.

Por consiguiente, observa este juez constitucional que el artículo 17 de la Ley 10 y el artículo 4º Decreto No. 1399 son normas anteriores a la Constitución Política de 1991, las cuales fijaron un régimen de transición a favor de un pequeño grupo de ciudadanos, el cual hoy en día debe ser respetado.

*La Sala a partir del anterior panorama, concluye que en el presente caso el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión afectó el derecho fundamental del debido proceso de tutelante, toda vez que, revisada la sentencia del 24 de junio de 2015, **NO ANALIZÓ si el señor BERNAL JIMÉNEZ es beneficiario del régimen de transición** fijado por la Ley 10 de 1990 y su decreto reglamentario No. 1399 de 1990, por la reorganización del Sistema Nacional de Salud y, **en caso de ser aplicable**, las consecuencias que de ello derivan en las liquidaciones por la terminación del vínculo laboral en el año 2005.*

*Por lo anterior, la Sección Quinta del Consejo de Estado **revocará** la decisión de tutela de primera instancia y, en su lugar, **amparará el derecho al debido proceso** del señor **JUAN JOSÉ BERNAL JIMÉNEZ**, de conformidad con la parte motiva del presente proveído.*

*Como consecuencia de lo anterior, **dejará sin efectos** la sentencia de segunda instancia, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 15693-33-31-703-2011-00236, el 24 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión, para que dentro de los **15 días** siguientes a la notificación de esta decisión emita una de reemplazo donde deberá determinar:*

i) Si el tutelante es o no beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 10 de 1990 y su decreto reglamentario No. 1399 de ese mismo año, por haber pasado, presuntamente, del Hospital San Vicente de Duitama (institución privada) al Hospital Regional de Duitama (institución pública), por la reorganización del Sistema Nacional de Salud.

ii) Establecer si existió o no continuidad del vínculo laboral desde cuando pasó a ser parte de la planta de personal del Hospital Regional de Duitama hasta la fecha de retiro.

iii) De darse los anteriores presupuestos se deberá realizar las liquidaciones y compensaciones de acuerdo con el régimen salarial y prestacional aplicable por el régimen de transición aludido, teniendo en cuenta la prescripción trienal de los derechos laborales.

(...)

Decisión: “Revocar la sentencia proferida el 14 de abril de 2016, por la Sección Cuarta del Consejo del Estado, por medio del cual negó el amparo solicitado por el señor JUAN JOSÉ BERNAL JIMÉNEZ, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.

Como consecuencia de lo anterior, amparar el derecho al debido proceso del tutelante.

Dejar sin efectos la sentencia de segunda instancia, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 15693-33-31-703-2011-00236, el 24 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión, para que dentro de los 15 días siguientes a la notificación de esta decisión emita una de reemplazo, de conformidad con la parte motiva del presente proveído.

(...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01547-00(AC)

Actor: M.S. CONSTRUCCIONES S.A.

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Asunto: La sociedad actora pagó contribuciones parafiscales adeudadas al SENA con fundamento en liquidación de 2011 realizada por funcionario comisionado por la entidad, con base en contratos de mano de obra. En 2012 solicitó el reintegro aduciendo pago de lo no debido, pero le fue negado con dos resoluciones del mismo año. Inconforme, demandó estos dos actos en nulidad y restablecimiento del derecho. El juez de primera instancia accedió a las súplicas por considerar que las contribuciones parafiscales supuestamente adeudadas debían calcularse con base en la nómina de empleados y no con los contratos celebrados con trabajadores independientes. El Tribunal revocó tal decisión por considerar que el acto que se debía demandar era la liquidación de 2011. En vía de tutela, la sociedad actora afirma que hubo defecto sustantivo porque la liquidación individual no era demandable, al ser un acto de trámite (art. 43 CPACA); y desconocimiento del precedente que establece la forma de liquidar los parafiscales.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, acorde con los fundamentos de la tutela, si el Tribunal Administrativo del Cesar, con la sentencia de 5 de mayo de 2016, incurrió en defecto sustantivo o desconocimiento del precedente que vulnerara los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la sociedad M.S. CONSTRUCCIONES S.A. al no acceder a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por considerar que la liquidación de 21 de noviembre de 2011 era un acto definitivo y debía demandarse en su momento.

Con el propósito de resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: (i) criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; (ii) estudio sobre los requisitos de procedibilidad; y finalmente, de encontrarse superados, se analizará (iii) el fondo del reclamo.

(...)

2.4. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad

2.4.1. No se trata de tutela contra sentencia de tutela. Es claro que se controvierte un fallo de nulidad y restablecimiento del derecho.

2.4.2. Se cumple con la inmediatez, dado que, según constancia secretarial del Tribunal (fl. 171 n.r.d) el fallo enjuiciado cobró ejecutoria el 17 de mayo de 2016, mientras que la tutela se instauró el 23 de mayo de 2016, lo que implica que entre uno y otro evento transcurrió un plazo razonable.

2.4.3. Hay subsidiariedad, toda vez que la sociedad actora no cuenta con otro medio de defensa judicial, distinto a la tutela, para conjurar la eventual transgresión que la aludida decisión pueda

irrogarle a sus derechos fundamentales, pues los recursos extraordinarios de revisión y unificación no tienen cabida en el sub examine.

2.4.4. Bajo esas consideraciones, la Sala se pronunciará de fondo respecto del reclamo deprecado, no sin antes insistir en el carácter excepcional de la acción de amparo, que tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto por la autonomía judicial¹, la protección de los derechos obtenidos de buena fe por terceros, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales².

2.5. Caso concreto

La Sala no se pronunciará respecto del desconocimiento del precedente alegado, comoquiera que el libelista lo estructura en el derecho que le asiste a su representada a obtener el reembolso por el supuesto pago de lo no debido.

Ello, por cuanto el Tribunal censurado se relevó de examinar tal aspecto, en razón de que no encontró superada una cuestión adjetiva de la demanda, en tanto estimó que no se demandó el acto que definió la situación de la empresa actora.

Por tanto, este juez constitucional solo se ocupará de definir si en el fallo enjuiciado se configuró un defecto sustantivo por atribuirle a la liquidación de 21 de noviembre de 2011 la connotación de acto administrativo definitivo, pues de prosperar dicho cargo, será el Tribunal acusado quien resuelva si los actos administrativos demandados en vía contenciosa son o no acordes a derecho.

Sea lo primero advertir que en la sentencia de 5 de mayo de 2016, objeto del reparo constitucional, se precisó:

*“Mediante la liquidación No. 132 del 11 de noviembre de 2011 [sic] el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA– impuso a la constructora M.S. CONSTRUCCIONES S.A. la obligación de realizar el pago de los aportes parafiscales correspondientes a la mano de obra contratada por los periodos correspondientes al año 2007, 2008, 2009, 2010 y enero a agosto de 2011, decisión que **constituye un acto administrativo definitivo, por cuanto decide fondo [sic] sobre la obligación que le corresponde al contribuyente y en esa medida pone fin al procedimiento.***

*Ahora, no es admisible la argumentación del apoderado de la sociedad demandada cuando manifiesta que liquidación [sic] es un acto de trámite, pues no solamente está debidamente motivada, dado que se hace una relación detallada de los conceptos en los que de manera definitiva establecen los ítems a cancelar por parte del obligado, estipulando de forma específica la suma liquidada, sino que fue aceptada por el gerente, quien le imprimió su rúbrica, además como lo demuestra el mismo demandante, la suma de cincuenta y tres millones quinientos noventa y cuatro mil sesenta y seis pesos (\$53.594.066) que aparece en la referida liquidación de aportes, fue cancelada por la sociedad M.S. CONSTRUCCIONES S.A., lo que implica que dicha liquidación fue aceptada por la misma, sin que en su momento se objetara. (folio 23). Es decir, que es claro que **la liquidación que reposa a folio 24, es un verdadero acto administrativo, que le puso fin a la situación administrativa relacionada con la obligación legal de pagar los aportes parafiscales al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.***

(...)

Conforme a lo expuesto, una vez se ha dado lugar a la liquidación por la cual se impuso la obligación de los aportes parafiscales, M.S. CONSTRUCCIONES S.A. se encontraba facultada para ejercer el derecho de contradicción directamente ante la jurisdicción, dado que dentro de la misma decisión no se indicó la procedencia de recurso alguno, para lo cual contaba con cuatro (4) meses, término previsto en la norma para controvertir la decisión a través del medio de control de nulidad y restablecimiento.

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

² Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

No obstante, la parte actora acudió a la administración ejerciendo la reclamación de los aportes, por haberse realizado la liquidación a través del acta No. 123 del 21 de noviembre de 2011, en contravención de las normas que lo regulan, nueve (9) meses después de haber adoptado la decisión, cuando ya ha fenecido el término para acudir a la jurisdicción.

La Sala considera que la parte actora a través de los actos administrativos demandados [oficios de 20 de noviembre y 18 de diciembre de 2012] generó una contestación a una petición, con la que **pretende revivir los términos para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho**, que en últimas tiene como trasfondo dejar sin efectos la liquidación de aportes parafiscales No. 132 del 21 de noviembre de 2011, la cual estima contraviene las normas previstas para realizar la liquidación de los aportes, al tener en cuenta los contratos de obra celebrados con los contratistas, pues al respecto se consigna en el escrito de petición lo siguiente:

(...)

La Corporación no comparte la decisión de primera instancia, por cuanto **la liquidación de parafiscales es un acto definitivo, dado que contiene la voluntad de la administración con capacidad de producir efectos jurídicos en lo que se refiere a las contribuciones que corresponden a la constructora**, quien al encontrar desfavorable la decisión debió demandarla ante esta jurisdicción dentro del término de los cuatro (4) meses previstos en la norma para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Conforme a lo expuesto, la decisión contenida en los actos administrativos [oficios de 20 de noviembre y 18 de diciembre de 2012] no puede generar el análisis de fondo de **la decisión contenida en el acta de liquidación No. 132 del 11 de noviembre de 2011 [sic], a través de la cual se impuso la obligación al contribuyente**, por cuanto esta última se encuentra en firme” (negritas propias) (fls. 161-164 n.r.d.).

El libelista cuestiona la tesis del Tribunal, pues, en su criterio la liquidación practicada el 21 de noviembre de 2011 no podía ser demandada en vía contenciosa al ser un acto de trámite dentro del proceso administrativo de fiscalización adelantado por el SENA, que debía concluir con un acto administrativo en el que se estableciera la existencia de una obligación basada en tal liquidación.

El artículo 43 del CPACA prescribe: “Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”. En cambio, el acto de trámite es “... de mero impulso de la actuación y no decide nada sobre el asunto debatido, pero instrumenta la decisión final o definitiva...”³.

El Consejo de Estado, en sentencia de 2 de febrero de 2012⁴, explicó:

“... únicamente las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de modo tal que los actos de trámite o preparatorios distintos de los antes señalados se encuentran excluidos de dicho control...”.

En relación con los actos de liquidación dentro del proceso de fiscalización por contribuciones parafiscales adeudadas al SENA la Sección Cuarta de esta Corporación –voz autorizada para ese tipo de asunto, por ser de su especialidad– ha proferido una serie de decisiones que resultan ser bastante ilustrativas de la connotación que, en este caso, tiene la liquidación individual de 21 de noviembre de 2011 para le empresa M.S. CONSTRUCCIONES S.A.

3 Consejo de Estado, Sección Cuarta, C. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E), exp. 11001-03-24-000-2012-00096-00(19673).

4 Sección Segunda, Subsección “B”, C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, exp. 23001-23-31-000-2011-00337-02(2085-11).

Así, de la sentencia de 3 de abril de 2008 se extracta:

“Con base en las liquidaciones en mención, el Director Regional del SENA del Quindío por Resolución 234 de 1999 determinó la obligación por aportes a cargo de la actora, para lo cual estaba plenamente facultado, con base en el artículo 25[a] de la Resolución 434 de 1998.

Lo anterior, porque dentro de las funciones de los Directores Regionales del SENA se encuentra la de liquidar a nivel regional los aportes adeudados por los diferentes empleadores públicos o privados y constituir así el título ejecutivo a cargo de los obligados.

En consecuencia, tanto el acto definitivo, como las liquidaciones individuales que le sirvieron de soporte fueron expedidos por quienes estaban debidamente facultados para ello.

En cuanto a la imposibilidad de impugnar las liquidaciones individuales, se aclara que por tratarse de actos de trámite, no procedía recurso alguno (artículo 49 del Código Contencioso Administrativo), tal y como expresamente se menciona en dichos actos (fls. 118 y 119).

Sin embargo, las liquidaciones fueron conocidas por la actora, como consta en el texto de las mismas, en las que aparece sello y firma de recibido.

De otra parte, no se afectó el derecho de defensa de la actora, pues, **a través del recurso de reposición contra el acto que determinó los aportes a su cargo, pudo cuestionar las liquidaciones individuales que le sirvieron de soporte” (negrillas propias).**

Nótese que en aquella oportunidad se demandó el acto definitivo expedido por el Director Regional del Sena –quien es el competente para determinar la obligación adeudada– y la Corporación concluyó que a través de él era que se debían cuestionar las liquidaciones individuales, dado su carácter de acto de trámite.

En similar sentido, de la misma providencia se lee:

“Por Resolución 434 de 1998 el Director General delegó algunas de sus funciones en distintos funcionarios de la entidad. En el artículo 25[a] ibídem delegó en los directores regionales y seccionales del SENA, la facultad de “ordenar las acciones que sean necesarias para obtener el pago de las sumas de capital e intereses adeudados por los empleadores públicos o privados, de acuerdo con las liquidaciones que individualmente hayan sido efectuadas por concepto de aportes a la entidad y contribuciones al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción –FIC- administrado por el Sena, dictando las resoluciones correspondientes y resolviendo los recursos de la vía gubernativa”.

Así pues, al Director Regional le corresponde ordenar las acciones necesarias para obtener el pago de las deudas por aportes parafiscales, con base en las liquidaciones individuales. Esta facultad comprende desde la constitución del título o determinación de la obligación con base en las liquidaciones de aportes, hasta el cobro mismo de la obligación. Para cumplir dicha finalidad puede proferir los actos administrativos que sean necesarios y resolver los recursos.

Las liquidaciones individuales de los aportes que sirven de soporte a los actos de determinación de los mismos, son expedidas por la Tesorería de la entidad (fl. 119). Tales liquidaciones, entonces, no son de competencia de los Directores Regionales, como erróneamente lo entiende la actora. Además, las liquidaciones sin número de 21 de julio de 1998 no fueron dictadas por el Director Regional del SENA en el Quindío, sino por la funcionaria de Tesorería autorizada por la entidad para ello”.

En el citado pronunciamiento, resultan palmarias tres cosas, algunas de las cuales coinciden con lo dicho en líneas previas del presente proveído: (i) el Director Regional del SENA es quien determina la existencia de la obligación, (ii) para ello toma como base la liquidación individual, (iii) cuya elaboración está a cargo del departamento de Tesorería de la entidad. Ergo, es claro que tal liquidación

individual, por ser un insumo del acto del cual surge la obligación –el emitido por el referido director– impuesta por el SENA, es de trámite.

Esta última sentencia fue reiterada recientemente por la Sección Cuarta en fallo de 30 de julio de 2015, en los siguientes términos:

“En cuanto a la imposibilidad de impugnar las liquidaciones individuales, la Sala reitera que por tratarse de actos de trámite, no procedía recurso alguno (artículo 49 del Código Contencioso Administrativo), tal y como expresamente se menciona en dichos actos⁵ (fls. 105 c.p.).

Adicionalmente, se observa que no se violó el derecho al debido proceso por cuanto, la Resolución 404 del 20 de junio de 2005 incorporó dentro de su texto el contenido de la Liquidación 762004-08-105 del 14 de diciembre de 2004, y precisó que es soporte de la misma. En consecuencia, al notificarse la Resolución 0404 del 20 de junio de 2005 se entiende notificada la liquidación aludida.

De otra parte, no se afectó el derecho de defensa, toda vez que la actora interpuso el recurso de reposición contra la Resolución 404 del 20 de junio de 2005, resuelto mediante la Resolución 0981 del 16 de julio de 2008. En consecuencia, tuvo la oportunidad de cuestionar las liquidaciones individuales. No prospera el cargo” (negritas propias).

Como puede verse, en esta oportunidad también hubo un acto definitivo precedido de la liquidación individual –y aunque no hace parte de la cita, también corresponde a un informe de visita realizada al contribuyente, tal y como ocurre en el sub examine– y la Sección Cuarta le dejó en claro al correspondiente actor que la forma de cuestionar tal liquidación era a través del recurso interpuesto contra el acto definitivo, lo cual, sin atisbo de duda, la connotó como acto de trámite, pues constituyó el sustento de este último.

Pues bien, bajo este panorama, la Sala considera que, en el asunto de la referencia, el Tribunal Administrativo del Cesar vulneró el derecho fundamental al debido proceso de M.S. CONSTRUCCIONES S.A., habida cuenta que incurrió en un defecto sustantivo, al darle, en contravía de lo señalado por el artículo 43 del CPACA, el carácter de acto definitivo a la liquidación individual de 21 de noviembre de 2011, a pesar de tratarse de un acto preparatorio dentro del proceso de fiscalización adelantado en su contra por el SENA, el cual debía culminar con un acto administrativo posterior, expedido por la autoridad competente.

Observa la Sala que dicha liquidación fue suscrita por un “funcionario autorizado por el SENA”, lo cual se aviene a lo explicado en precedencia, en torno al trámite que se surte al interior del proceso de fiscalización.

A partir de ella, correspondía al Director Regional de la entidad determinar la existencia de una obligación en favor de la administración y con cargo a M.S. CONSTRUCCIONES S.A.

No obstante, el 9 de febrero de 2012, antes de que ello ocurriera, la sociedad pagó los \$ 53.594.066 (fl. 23 n.r.d.) que le habían sido liquidados por concepto de “...aportes correspondientes a la mano de obra de Don Carmelo, Altos de Ziruma, y Casa Blanca realizadas en la ciudad de Valledupar-Cesar correspondientes a los años 2007, 2008, 2009, 2010 y enero a agosto de 2011” (fl. 24 n.r.d.).

Quiere decir ello que cuando canceló la referida suma no existía acto administrativo definitivo que sobre el particular le impusiera obligación alguna; y es claro que con posterioridad a este evento, dicho acto tampoco se produjo.

5 El siguiente texto es nota al pie de la sentencia que se transcribe: “Se reitera el criterio expuesto por la Sala en sentencia del 3 de abril de 2008, exp. 15199 C.P. Héctor J. Romero Díaz”.

En ese orden de cosas, no es cierto que la empresa tutelante hubiera podido cuestionar la liquidación en vía contenciosa, como equivocadamente lo concluyó el Tribunal Administrativo del Cesar, pues contra ella ni siquiera tuvo la oportunidad de interponer los recursos en sede administrativa, por ser un acto de trámite cuestionable a través del definitivo que, se insiste, nunca se emitió.

Por tal motivo, ésta bien podía solicitar al SENA la devolución de los dineros voluntariamente cancelados antes de la culminación del procedimiento administrativo y a propósito de tal liquidación, si es que consideraba que dicho pago carecía de sustento legal, cosa distinta es que le asistiera o no razón en su reclamo, ya que esto debía resolverlo la entidad pública, como en efecto lo hizo a través de los oficios de 20 de noviembre y 18 de diciembre de 2012, que ciertamente constituyeron los únicos actos administrativos que la sociedad tutelante podía demandar, dadas las particular circunstancias del caso.

De otro lado, aunque la Sala entiende que el hecho del pago pudo hacer inocua cualquier iniciativa de cobro por parte de la entidad pública en cuestión, brilla por su ausencia un pronunciamiento que formalmente pusiera fin al proceso de fiscalización.

Entonces, mal podría endilgarse a la empresa tutelante una consecuencia adversa por su diligencia e iniciativa en el cumplimiento de sus obligaciones parafiscales; así como tampoco podría privilegiarse a la administración por las falencias y vacíos del trámite mencionado.

Una conclusión contraria –como la que se refleja en el fallo contencioso enjuiciado–, emerge transgresora del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia del contribuyente.

De conformidad con lo explicado en precedencia, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la empresa accionante y dejará sin efectos la sentencia contenciosa de segunda instancia, para que el Tribunal enjuiciado dicte una nueva, atendiendo las razones consignadas en el presente fallo de tutela.

(...)"

Decisión: AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la empresa M.S. CONSTRUCCIONES S.A.

DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de 5 de mayo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar dentro del trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. 20001-33-33-006-2013-00211, para que, dentro de los 30 días siguientes a la notificación del presente fallo de tutela, dicte una nueva, de conformidad con las razones expuestas.

(...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., once (11) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03462-00(AC)

Actor: MUNICIPIO DE MUTATÁ - ANTIOQUIA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA SALA DE DESCONGESTIÓN

Asunto: Fallo de primera instancia - Tutela contra providencia judicial. Defecto sustantivo por desconocimiento de la norma aplicable. Vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

Extracto: “(...) corresponde a la Sala determinar si en el presente caso con la providencia del 24 de septiembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Tercera Oral de Descongestión se vulneró el derecho fundamental al debido proceso del Municipio de Mutatá – Antioquia.

(...) resulta del caso reiterar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “tercera instancia” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

(...) Para comenzar con el estudio de los parámetros esenciales de viabilidad de la tutela cuando se dirige contra providencias judiciales, la Sala encuentra que no se trata de una tutela contra decisión de tutela pues la providencia censurada se profirió en el curso de un proceso iniciado en ejercicio del medio de control de nulidad.

De igual manera, en el presente asunto se cumple con el requisito de inmediatez¹ (...).

(...) en lo referente a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial para controvertir las decisiones judiciales que en concepto de la parte actora, vulneraron su derecho fundamental al debido

1 El mencionado requisito exige que la acción de tutela se interponga tan pronto se produce el hecho, acto u omisión al que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales, o por lo menos dentro de un término prudencial y consecencial a su ocurrencia, pues el paso prolongado del tiempo, indica que se ha disipado la gravedad de la lesión y la urgencia de la protección deprecada, desvirtuándose así, la inminencia de la afectación. La razón de ser del referido principio, es evitar que este mecanismo constitucional de defensa se utilice como herramienta que subsane la desidia, negligencia o indiferencia de las personas que debieron buscar una protección oportuna de sus derechos y no lo hicieron, o que la misma se convierta en factor de inseguridad jurídica.

proceso, se advierte que el accionante no cuenta con otro medio judicial ordinario ni extraordinario para el efecto, por lo que, en tales condiciones, se procederá a estudiar el fondo del asunto.

(...)

En el sub lite la parte actora consideró que su derecho fundamental al debido proceso fue trasgredido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, con ocasión de lo decidido en la providencia del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil quince (2015) a través de la cual se revocó la decisión adoptada por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Turbo – Antioquia, en su lugar declaró la caducidad de la acción y en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

En concepto del actor con la decisión censurada se desconoce la aplicación del artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, donde se advierte que el medio de control de nulidad procede para la revocatoria de actos administrativos de carácter general y de manera excepcional, contra actos de carácter de contenido particular y concreto, cuando no se busca un restablecimiento del derecho subjetivo, medio de control que no tiene término de caducidad y lo que busca es mantener la coherencia del ordenamiento jurídico y el interés general.

En este orden de ideas, se tiene que la acusación del actor se refiere a un defecto sustantivo por desconocimiento de la normativa aplicable.

(...) la determinación del medio de control aplicable al caso en estudio dependerá de si el Municipio de Mutatá perseguía o no un restablecimiento del derecho.

(...) De la lectura de los hechos de la solicitud de tutela y la revisión del expediente en préstamo se tiene que el actor en ejercicio el derecho de acción a través del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, donde solicitó la nulidad de las Resoluciones No. 904 del 21 de diciembre de 2011, “Por medio de la cual se aprueban los estudios de factibilidad sobre las necesidades de prestación del servicio de transporte público automotor individual en vehículos tipo taxi, de acuerdo al Decreto 172 de 2001, en el Municipio de Mutatá Antioquia” y la 905 del 21 de diciembre de 2011, “Por medio de la cual se concede habilitación y se autoriza la prestación del servicio a la Empresa Rápido San Pedro y/o Rápido Mutatá, para operar en la modalidad de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículo tipo taxi con radio de acción municipal”.

Revisados los actos administrativos expedidos por el Municipio de Mutatá, se observa que la Resolución No. 904 de 2011, es un acto de contenido general y la Resolución No. 905 de 2011, es de carácter particular y concreto, y al examinar la demanda presentada, se evidencia que el Municipio de Mutatá no solicitó restablecimiento del derecho subjetivo con la declaratoria de nulidad, pues de la demanda interpuesta por el ente territorial se advierte que la intención era proteger el ordenamiento jurídico al considerar que los mismos fueron expedidos incumpliendo los mandatos del Decreto 172 de 2001.

Además de lo anterior, de la lectura de los actos administrativos no se observa que con su nulidad se pudiera producir un restablecimiento automático para el municipio de Mutatá, pues la Resolución no. 904 del 21 de 2011, aprueba los estudios de factibilidad sobre las necesidades de prestación del servicio de transporte público automotor individual en vehículos tipo taxi de acuerdo al Decreto 172 de 2001, en el municipio y la Resolución no. 905 del 21 de diciembre de 2011, concede una autorización para que dicho servicio sea prestado por la empresa Rápido San Pedro S.A. y/o Rápido Mutatá.

En virtud de lo expuesto, es claro que el municipio de Mutatá podía acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para obtener la nulidad de las Resoluciones No. 904 y 905 de 2011, a través del medio de control de simple nulidad, pues este medio de control procede contra actos de carácter general y, excepcionalmente, contra actos de carácter particular, entre otros casos, cuando con la demanda no se persiga un restablecimiento de algún derecho o este no se genere automáticamente con la sentencia que declare la nulidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, el medio de control utilizado por el municipio de Mutatá y adelantado por el Juez Primero Administrativo de Turbo – Antioquia era el aplicable para obtener la nulidad de las Resoluciones No. 904 y 905 de 2011, medio de control que para su interposición la Ley no contempla un término de caducidad, y en consecuencia, la Sala considera que el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Tercera Oral de Descongestión, aplicó indebidamente el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al proferir la sentencia del 24 de septiembre de 2015 (...).

(...) Conforme a lo expuesto al encontrar acreditada la indebida aplicación del artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al caso en estudio, lo que lleva consigo una afectación al derecho fundamental del debido proceso del municipio de Mutatá, la Sala amparará el derecho mencionado y en consecuencia se ordenará al Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Tercera Oral de Descongestión proferir un nuevo fallo resolviendo de fondo los argumentos expuestos por la Sociedad Rápido San Pedro S.A., quien interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Turbo - Antioquia. (...).

Decisión: “Ampárase el derecho fundamental al debido proceso del Municipio de Mutatá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, y en consecuencia, ordénase al Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Tercera Oral de Descongestión proferir un nuevo fallo resolviendo de fondo los argumentos expuestos por la Sociedad Rápido San Pedro S.A., quien interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Turbo - Antioquia.

Notifíquese a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente de su ejecutoria y devuélvase el expediente número 05837-33-33-001-2013-00409-01 que fue remitido en préstamo a esta Corporación al Despacho de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01181-01(AC)

Actor: ARMANDO ARÉVALO VARELA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META Y OTRO

Asunto: Fallo de segunda instancia - Pensión gracia. No se encuentra incongruencia alguna o desconocimiento al artículo 1º de la ley 91 de 1989 por parte de la sentencia del a quo.

Extracto: “(...) corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado (...).

(...) esta norma [artículo 15 Ley 91 de 1989] establece el derecho a percibir la pensión de gracia a los docentes que se hubiesen vinculado a la docencia hasta el 31 de diciembre de 1980 **con la condición de que cumplan todos los requisitos señalados en las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, de manera que los docentes que se vinculen con posterioridad a la mencionada fecha, es decir, 1º de enero de 1981, no tienen derecho a que se le reconozca esta pensión.**

(...) Ahora bien frente al requisito consistente en que no haya recibido ni reciba actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional, la Corte Constitucional en sentencia C-479 de 1998¹ lo declaró **exequible** (...).

(...) debe tenerse en cuenta que la Sección Cuarta de esta Corporación al resolver la primera instancia², consideró que si bien el nombramiento que le hizo el municipio de Guamal (Meta) fue de carácter municipal, por la cofinanciación entre el Ministerio de Educación Nacional y ese municipio, los salarios que le pagaban tenían origen en el Sistema General de Participaciones, es decir eran recursos del orden nacional, razón por la cual negó la acción de tutela y dejó en firme el fallo del Tribunal del Meta.

(...) en el fallo del Tribunal Administrativo del Meta³ se consideró que si bien el demandante fue nombrado por el alcalde de Guamal (Meta) para desempeñarse como docente de primaria en la escuela rural Nicolás de Federman que funcionaba en el mismo municipio, siendo por tanto su vinculación de tipo municipal, ello no es óbice para afirmar que cumple todos los requisitos consagrados en la ley 114 de 1913 para hacerse acreedor a la pensión de gracia, ya que, según el juez de instancia, **estaría inmerso en la prohibición de no recibir ni haber recibido recompensa de carácter nacional.**

(...) En este contexto, el estudiar las razones expuestas por el Consejo de Estado en el fallo de primera instancia de esta tutela, se encuentra que se llegó a la conclusión que el tutelante no tenía derecho a la pensión de gracia por haber sido remunerado con dineros que provenían en parte de la Nación, y no por haberse desconocido que la vinculación la había realizado el municipio, tal como lo explicó el Tribunal del Meta.

(...) En este orden de ideas, no se encuentra incongruencia alguna o desconocimiento al artículo 1º de la ley 91 de 1989 por parte de la sentencia del a quo, ya que si bien esta norma hace la distinción de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, lo cierto es que contrario a lo afirmado por

1 M.P. Carlos Gaviria Díaz

2 En sentencia de 16 de diciembre de 2015

3 Sentencia de 27 de enero de 2015

el apoderado del tutelante⁴, no establece que la pensión de gracia se deba reconocer a los docentes nacionalizados o territoriales.

(...) De manera concreta se alegó por el tutelante que en la sentencia SU-559 de 1997 se establece la necesidad de darle a los educadores igualdad de condiciones, sin importar si son nacionales, nacionalizados o territoriales, y sin importar si la fuente de financiación se origina con recursos propios de cada entidad territorial o proviene de la Nación.

Al respecto, esta Sección no halla acreditados los requisitos para que se pueda amparar el derecho a la igualdad, puesto que en primer lugar la Corte Constitucional en la sentencia SU-559 de 1997 resolvió el problema jurídico consistente en establecer si unos alcaldes vulneraron los derechos fundamentales de los docentes a su servicio, por haber omitido su afiliación a un fondo de prestaciones sociales, estudio que no es referente a la pensión de gracia de los docentes.

(...) Además se reitera que en este caso se negó el reconocimiento a la pensión de gracia por haber recibido salarios cofinanciados por la Nación durante el tiempo de prestación de servicios en Guamal, de manera que no se discute si su nombramiento tiene carácter territorial o nacionalizado, argumento que pareciera de los apartes transcritos de las sentencias, fue el aspecto estudiado por esas Corporaciones. (...)

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia de 16 de diciembre de 2015 proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, que negó el amparo deprecado, por las razones aquí explicadas.

Decisión: “Confírmase la sentencia de 16 de diciembre de 2015 del Consejo de Estado, Sección Cuarta, por las razones aquí expuestas en esta providencia.

Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen. (...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

⁴ Folio 390 del cuaderno de apelación, en donde el apoderado de la parte demandante sostuvo: “(...) al igual que en su artículo 1º mediante los cuales se precisa que la pensión de gracia debe ser reconocida a los docentes nacionalizados o territoriales más no a los nacionales, valga decir de conformidad con el Artículo 1º de la precitada ley”

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03668-01(AC)

Actor: CEETTV S.A

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B

Asunto: Fallo de segunda instancia - Desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Extracto: “(...) corresponde a la Sala determinar si revoca, confirma o modifica la decisión constitucional de primera instancia, proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación.

(...) comoquiera que la primera instancia ya analizó los requisitos de procedibilidad adjetiva, y en consideración a que ello no fue materia de impugnación, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la correspondiente impugnación.

(...)

2.4 Reglas del recurso de anulación contra laudos arbitrales.

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia¹ en relación con el recurso de anulación de laudos arbitrales ha fijado las siguientes reglas:

- i) *El recurso de anulación de laudos arbitrales, es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.*
- ii) *El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral por errores in procedendo (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso, pero a través de él, no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores in iudicando (violación de leyes sustantivas), es decir, para examinar si el Tribunal de Arbitramento obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o aplicación errónea), ni tampoco para revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, puesto que el juez de anulación no constituye superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento (...).*
- iii) *Excepcionalmente, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo en aquellos eventos en que prospera la causal de incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales previstas en los numerales 4º y 5º, del artículo 72, de la Ley 80 de 1993.*

1 Entre otras, ver los siguientes fallos de la Sección Tercera del Consejo de Estado Exp.32398; de 4 de diciembre de 2006, exp. 32871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34594.

- iv) *Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, el cual le impone limitarse exclusivamente a lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra²; en consecuencia, no le es permitido al juez de anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y menos aún pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación.³*
- v) *El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; “tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados.”⁴*
- vi) *eniendo en cuenta el carácter restrictivo que identifica el recurso de anulación, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran consagradas por la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas en la ley (Artículos 128 de la ley 446 de 1998 y 164 del Decreto 1818 de 1998)⁵.*

Así mismo, el juez de la anulación tiene competencia para declarar la nulidad absoluta de la cláusula compromisoria siempre que la nulidad aparezca probada y en el recurso intervengan las partes contratantes⁶ (...).

(...) En el presente caso, la sociedad impugnante, en términos generales, insiste en las razones que dieron lugar a la interposición de la presente acción de tutela (...).

(...) Sobre la competencia para examinar la validez de la cláusula 8ª del otro sí No. 4º del contrato de concesión 167 de 1998

(...) Esta Sala no comparte este estudio hecho por la Sección Tercera puesto que debe tenerse en cuenta que el tribunal arbitral en el laudo de 3 de abril de 2013, hizo la siguiente consideración:

“1. Pretensión primera de la demanda.

En la pretensión primera principal general de su demanda la parte demandante solicitó que se declare “que el valor de la prórroga de la Concesión está regulado por la Cláusula

2 “Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; en el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 4 de agosto de 1994, Exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, Exp. 6751.”

3 “Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871.”

4 “Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326.”

5 Sentencia del 17 de marzo de 2010. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00045-00(36838).

6 Esta Corporación también ha sido enfática en señalar que el juez de la anulación “**bien puede abordar el estudio de la legalidad de la cláusula compromisoria** y declarar incluso, de oficio, la nulidad absoluta del pacto arbitral, siempre que la nulidad aparezca probada y en el recurso intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.

En concreto, se ha dicho que (...) el pacto arbitral es un contrato que, además, tendrá carácter estatal cuando se trate de un compromiso y en él se obligue una entidad pública, o cuando se trate de una cláusula compromisoria pactada al interior de un contrato del Estado. De otra parte, es claro que el **juez administrativo puede y debe declarar la nulidad absoluta del mismo**, si se reúnen las exigencias legales. En efecto, el inciso 3º del artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, impone al Juez Administrativo la obligación de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, siempre que esté plenamente probada en el proceso y que en el mismo intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

8 del texto integrado del Contrato de Concesión cuyo precio base y reglas fijadas para la determinación del valor de ajuste (VDA), así como el precio final, obligan y vinculan a las partes de acuerdo con el pacto contractual celebrado entre ellas y con la ejecución que ellas mismas han hecho de la prórroga. (...)

Por otro lado está acreditado en el expediente que las partes celebraron el Otrosí No. 4 del Contrato de Concesión No. 167 de 1998 en cuya cláusula octava se estipuló: (...)

Ahora bien, en ninguna de las partes ha cuestionado la validez de dicha estipulación contractual ni su obligatoriedad. Así mismo el Tribunal no encuentra ninguna razón que afecte su validez o eficacia. Por lo anterior se accederá a la pretensión primera de la demanda. (Negrillas fuera del texto original)

(...) se tiene que el tribunal arbitral sí se pronunció sobre la legalidad de la cláusula octava. (...) si bien no hizo un estudio extenso, lo cierto es que sostuvo “El Tribunal no encuentra ninguna razón que afecte su validez o eficacia”⁷, con lo cual es claro que al mencionar que no encontró afectada su validez, es porque la cláusula en su parecer estaba acorde con el ordenamiento jurídico, razón por la cual no podía la Sección Tercera del Consejo de Estado entrar a hacer dicho estudio, puesto que, se reitera, el Tribunal arbitral sí hizo el estudio correspondiente.

2) Adujo que el juez extraordinario deberá declarar la nulidad absoluta de las disposiciones contractuales abiertamente contrarias al ordenamiento superior; cuando quiera que encuentre que las disposiciones que le corresponde interpretar y hacer prevalecer, no pueden ser tenidas como marco para la decisión en cuanto deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, fue tajante en sostener que ni siquiera el acuerdo de las partes restringe la potestad del juez de la anulación para estudiar esa clase de cuestiones. (...).

*(...) la Sección Tercera explicó en la providencia cuestionada que a pesar de actuar como juez extraordinario, al resolver el recurso de anulación, podía entrar a estudiar de oficio la nulidad absoluta de cualquier cláusula del contrato, pero dicha facultad está limitada a los casos en los que las disposiciones contractuales sean **abiertamente contrarias al ordenamiento superior**⁸, en este mismo sentido el magistrado Danilo Rojas en el salvamento de voto sostuvo:*

*“(...) Y si bien es cierto que el juez del recurso de anulación bien puede declarar de oficio la nulidad absoluta total o parcial del contrato objeto de la controversia que se decidió mediante laudo arbitral impugnado, también lo es que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó el artículo 1742 del C.C., -norma que atribuye dicha facultad al juez en general-, la misma solo surge cuando la nulidad absoluta **“aparezca de manifiesto en el acto o contrato.***

*A su vez, el artículo 87 del CCA – Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998-, dispone que el juez administrativo queda facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato **“cuando esté plenamente demostrada en el proceso”** requisito que, a mi parecer, en el presente caso no se configura.” (Negrillas fuera del texto original)*

Así las cosas es claro que el juez extraordinario puede de oficio declarar la nulidad del pacto arbitral; así mismo puede declarar la nulidad total o parcial del contrato o de alguna de sus cláusulas cuando haya sido alegada por las partes y no hubiera sido objeto de pronunciamiento por parte del tribunal Arbitral, y sea manifiesta o abiertamente contraria al ordenamiento superior o cuando esté plenamente demostrada en el proceso, o cuando a pesar de haber sido resuelta por el tribunal arbitral, las partes consideren que se incurrió en error in procedendo y lo aleguen vía recurso de anulación.

7 Folio 33 del cuaderno del recurso de anulación.

8 Folio 258 del cuaderno del recurso de anulación

En este asunto, para esta Sección, la estipulación contenida en la cláusula 8ª del Orosí No. 4, no es abierta o manifiestamente contraria al ordenamiento superior y no estaba plenamente demostrada en el proceso, pues tal como se explicó en la providencia acusada, con antelación se profirieron dos laudos en los casos de RCN Televisión y Caracol Televisión⁹, en los cuales sobre la función de fijar la tarifa y la intervención de un tercero los respectivos Tribunales Arbitrales sostuvieron que: (i) sin importar los medios e indicaciones que se hubieran utilizado para fijar el precio, esa era una responsabilidad atribuida por la ley a la Comisión Nacional de Televisión, y si en el ejercicio de esa facultad dispuso unos medios, procedimientos verificaciones y su interlocución con el concesionario, a ello debía atenderse, y (ii) si bien la Comisión Nacional de Televisión tenía la facultad legal para imponer la tarifa por concesión, debía estarse a lo que ella convino sobre la delegación a un tercero de esa facultad¹⁰.

(...) al no ser abierta o manifiesta la ilegalidad de la cláusula 8ª del otrosí No. 4, puesto que la interpretación de la cláusula da lugar a una discusión sobre su legalidad, es claro que este requisito tampoco se cumplió.

Por lo expuesto, para esta Sala... la Sección Tercera no tenía la competencia para declarar la nulidad absoluta de la cláusula octava del otrosí No. 4, por carecer de competencia para ello.

Por lo anterior, se revocará el fallo de primera instancia, de 26 de noviembre de 2015 proferido por la Sección Cuarta de esta Corporación y en su lugar se dejará sin efectos la providencia de 29 de mayo de 2015 proferida por la Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado, para que en su lugar profiera una nueva sentencia en la que estudie cada uno de los cargos del recurso de anulación propuestos por la Comisión Nacional de Televisión (hoy Autoridad Nacional de Televisión) contra el laudo arbitral proferido el 3 de abril de 2013”.

Decisión: “Revócase la sentencia del 26 de noviembre de 2015 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, y en su lugar ampárase el derecho fundamental al debido proceso de la CEETTV S.A. Como consecuencia de lo anterior, déjese sin efectos la providencia de 29 de mayo de 2014 proferida por la Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado, expediente número 110010326000201300053000.

Ordénase a la Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado que profiera una nueva sentencia, en la cual estudie el recurso de anulación presentado por la Comisión Nacional de Televisión (hoy Autoridad Nacional de Televisión) contra el laudo arbitral proferido el 3 de abril de 2013, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen. (...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

9 Sentencias de 11 de julio de 2013, de la Subsección C y sentencia de 29 de agosto de 2013.

10 Folio 261 cuaderno de anulación

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02646-01(AC)

Actor: P & J LTDA. EN LIQUIDACIÓN

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C

Asunto: Fallo de segunda instancia - Tutela contra providencia judicial. Improcedencia. No se configuró el defecto procedimental absoluto alegado por la sociedad actora.

Extracto:“(...) Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a revocar, confirmar o modificar el fallo proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en febrero veinticinco (25) de dos mil dieciséis (2016).

Para el efecto, habrá de estudiarse, en primer término, la procedencia de la presente acción de tutela ante la posible existencia de otros medios de defensa judicial; y, en caso de superarse dicho presupuesto, si se lesionaron los derechos fundamentales invocados por la sociedad accionante, con ocasión de la decisión inhibitoria proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

(...) resalta la Sala que en los casos en que se interpone la tutela contra providencias judiciales no es posible su ejercicio como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, sencillamente porque la parte demandante ya no tiene a su alcance otro medio de defensa judicial.

(...) Descendiendo al caso concreto¹, se advierte que la sociedad actora consideró que la sentencia inhibitoria proferida por la parte demandada adolece de un defecto procedimental absoluto, puesto que el “...H. Consejo de Estado dejó de aplicar las disposiciones consagradas en los artículos 37 (Num. 1 y 4), 140 (Num. 9) y 145 del Código de Procedimiento Civil y ello lo condujo a proferir una improcedente sentencia inhibitoria”².

1 Al respecto resulta del caso precisar que la normatividad vigente al momento de los hechos eran los Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, en consonancia con lo estipulado en el artículo 308 de la ley 1437 de 2011.

2 Folio 10 del cuaderno 1. Para efectos del análisis del caso concreto, la Sala reseña las normas presuntamente desconocidas por la sociedad demandada, en su orden, así:

“ARTÍCULO 37. DEBERES DEL JUEZ. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 13 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Son deberes del juez:

Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran...

4. Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias.”

“ARTÍCULO 140. CAUSALES DE NULIDAD. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 80 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley.”

“ARTÍCULO 145. DECLARACION OFICIOSA DE LA NULIDAD. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 85 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que

Al respecto, se precisa que dicho defecto hace alusión al que se origina cuando el juez actúa completamente al margen del procedimiento establecido³.

La solicitud de amparo se dirige a cuestionar la conducta adoptada por la accionada, quien, en lugar de sanear el vicio de nulidad que afectaba el proceso desde su inicio y ordenarle al juez natural de primera instancia la integración del litisconsorcio necesario por activa, decidió abstenerse de analizar el fondo de la controversia contractual planteada.

No obstante, el juez constitucional de primera instancia consideró que la acción de tutela incoada por la sociedad accionante era improcedente, ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, idóneo y eficaz, como lo es el recurso extraordinario de revisión con fundamento en la causal denominada “nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede el recurso de apelación”⁴.

(...) la sociedad accionante con la impugnación, adujo que la providencia impugnada no se ajustaba a los hechos y antecedentes que motivaron la presentación de la acción de tutela, pues, hace uso de un argumento contradictorio al indicar que los hechos que configuran la causal de revisión consagrada en el numeral 6° del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo son los previstos como causales de nulidad procesal en el artículo 140 del Código Procedimiento Civil.

Sostuvo adicionalmente que la nulidad que alega por la falta de integración del litisconsorcio necesario, es una nulidad procesal distinta a las que alude el numeral 6° del artículo 188 ibídem.

A su vez, indicó que el fallador de primera instancia incurrió en error con respecto del ejercicio de la acción de tutela, ya que no tuvo en cuenta el perjuicio irremediable que le ocasionó la decisión inhibitoria, ya que luego de dieciséis (16) años de incoar la única acción para hacer efectivo su derecho de crédito, la accionada no profirió una decisión de fondo que resolviera sus pretensiones, sino que por el contrario, no hizo uso de su atribución judicial para evitar sentencias inhibitorias.

(...) en lo atinente a la procedencia del recurso extraordinario de revisión cuando la existe nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación, el reiterado derrotero jurisprudencial⁵ ha sido claro en establecer que pueden existir otros motivos no contemplados en los estatutos procesales como causales de nulidad, como es el caso de la violación al debido proceso constitucional en la sentencia, contemplado en el artículo 29 superior.

Adicionalmente, debe recordarse que las nulidades procesales no pueden confundirse con las que se originan en la sentencia, pues mientras aquellas se configuran por las causales previstas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, éstas, deben interpretarse restrictivamente bajo unos determinados supuestos fácticos que esta Corporación ha precisado y que conducen a determinar que la nulidad originada en la sentencia puede ocurrir.

(...) no puede afirmarse de manera categórica que los hechos que configuran la causal de revisión prevista en el numeral 6° del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, son los que están consagrados como motivos de nulidades procesales en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, pues, la sentencia que pone fin al proceso puede encontrarse viciada por hechos que no se encuentran

observe. Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se le notificará como se indica en los numerales 1. y 2. del artículo 320. Si dentro de los tres días siguientes al de notificación dicha parte no alega la nulidad, ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario, el juez la declarará.”

3 Sentencia C - 590 de 2005 de la Corte Constitucional.

4 Folio 256 del cuaderno 1.

5 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Veintidós Especial de Decisión. Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro. Bogotá D.C., dos (2) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02342-00. Actor: Luis Ángel Torres Gómez.

configurados como causal de nulidad procesal, por ejemplo, las que surgen de la vulneración del artículo 29 constitucional.

(...) Corolario de lo anterior, los cuestionamientos planteados por la sociedad accionante giran en torno a la causal de nulidad prevista en el numeral 9° del artículo 140 ibídem, esto es, a la falta de integración del litisconsorcio necesario, la cual se configuró de forma previa a la expedición de la sentencia inhibitoria controvertida, por lo que resultan desacertados los argumentos esgrimidos por el a quo, al indicar que dicha falencia da curso al recurso extraordinario de revisión.

(...) No se trata de una nulidad que se origine en sentencia que le puso fin al proceso y contra la cual no procede el recurso de apelación, sino que en virtud de las normas en cita es un defecto procesal que se presenta en etapas antecedentes a la misma.

Por lo expuesto, la Sala advierte que los reproches formulados por el tutelante no tienen identidad con la causal precitada, razón por la cual, los argumentos planteados por el a quo frente a la improcedencia de la presente acción de tutela, se consideran desacertados.

(...) Del análisis de la solicitud de amparo, la Sala encuentra que tampoco se configura alguna otra causal que permita la procedencia del recurso extraordinario de revisión, ni el de unificación de jurisprudencia.

Asimismo, la decisión acusada en el presente caso corresponde a la sentencia de segunda instancia proferida dentro del proceso de controversias contractuales, por lo que no existe otro mecanismo de defensa judicial ordinario para controvertirlas.

Además, se cumple el requisito de que no se trate de tutela contra tutela, lo anterior porque a través de esta acción constitucional se están atacando una decisión dictada dentro de un proceso de controversias contractuales.

En lo que respecta al parámetro de la inmediatez, la Sala encuentra que se cumple (...).

(...) La sociedad accionante pretende cuestionar de forma infructuosa la sentencia inhibitoria partiendo de una interpretación sesgada de los argumentos expuestos por la parte demandada.

En efecto, sostuvo la actora que dicha providencia adolece de un defecto procedimental absoluto, por cuanto, la autoridad demandada actuó completamente al margen del procedimiento establecido, ya que en lugar de hacer uso de sus facultades oficiosas para el saneamiento de la nulidad procesal advertida y ordenarle a juez de primera instancia, que integrara el litisconsorcio necesario por activa, se abstuvo de emitir pronunciamiento de fondo.

(...) Al respecto se precisa que la accionada en la sentencia controvertida realizó el estudio del caso concreto con la finalidad de determinar “...si las pretensiones fueron debidamente encauzadas para satisfacer sus intereses”⁶.

Por lo que previo a considerar que la acción procedente para reclamar el pago derivado de una cesión de crédito es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no la contractual, la accionada se refirió a la falta de legitimación en la causa por activa de la sociedad demandante dentro del proceso contractual.

(...) considera la Sala, que las motivaciones esgrimidas por la accionada en la sentencia controvertida, deben analizarse de forma integral y no de forma soslayada, tal como lo pretende la sociedad accionante.

En efecto, la decisión inhibitoria controvertida no obedeció a la falta de integración del litisconsorcio necesario por activa, sino que ésta tuvo su fundamento en la indebida escogencia de la acción, puesto que las pretensiones del proceso contractual interpuesta por la sociedad accionante – en calidad de cesionaria de un crédito - nunca se dirigieron a la nulidad absoluta del contrato 764 de 1992⁷, sino a la declaratoria de su incumplimiento y de las situaciones imprevistas que alteraron el equilibrio económico del mismo.

(...)

Por lo anterior, resulta acertada la decisión de la parte demandada, al abstenerse de emitir un pronunciamiento de fondo frente a la cuestión contractual planteada, pues, si bien consideró ajustada la decisión del juez natural de primera instancia, la causa de la inhibición obedeció a la indebida escogencia de la acción, razón por la cual, procedió a modificar la sentencia de primera instancia.

(...) Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión impugnada en el sentido de negar el amparo solicitado, en el entendido que dicha negación implica el estudio de fondo sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales y no, como lo expuso el a quo, la improcedencia de la acción de tutela presentada. (...)

Decisión: “Confirmase la sentencia de febrero veinticinco (25) de dos mil dieciséis (2016), proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, pero por las razones anotadas en precedencia.

Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, devuélvase el expediente número 250002326000200000114 que fue remitido en préstamo al despacho de origen. (...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

⁷ Contrato suscrito entre el Fondo de Inmuebles Nacionales y el Consorcio Luis Eduardo Calderón García – Construcciones Domus Ltda., el día 17 de noviembre de 1992.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00356-01(AC)

Actor: LUZ MAR OBANDO, EN REPRESENTACIÓN DE SU HIJA MENOR

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTRO

Asunto: Fallo de segunda instancia - Confirmó amparo del derecho fundamental a la educación de menor en situación de discapacidad.

Extracto: “(...) corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la decisión de amparar el derecho a la educación de acá en delante de la menor EAC¹, adoptada en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el asunto de la referencia, con base en los argumentos esgrimidos en la impugnación.

Para el efecto, habrá de determinarse si con la actuación de la Secretaría Educación de Santiago de Cali se desconoce el derecho a la educación de la accionante, por cuanto dicha entidad se niega a prestar el servicio alimentario que requiere para garantizar su acceso y permanencia a la institución educativa a la que asiste, o si por el contrario, la negativa de la accionada se justifica legal y contractualmente bajo el amparo de la legalidad del gasto y destinación específica de los recursos del Programa de Alimentación Escolar, como una política pública del gobierno nacional que se encuentra plenamente reglada.

(...) según se tiene, lo pretendido en este evento por la madre, es que se ordene a las entidades demandadas brindarle los desayunos escolares a su hija como se venían suministrando hasta el año pasado, e igualmente se garantice la prestación del servicio de transporte especial, de acuerdo a las necesidades que requiere para movilizarse al Instituto Educativo de Discapacitados del Valle Asodisvalle, establecimiento privado en el que recibe atención especializada debido a la situación de discapacidad en la que se encuentra, teniendo en cuenta además que su matrícula estudiantil es subsidiada por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali.

En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca consideró que, debido a la protección especial de la que gozan los niños en situación de discapacidad y teniendo en cuenta que el derecho a la educación es una garantía fundamental que no debe verse restringida por barreras como la imposibilidad de acceder a una alimentación adecuada, era necesario ordenarle a la Secretaría de Educación Municipal de Cali, como la entidad competente para la ejecución de los recursos del Programa de Alimentación Escolar, que continuara con la prestación de los servicios alimenticios requeridos por la menor (...).

Inconforme con la decisión, la secretaria de educación de Santiago de Cali la impugnó, al considerar que, el Programa de Alimentación Escolar obedece a unos estándares técnicos administrativos definidos por el Ministerio de Educación Nacional, que los entes territoriales no pueden dejar de atender, por lo que, era preciso aclarar que los recursos asignados al municipio de Cali por dicha cartera ministerial, solo están dirigidos a las jornadas únicas implementadas para instituciones educativas oficiales y que, en todo caso, el contrato de prestación de servicios suscrito con Asodisvalle, debía cubrir el componente nutricional, de acuerdo con los recursos que la Secretaría de Educación le transfiere.

(...) Al respecto, resulta del caso precisar en primer término que, no es dable exigirle a la parte actora, que en este caso corresponde a una menor de especial protección constitucional por su estado de

1 Se omite el nombre de la menor para proteger su derecho a la intimidad.

vulnerabilidad -debido a su situación de discapacidad- que agote los mecanismos ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y la dignidad humana que demanda, puesto que, el medio expedito para la protección de los mismos resulta ser el amparo de tutela deprecado.

La razón de lo anterior se sustrae de la obligación del Estado de garantizar los derechos de los niños por encima de cualquier formalidad aparente, de manera rápida y eficaz. Exigirle a la accionante que acuda a la justicia contenciosa administrativa para que demande un acto administrativo de carácter general y que sea por esa vía que se restablezca su derecho a la educación, es un despropósito desde esta vista constitucional y el Estado Social de Derecho que pregona la prevalencia de los derechos de los niños de manera expedita, incluso por encima de otros intereses generales, como lo puede ser la destinación específica de los recursos gubernamentales o la legalidad misma del gasto público.

(...) Es claro que los niños que se encuentran en situación de discapacidad son sujetos de especial protección, que merecen el acceso a la educación bajo las mismas circunstancias en que se promueve este derecho a cualquier otro niño.

(...) En el caso bajo estudio, se tiene que la niña EAC se encuentra en situación de discapacidad, y por esta razón asiste a la institución educativa “ASODISVALLE”.

Con todo, según lo afirma su mamá en el escrito de tutela, confirmado por la Secretaría de Educación de Cali, la matrícula estudiantil de la menor es subsidiada por la administración municipal, en tanto que no posee los medios económicos suficientes para costear su educación.

De manera que, la asistencia educativa que recibe la accionante en este caso, es subsidiada por el municipio, al no contar, aparentemente, con aulas oficiales que brinden este servicio público para los niños en condición de discapacidad, dejando de lado las políticas de inclusión en aulas regulares.

(...) Al respecto, la Sala disiente de los argumentos del ente territorial demandado, comoquiera que, si bien la actora no hace parte de un programa educativo oficial, sus estudios son costeados en su totalidad por la administración municipal, ante la carencia –aparentemente- de ofertas educativas que se dirijan a la población que se encuentra en situación de discapacidad.

No puede olvidar la entidad demandada que es su deber garantizar el acceso a la educación de los niños en situación de discapacidad, e igualmente ofrecerles un trato acorde con su especial protección constitucional.

No es de recibo entonces el argumento según el cual, no es posible continuar con el Programa de Alimentación Escolar en lo que respecta a los niños en condiciones de discapacidad que no se encuentran en una institución educativa oficial, toda vez que, si ellos están bajo el amparo una matrícula subsidiada en un establecimiento privado, es porque no tienen los recursos suficientes para costear este tipo de educación; naturalmente tampoco tendrán los recursos para acceder a la alimentación que reciben los menores que asisten a la institución privada.

(...) En lo que corresponde a los parámetros y estándares técnicos administrativos que el Ministerio de Educación Nacional estableció para la ejecución del Programa de Alimentación Escolar, es preciso indicar que, fue el propio Ministerio quien indicó en la contestación de la demanda de tutela que “de acuerdo con la normatividad vigente, la obligación de ejecutar el Programa de Alimentación Escolar y los recursos para este fin, están legamente en cabeza de las entidades territoriales”.

(...) Es evidente entonces que, el municipio no puede esquivar su responsabilidad bajo el argumento según el cual, el Ministerio de Educación Nacional impide la inversión del PAE en instituciones que no sean públicas, toda vez que la asistencia alimentaria que le corresponde garantizar al ente territorial, al subsidiar en este caso puntual el estudio de la menor EAC, es una obligación legal de imperativo cumplimiento.

(...) En consecuencia, la providencia del seis (6) de abril de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca habrá de ser confirmada en su integridad”.

Decisión: “Confírmase la sentencia del seis (6) de abril de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. (...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta
(Ausente con permiso)

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO
Con aclaración de voto

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO
ALBERTO YEPES BARREIRO**

Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00356-01(AC)

Actor: LUZ MAR OBANDO, EN REPRESENTACIÓN DE ELIANA ANDREA CASTILLO OBANDO

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTRO

“Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito señalar que comparto el sentido del fallo de la referencia, porque estoy convencido de que las circunstancias del caso sometido a conocimiento de la Sala así lo imponían.

No obstante, debo señalar las razones por las cuales no comparto algunas de las consideraciones que la providencia hace, como paso a explicar.

I) Falta de vinculación de la Institución Educativa Asodisvalle

El municipio de Santiago de Cali, expresó como uno de sus argumentos de defensa que “los establecimientos contratados de carácter privado deben considerar dentro de la canasta complementaria del contrato de cobertura educativa” y en ese orden alegó que es a la institución educativa de carácter privado a la que le corresponde cubrir los refrigerios solicitados en la presente acción de tutela, en virtud del contrato celebrado con la administración. Al respecto, en la impugnación, la providencia sintetizó sus argumentos así:

“Expuso que la Secretaría de Educación Municipal celebró contrato de prestación de servicios número 4143.0.26.1.246 del veintinueve (29) de enero de dos mil dieciséis (2016), en el que se incluyen las definiciones contractuales que se encuentran incluidas en el Decreto 1851 de 2015, indicando los ítems de la canasta básica y la complementaria, las cuales se consignan claramente en el contrato.

Sostuvo que en dicha convención se precisa que los valores efectivos a pagar comprenden la atención efectiva de los estudiantes que figuren reportados en el SIMAT, previa verificación por parte del interventor y/o(ii) supervisor del contrato y que los pagos que hace la Secretaría de Educación por cada estudiante cubren la totalidad de los gastos

educativos tal como lo establece el Decreto 4807 de diciembre de 2011 o normas que lo adicionen o modifiquen.

Manifestó que Asodisvalle no se encuentra satisfecho con la forma en que quedó consignado el contrato y aun así lo suscribió; sin embargo, lo interpreta de manera equívoca al indicar que no tiene obligación de cumplir con el acápite de apoyo nutricional y pretende que el alumno mediante esta acción constitucional logre la modificación de sus obligaciones contractuales, bajo el pretexto de una supuesta vulneración de los derechos fundamentales a la Secretaría de Educación”.

Considero que para responder a estos argumentos, resultaba de vital importancia vincular al trámite a la Institución Educativa Asodisvalle: no obstante, ello no se hizo, y en ese orden no se escucharon los argumentos de dicho ente para establecer a quién correspondía dirigir la orden de amparo.

ii) No se resolvieron argumentos del municipio accionado

Como consecuencia de la falta de vinculación de la referida institución, los argumentos del municipio accionado se quedaron sin una respuesta por parte del juez de tutela, pues correspondía a éste analizar los fundamentos del municipio accionado, y de Asodisvalle, y dirigir la orden a quien correspondiera contractualmente. (...)”

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01187-00(AC)

Actor: ARÁNZAZU CASTRO CÓRDOBA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA Y OTRO

Asunto: Fallo de primera instancia - Ampara el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y deja sin efectos providencia.

Extracto: “(...) corresponde a la Sala determinarse en el presente evento el Juzgado Cuarto Administrativo de Neiva y el Tribunal Administrativo del Huila, al proferir las decisiones de marzo veinticinco (25) de dos mil quince (2015) y febrero dieciséis (16) de dos mil dieciséis (2016), respectivamente, incurrieron en defecto material o sustantivo y violación directa de la Constitución Política, durante el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el número 41001-33-33-004-2015-00100-01 y, en consecuencia, vulneraron los derechos fundamentales del actor.

(...)

Según se argumenta en la solicitud de amparo, las mencionadas autoridades judiciales violaron los derechos fundamentales de la actora por exigirle un acto administrativo expreso, sin tener en cuenta que debido a que el Ministerio de Educación Nacional no ha dado respuesta a su petición se configuró un acto ficto o presunto por silencio administrativo negativo, por lo que incurrieron en defecto sustantivo y violación directa de la Constitución Política.

En esas condiciones, la Sala advierte que la presente acción de tutela se fundamenta en dos circunstancias, a saber, (i) el defecto sustantivo por desconocimiento de los artículos 21 y 83 de la Ley 1437 de 2011, y (ii) violación directa de la Constitución Política por negarle el acceso a la administración de justicia.

Frente al primer aspecto, esto es, el **defecto sustantivo** por desconocimiento de los artículos 21 y 83 de la Ley 1437 de 2011, la Sala advierte que el Tribunal que decidió en segunda instancia no se apartó de los supuestos plasmados en dichas normas, por el contrario los aplicó de acuerdo con su contenido y alcance y, por lo tanto, no se advierte configurado el defecto en mención.

(...) observa la Sala que el Tribunal ad quem interpretó y aplicó de manera razonable lo previsto en los artículos 21 y 83 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que, frente al primero, advirtió que el término para decidir se cuenta a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente, razón por la que es **indispensable tener certeza del recibo de la petición remitida para realizar el conteo de los tres meses de que trata el artículo 83¹ ibídem**, y así tener por configurado el silencio administrativo negativo.

(...) En el marco del análisis anterior, la autoridad que se declara sin competencia para resolver de fondo la solicitud, debe entregar al peticionario el oficio remitario de la petición, pues tal remisión, por ser el momento a partir del cual se cuenta el término para responder, constituye la prueba de la configuración del silencio administrativo negativo que permite demandar directamente el acto ficto o presunto.

1 “ARTÍCULO 83. SILENCIO NEGATIVO. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.
(...)” (Destacado por la Sala)

Cabe agregar que, desde luego, en el caso de que el peticionario no haya recibido la copia del oficio remisorio, así debe manifestarlo en el escrito de la demanda para que el juez, previo a proveer sobre su admisión, y en uso de las facultades que sobre la materia le confiere el artículo 167 del Código General del Proceso², requiera a la autoridad para que acredite tal circunstancia.

(...) Como la actora no cumplió con la carga de demostrar el silencio administrativo negativo³, y, por ende, la existencia de un acto ficto o presunto, y tampoco manifestó en la demanda que no podía acreditar tal circunstancia, dicho acto ficto no podía ser demandado directamente ante esta jurisdicción por no estar debidamente configurado, puesto que no se tiene certeza de su existencia, menos aún de su vocación de producir efectos jurídicos.

*Frente al segundo aspecto, esto es, el cargo de **violación directa de la Constitución** por habersele negado a la actora el acceso a la administración de justicia, la Sala advierte que, conforme se indicó en los párrafos anteriores, el Tribunal demandado aplicó de manera correcta los parámetros legales respecto de la figura del silencio administrativo negativo, razón por la que no incurrió en violación del derecho al acceso a la administración de justicia y, por lo tanto, tampoco en violación directa de la Constitución Política.*

No sobra agregar que el acto contenido en la Resolución No. 340 de 2014, mediante la cual el gobernador del Huila se abstuvo de pronunciarse de fondo respecto de la petición de la actora y ordenó la remisión del asunto al Ministerio de Educación Nacional, es un acto de trámite por cuanto, en los términos del artículo 43 de la Ley 1437 de 2011, no decidió directa o indirectamente el fondo del asunto, razón por la que no es pasible de control jurisdiccional.

Con todo, el análisis antes efectuado por la Sala ha permitido advertir una falla protuberante por parte de los operadores judiciales demandados, toda vez que la falta de claridad acerca de la configuración del acto ficto o presunto no daba lugar al rechazo de la demanda, sino a su inadmisión para que el interesado subsanara este yerro.

(...)

Como bien puede inferirse de la disposición transcrita [artículo 169 Ley 1437 de 2011], el rechazo de la demanda sólo procede en tres eventos, a saber, (i) cuando la acción respectiva ha caducado, (ii) cuando la demanda no se subsana previa inadmisión y (iii) cuando el acto no es susceptible de control judicial.

En este caso, si bien es cierto el rechazo era procedente frente a la Resolución No. 340 de 2014 pues como se dijo, no es pasible de control jurisdiccional, no debe perderse de vista que tal rechazó no era procedente respecto del acto ficto o presunto que la actora pretendía demandar, toda vez que

2 Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.” (Destacado por la Sala)

3 El numeral 1° del artículo 166 de la Ley 1437 de 2011 establece que con la demanda deberá acompañarse:

“1. Copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso. Si se alega el silencio administrativo, las pruebas que lo demuestren, y si la pretensión es de repetición, la prueba del pago total de la obligación.

(...)” (Destacado por la Sala)

ante la falta de certeza sobre la configuración del silencio administrativo positivo, en este caso por el incumplimiento del requisito de aportar la prueba de la remisión de la petición, la demanda debió inadmitirse, pues así lo dispone el artículo 170 de la Ley 1437 de 2011 (...).

(...) En esas condiciones, la Sala concederá el amparo solicitado por cuanto resulta evidente que se desconoció el derecho fundamental de la demandante de acceder a la administración de justicia”.

Decisión: “Ampárase el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la señora, Aránzazu Castro Córdoba, de acuerdo con los argumentos y fundamentos expuestos en esta sentencia.

Déjase sin efectos la providencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila en febrero dieciséis (16) de dos mil dieciséis (2016), dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el número 41001-33-33-004-2015-00100-01.

Ordénase al Tribunal Administrativo del Huila que dicte una nueva providencia de segunda instancia en donde tenga en cuenta los argumentos y fundamentos expuestos en esta sentencia.

Notifíquese a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Si en el término de tres (3) días siguientes a su notificación no fuere impugnada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes al de la ejecutoria de esta providencia, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, devuélvase al despacho de origen el expediente número 41001-33-33-004-2015-00100-01, correspondiente al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Aránzazu Castro Córdoba contra la Gobernación del Huila y la Nación – Ministerio de Educación Nacional, el cual fue suministrado por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Neiva, Huila, en calidad de préstamo, con la contestación de la acción de tutela⁴. (...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

⁴ Folio 104 del cuaderno principal del expediente.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: **CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03436-01(AC)

Actor: LA NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ

Asunto: Fallo de segunda instancia - Tutela contra providencia judicial. Configuración de defecto sustantivo. Confirma amparo del derecho fundamental al debido proceso de la Nación–Ministerio de Defensa–Ejército Nacional y la Policía Nacional.

Extracto: “(...) Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la decisión de amparar el derecho al debido proceso de la parte actora y ordenar que sean dictadas nuevas sentencias, en los cinco (5) procesos de reparación directa, que tengan en cuenta los parámetros fijados en la decisión impugnada.

(...) En el memorial de impugnación, el magistrado ponente de las sentencias objeto de tutela no expuso las razones por las cuales no comparte la providencia dictada por la Sección Cuarta, ya que simplemente manifestó que impugnaba la decisión (fl. 214 cdno 1).

Sin embargo, dada la trascendencia que tiene el asunto tratado por la corporación demandada en dichos fallos, la Sala limitará el estudio a los aspectos que sustentaron el amparo, como son las medidas no pecuniarias de reparación dispuestas por el Tribunal Administrativo, pues entiende que sobre ellas gira el desacuerdo con la decisión.

Precisado lo anterior, es claro que la Sección Cuarta amparó el debido proceso de la Nación–Ministerio de Defensa–Ejército Nacional y la Policía Nacional al concluir que el Tribunal Administrativo del Chocó incurrió en defecto sustantivo al dictar las cinco (5) sentencias cuestionadas a través de la acción de tutela.

En consecuencia, dejó sin efectos las medidas de reparación no pecuniarias previstas en los numerales 4.5, 4.9, 4.12 y 4.13 del punto cuarto de la parte resolutive de las respectivas providencias y ordenó dictar nuevas decisiones donde tenga en cuenta los parámetros establecidos en el fallo objeto de impugnación.

A partir de los argumentos expuestos en las providencias del Tribunal Administrativo y en la sentencia proferida por la Sección Cuarta, la Sala abordará el análisis respecto de los numerales que describen las medidas de reparación que fueron dejadas sin efectos.

3.1 La medida de reparación prevista en el numeral 4.5

En este numeral, la corporación demandada exhortó al gobierno para que acuda a la Comisión Interamericana para que este organismo se pronuncie sobre las sistemáticas violaciones de los derechos humanos perpetradas por los grupos ilegales durante el conflicto armado, concretamente en la crisis humanitaria que culminó con la masacre de Bojayá.

Según indicó, la referida recomendación tiene el propósito de cumplir los mandatos previstos en los artículos 93 de la Constitución y 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Sala comparte la conclusión a la cual llegó la Sección Cuarta en el fallo de primera instancia, pues el Tribunal Administrativo incurrió en error al hacer una inadecuada interpretación de las normas que

sustentan los mecanismos de acceso a la instancia regional de protección de los derechos humanos y a la Corte Penal Internacional para la investigación y sanción de los delitos contra el Derecho Internacional.

En cuanto al sistema interamericano de derechos humanos, debe advertirse que la exhortación hecha al gobierno nacional no está ajustada a los requisitos exigidos para el trámite de las peticiones individuales que pueden presentarse ante la Comisión Interamericana.

Las sentencias fueron claras al señalar en el numeral 4.5, que la alternativa de acudir al sistema regional de protección tiene como objeto un pronunciamiento sobre las violaciones de los derechos humanos llevadas a cabo por las FARC y las AUC en desarrollo del conflicto armado interno, específicamente en el caso de Bojayá.

Advierte la Sala que la competencia asignada por la Convención Americana a la Comisión Interamericana, como órgano del sistema, no incluye la posibilidad de tramitar peticiones contra los grupos armados ilegales, dado que no tienen la condición de estados parte de dicho instrumento internacional.

Sin perjuicio de poder evaluar la situación en casos específicos, la violación de los derechos humanos atribuida a los llamados grupos armados organizados, como actores del conflicto interno, escapa a la órbita de las funciones de la CIDH en la investigación del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por los estados miembros del sistema regional de protección.

Además, en los términos del artículo 44 de la Convención Americana el gobierno no tiene la legitimación para tramitar una petición individual, menos cuando dicho mecanismo realmente busca establecer la propia responsabilidad del Estado en los hechos de Bojayá.

La norma del instrumento internacional fue expresa al señalar que la petición individual, que activa la competencia del organismo, solo puede ser presentada ante la Comisión por cualquier persona, un grupo de personas o una entidad no gubernamental legalmente reconocida.

(...)

En materia contenciosa y como regulación excepcional, la alternativa que tiene un Estado de acudir ante la Comisión únicamente es procedente en aquellos casos en que la petición va dirigida contra otro Estado miembro del sistema regional, que sea parte de la Convención Americana.

Este mecanismo de comunicaciones interestatales está contemplado en el artículo 45 de la Convención Americana para los casos en que un Estado parte alegue la violación de los derechos humanos previstos en el tratado internacional por parte de otro Estado Parte¹.

Su ejercicio exige que el Estado que presenta la petición como el Estado en contra de la cual va dirigida hayan declarado previamente el reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana para examinar y tramitar las comunicaciones interestatales.

Esta, sin embargo, no es la situación característica de la orden emitida por el Tribunal Administrativo del Chocó como medida de reparación, lo cual hace que no pueda servir de soporte jurídico para que el Estado acuda ante el organismo para que conozca la masacre de Bojayá.

Además, la Sala enfatiza que tampoco es viable que el gobierno pueda acudir directamente ante la Corte Interamericana, como lo exhortó el Tribunal Administrativo, ya que la Convención Americana no

¹ Esto ocurrió, por ejemplo, en el caso de la demanda presentada por Ecuador contra Colombia a raíz de la muerte de un ciudadano de ese Estado durante la llamada Operación Fénix que condujo a la muerte del jefe guerrillero alias “Raúl Reyes”, como consta en el informe de admisibilidad No. 112/10 emitido por la Comisión Interamericana con motivo de la PI-02.

contempla dicha posibilidad para casos contenciosos dentro del procedimiento que regula el sistema interamericano de protección.

(...)

Concluye la Sala que la medida adoptada por el Tribunal Administrativo en el numeral 4.5 de las sentencias cuestionadas es claramente improcedente y contradice las exigencias previstas para acudir al sistema regional de protección de los derechos humanos.

3.2 La medida de reparación ordenada en el numeral 4.9

El Tribunal Administrativo dispuso la expedición de copias de las sentencias para que desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario, las instituciones e instancias internacionales, como la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, se pronuncien sobre la crisis humanitaria que azotó al Medio Atrato y afectó a la población civil por la masacre de Bojayá.

Además de buscar el eventual rechazo a las acciones bélicas de los grupos armados ilegales, la medida fue adoptada como forma de responder al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación y para acatar el artículo 2º de la Convención Americana.

*En alusión expresa al conflicto armado y a las acciones de los grupos armados ilegales, el Tribunal Administrativo del Chocó destacó en sus sentencias que “(...) No cabe duda que los delincuentes en reyería inmoral sobre el escenario civil **concurrieron a violaciones (sic) a los Convenios de Ginebra, especialmente el IV y a su Protocolo II (...)**”. (Negrillas fuera del texto).*

3.2.1 El conflicto armado interno y el Convenio IV de Ginebra

Precisa la Sala que la posibilidad de admitir la infracción de las normas del Derecho Internacional Humanitario, como expuso la corporación demandada, involucra directamente la aceptación de la existencia de un conflicto armado interno en el territorio colombiano².

Este factor resulta determinante, puesto que el ámbito material, temporal y personal de aplicación de las disposiciones convencionales y consuetudinarias de dicha regulación lo constituye precisamente ese tipo de situaciones.

(...)

A pesar de la amplia controversia generada por esta problemática en los últimos años en Colombia, la existencia del conflicto armado interno fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia en diferentes sentencias y al resolver casos relacionados con dicha situación³.

También fue admitido por el Consejo de Estado al adoptar varias decisiones que, igualmente, resolvieron demandas contra el Estado por hechos ocurridos en desarrollo de la lucha que enfrenta contra los grupos armados ilegales desde hace varias décadas⁴.

2 Las consideraciones sobre la existencia del conflicto armado corresponden a parte del estudio hecho en sentencia de junio once (11) de 2015, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, exp. No. 25000-23-41-000-2014-00084-00, acción de grupo, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

3 Acerca del reconocimiento del conflicto armado interno pueden verse como principales referentes las sentencias de la Sala Penal de febrero quince (15) de 2006, expediente No. 21330, M.P. Jaime Lombana Trujillo, diciembre cinco (5) de 2007, expediente No. 25931, M.P. María del Rosario González, marzo once (11) de 2009, expediente No. 30510, M.P. Yesid Ramírez Bastidas y marzo veintitrés (23) de 2011, expediente No. 35099, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

4 Sobre el particular, puede consultarse especialmente la sentencia de abril veintinueve (29) de 2015, Sección Tercera, Subsección A, expediente No. 5200-12-33-1000-1998-00580-01, M.P. (E) Hernán Andrade Rincón. Mediante esta sentencia, la corporación

(...) Al margen de la posición asumida por las altas corporaciones judiciales y el Congreso de la República, la Sala acoge el criterio jurisprudencial según la cual la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario es procedente incluso aunque el gobierno nacional no haya reconocido el conflicto, pues su existencia no requiere una declaración de este carácter por tratarse de un hecho⁵.

Concluye la Sala que el conflicto armado interno en Colombia es una especie de hecho notorio⁶ desde el punto de vista de los referentes objetivos exigidos por el Derecho Internacional Humanitario, particularmente en el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra.

Con base en este marco jurídico, advierte la Sala que el Convenio IV de Ginebra de 1949 no podía servir de sustento para la medida ordenada por el Tribunal Administrativo, ya que este instrumento no es aplicable al conflicto de carácter no internacional.

(...) Por consiguiente, resulta desacertada la orden de expedir copias para que las instituciones e instancias internacionales hagan un pronunciamiento sobre el desconocimiento de un instrumento que no es aplicable a la situación en la cual ocurrió la masacre de Bojayá.

3.2.2 El sistema regional y el Derecho Internacional Humanitario

La jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos tiene reconocido que en el curso de la función contenciosa, sus órganos no tienen competencia para determinar la compatibilidad entre los actos de los estados parte y los Convenios de Ginebra.

Este criterio fue fijado por la Corte Interamericana al resolver el caso Las Palmeras contra Colombia, donde las víctimas y la Comisión Interamericana alegaron la infracción de disposiciones del Derecho Internacional Humanitario durante ese hecho ocurrido en el departamento de Putumayo.

(...) Al estar claro que el sistema regional de protección de los derechos humanos admitió que su competencia no puede extenderse al examen del cumplimiento de las normas del Derecho Internacional Humanitario, la orden del Tribunal Administrativo carece de fundamento.

3.2.3 La Corte Penal Internacional y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos

Revisada la actuación, subraya la Sala que la medida de reparación tampoco cumple los estándares fijados para que la situación de Bojayá pueda ser conocida en el ámbito de las instituciones e instancias a que hacen referencia las decisiones cuestionadas.

(...) En el expediente no está probado que el Estado haya hecho una declaración de aquellas exigidas en el numeral tercero del artículo doce (12) del Estatuto de Roma para que el hecho pudiera ser conocido por el tribunal internacional, sin que Colombia fuera parte en la fecha en que ocurrió la situación referida en las sentencias.

resolvió una apelación por la condena impuesta a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional por la toma guerrillera a la base militar de Las Delicias, en el Departamento de Putumayo.

5 Este importante criterio, respaldado por la doctrina jurídica, fue adoptado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de marzo veintitrés (23) de 2011, Sala Penal, expediente No. 35099, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, donde hizo énfasis en el amplio campo de aplicación que tiene dicha noción propia del Derecho Internacional Humanitario.

6 La calificación de hecho notorio fue atribuida por la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al estudiar casos relacionados con homicidios en personas que tienen la condición de protegidas por el Derecho Internacional Humanitario en el conflicto armado interno. Al respecto puede verse, entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de noviembre trece (13) de 2013, radicación No. 35212, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

De hecho, ninguna de las declaraciones interpretativas hechas por Colombia al ratificar el instrumento internacional está relacionada con la competencia de la Corte Penal para conocer hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma⁷.

Es claro, entonces, que la medida de reparación no resulta procedente en la medida en que el crimen derivado de la masacre de Bojayá no alcanza a ser cubierto por la competencia ratio temporis establecida en el tratado que regula la Corte Penal Internacional.

Adicionalmente, advierte la Sala que la orden impartida por el Tribunal Administrativo en el numeral 4.9 también desconoce el principio de activación dispuesto para que la CPI pueda asumir el conocimiento del hecho que originó las sentencias objeto de tutela.

(...) Finalmente, la Sala no encuentra que al imponer la medida de reparación el Tribunal Administrativo haya hecho el análisis correspondiente al requisito de subsidiariedad para que la Corte Penal Internacional pueda ejercer jurisdicción respecto de la masacre de Bojayá.

(...) Aparte de las anteriores consideraciones, la Sala no puede desconocer que al ratificar el Estatuto de Roma, el Estado hizo una declaración interpretativa a través de la cual no aceptó la competencia de la CPI para el conocimiento de la categoría de crímenes de guerra por el término de siete (7) años, el cual venció a en noviembre de 2009.

(...) Así, es claro que la medida de reparación es improcedente.

(...) 3.3 La medida de reparación ordenada en el numeral 4.12

En este numeral, el Tribunal Administrativo ordenó que los ministros de Defensa y del Interior y los comandantes de la Armada, el Ejército y la Policía hicieran declaraciones oficiales a través de la prensa nacional y regional en las cuales informarán que la crisis humanitaria surgida por la masacre de Bojayá fue producto de la omisión en el cumplimiento de las funciones de la Presidencia de la República, los referidos ministerios y las Fuerzas Armadas.

Teniendo en cuenta las restantes medidas de reparación dispuestas en las sentencias, la Sala comparte la posición asumida por la Sección Cuarta según la cual tales declaraciones oficiales son innecesarias.

Al haberse ordenado la publicación de las sentencias dictadas por la corporación demandada en los medios electrónicos, redes sociales y páginas web de las citadas entidades, el conocimiento público del hecho tiene la trascendencia suficiente como medida de reparación.

El despliegue de la acción comunicativa a través de los medios institucionales de divulgación colectiva dispuestos por el Tribunal Administrativo, por el amplio lapso de seis (6) meses fijado en las sentencias, permite que la situación llegue al dominio de la comunidad nacional y regional.

(...) 3.4 La medida de reparación ordenada en el numeral 4.13

De manera similar al anterior, en este numeral el Tribunal Administrativo dispuso que los ministros de Defensa y del Interior y los comandantes de la Armada, el Ejército y la Policía pedirán disculpas públicas en nombre del Estado por la crisis humanitaria vivida en Bojayá y la omisión en el cumplimiento de sus funciones, en un acto público que debe cumplirse en la Asamblea del Chocó.

Advierte la Sala que en el expediente obra una comunicación dirigida por el director de asuntos legales del Ministerio de Defensa en la que puso en conocimiento la próxima inauguración de un parque monumento en Bojayá, en memoria de los menores víctimas de la masacre y en cuyo desarrollo el

7 Cfr. www.cancilleria.gov.co – sitio de tratados

Estado ofrecerá excusas públicas por los hechos ocurridos en mayo del año 2002 que motivaron las condenas en su contra.

(...)

Estima la Sala que le asiste razón al a quo de la acción de tutela, pues la ceremonia prevista para la inauguración del parque es suficiente como acto público para que la medida de reparación cumpla su finalidad y trascienda a la comunidad afectada por la masacre.

(...) Sobre el particular, la Sala acoge el criterio expuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado para este tipo de casos, en virtud del cual declarada la responsabilidad del Estado sobre el hecho surge el fenómeno de la cosa juzgada material respecto de los demás procesos adelantados por las restantes víctimas cuyas demandas están basadas en las mismas circunstancias fácticas⁸.

(...) Entiende la Sala que el acto público que debe hacerse en cumplimiento de las primeras sentencias proferidas por los hechos de Bojayá surte plena eficacia jurídica y simbólica como medida de reparación para la totalidad de las víctimas de dicho suceso.

En consecuencia, respecto del defecto sustantivo relacionado con las medidas de reparación no pecuniarias ordenadas en los numerales 4.5, 4.9, 4.12 y 4.13 de las sentencias cuestionadas, el fallo de la Sección Cuarta será confirmado”.

Decisión: “Confírmase la providencia impugnada, esto es la sentencia de abril veinticinco (25) de dos mil dieciséis (2016) dictada por la Sección Cuarta de esta corporación, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen. (...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

8 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de abril veintinueve (29) de 2015, expediente No. 5200123-31-000-1998-00580-01, CP (E) Hernán Andrade Rincón. La sentencia resolvió la apelación interpuesta contra un fallo de reparación directa por el fallecimiento de un soldado durante la toma a la base militar de Las Delicias por parte de las FARC.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: **CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01346-00(AC)

Actor: JUAN GABRIEL VERA GARCÍA Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL NO. 002

Asunto: Fallo de segunda instancia - Tutela contra providencia judicial. Configuración del defecto fáctico y desconocimiento del precedente. Amparó los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Extracto: “(...) De acuerdo con el problema jurídico planteado y los argumentos de la parte actora, se analizarán conjuntamente los defectos fáctico y desconocimiento del precedente, por su estrecha relación de cara al análisis que abordará la Sala, para finalmente referirse a los defectos sustantivo y violación directa de la Constitución.

i) Defecto fáctico y desconocimiento del precedente.

Según se tiene, el apoderado de los accionantes afirmó que la autoridad judicial demandada, por un lado, valoró de manera arbitraria, irracional y caprichosa el material probatorio obrante en el expediente, en perjuicio de los derechos humanos gravemente afectados; y por el otro, dio por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, pues erradamente concluyó que el daño sufrido por el joven Juan Gabriel Vera García, obedeció a un accidente laboral por la manipulación de elementos explosivos.

En relación con el defecto fáctico esta Sala se ha pronunciado en diversas oportunidades, para precisar que éste se configura siempre que se advierta cualquiera de los siguientes supuestos: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso¹.

El apoderado de la parte actora alega concretamente que la autoridad judicial demandada no acogió la tesis de la sana crítica, en tanto que la valoración probatoria que hizo fue caprichosa y arbitraria, en tanto que la interpretación de las pruebas determinantes para adoptar la decisión se desbordó en perjuicio de los derechos humanos gravemente afectados.

(...) el reparo que tienen los accionantes frente a la valoración de las pruebas relacionadas anteriormente se encuentra en que, pese a que el análisis en conjunto del material probatorio apuntaba a que el daño que le ocasionó las lesiones al joven Juan Gabriel Vera García, fue producto de la explosión de una mina antipersonal que él pisó por accidente, el Tribunal Administrativo de Bolívar consideró de manera arbitraria que los testigos en cita, por ser de oídas, no tienen la fuerza suficiente para demostrar que el hecho dañoso correspondió a la detonación de una mina de esta naturaleza y que en todo caso, existía una duda razonable que permitía inferir que las lesiones sufridas por el señor Vera García, tuvieron lugar como consecuencia de un accidente con pólvora en horas laborales.

Lo anterior incide radicalmente en la decisión que debía adoptar el Tribunal, toda vez que, según la parte actora, de apreciarse el material probatorio en su conjunto, podría inferirse razonablemente que

¹ Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01, Accionante: Jaime Rodríguez Forero; Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

todo apuntaba a que el hecho dañoso que generó los perjuicios objeto de la demanda de reparación directa, correspondió a la detonación accidental de una mina antipersona sobre el joven Juan Gabriel Vera García, menor de edad para la época de los hechos.

De modo que, la Sala encuentra que los tres elementos necesarios para el análisis de la configuración del defecto fáctico por “valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas”, se cumplen. Con todo, deberá estudiarse si efectivamente dicha valoración fue irracional o arbitraria.

(...)

La Sala considera que, si bien la autoridad judicial demandada, bajo su autonomía e independencia que le es propia, llegó a la conclusión de que en el caso concreto los elementos probatorios no tenían la virtualidad de demostrar el hecho dañoso, pese a que todos ellos apuntaban a demostrarlo, la tesis que sustenta finalmente, esto es, la ausencia de nexos causal que permita imputar responsabilidad a la entidad demandada, se aleja de todos los elementos de convicción que obraban en el proceso y que fueron debidamente practicados, sin justificación razonable alguna.

(...)

Sobre el punto, debe precisarse que, como bien se invocó por el apoderado de la parte actora, existe una sentencia de unificación de esta Corporación del veintisiete (27) de septiembre de dos mil trece (2013), dictada en el expediente con radicado interno número 19.939, en materia de reparación integral de perjuicios inmateriales por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

(...)

En el caso que nos ocupa, es evidente para la Sala que, pese a que toda la evidencia allegada al expediente apuntaba a demostrar que el hecho dañoso correspondió a la explosión de una mina antipersonal que el joven Juan Gabriel Vera pisó accidentalmente, el Tribunal Administrativo de Bolívar no le dio el valor que correspondía a las pruebas legal y oportunamente practicadas, al considerar que las mismas no daban certeza del hecho constitutivo del daño.

Con todo, ante la duda del juez contencioso de segunda instancia, frente a la ocurrencia o no del hecho dañoso, y dada la importancia constitucional del asunto, en tanto que se trataba de un perjuicio por una presunta vulneración o afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, debió, bajo los postulados de la sana crítica, acudir a criterios flexibles y privilegiar las pruebas indirectas que daban cuenta de la ocurrencia de la situación fáctica que dio lugar al daño, ampliamente demostrado en el expediente.

De otro lado, la autoridad judicial demandada, respecto a los testigos de oídas, consideró arbitrariamente que los mismos no tenían la virtualidad de demostrar el hecho dañoso, por no ser pruebas directas en el proceso.

(...) De lo anterior resulta claro que, ante la falta de material probatorio o de obtener otras pruebas, el testimonio de oídas constituye un medio de convicción relevante para que el juez pueda decidir el caso, con fundamento en dichas declaraciones.

(...) la autonomía de la que gozan los jueces no les permite suponer hechos o arribar a conclusiones sin sustento probatorio alguno que así lo sugiera.

(...)

Así las cosas, la Sala encuentra que, el defecto fáctico alegado por la parte actora sí se configura respecto de la sentencia del treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016), dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, pues dicha Corporación de manera arbitraria le restó valor probatorio a

los medios de convicción aportados y se limitó a indicar que los mismos no daban certeza del hecho dañoso, sin hacer un análisis cuidadoso y razonable en su conjunto.

De igual forma, la autoridad judicial acusada desconoció el precedente de esta Corporación en materia de la valoración probatoria de los testigos de oídas, así como la flexibilización de los criterios de valoración de los medios probatorios indirectos, tratándose de reparación integral de perjuicios inmateriales por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

ii) Defecto sustantivo y violación directa a la Constitución.

En lo que respecta a este defecto, el apoderado de la parte actora sostuvo que el Tribunal demandado al desconocer el principio de flexibilización probatoria aplicable en graves violaciones a los derechos humanos, afectó los derechos fundamentales de los accionantes lo que conllevó a una decisión contraria a las normas de rango constitucional e internacional, pues dejó de observar los acuerdos y convenciones relativas a la obligación del Estado de asegurar la destrucción de todas las existencias de minas antipersonales.

Sobre el punto se refirió a los cuatro convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, en lo que se refiere a las “personas protegidas” al margen del conflicto armado de índole internacional, así como el Estatuto de Roma y la Convención de Ottawa ratificada por Colombia.

De igual forma señaló la necesidad de aplicar los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la Convención Americana de Derechos Humanos, en materia de graves violaciones a los derechos humanos.

Al respecto debe precisarse que, si bien dicha normativa internacional podría resultar aplicable al caso de los actores, por hacer parte del bloque de constitucionalidad, consagrado en el artículo 93 de la Constitución Política, lo cierto es que, la ausencia de dicho estudio por parte de la autoridad judicial demandada obedeció a que esta no encontró probado el hecho dañoso y por ende tampoco el nexo causal que le permitiera hacer un juicio de imputación de responsabilidad contra el entidad demandada, de modo que, bajo ese contexto no era posible advertir el desconocimiento de estas normas por parte del Tribunal acusado.

Sin embargo, como ya se advirtió en el acápite número i) de estas consideraciones, la providencia judicial demandada adolece del defecto fáctico y desconocimiento del precedente en los términos indicados, de manera que, el estudio sobre dicha normatividad, de cara a un juicio de responsabilidad extracontractual del Estado, deberá realizarlo el juez natural de la causa, esto es, el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Lo anterior por cuanto, realizar un estudio en esta instancia constitucional sobre la responsabilidad del Estado frente a las obligaciones internacionales que ha adquirido el país, suplantaría al juez contencioso a quien le corresponde el respectivo análisis, una vez verificado el hecho dañoso, el daño y el nexo causal.

Visto así el asunto, la Sala advierte que la decisión del treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, adolece de los defectos fáctico y desconocimiento del precedente de esta Corporación, razón por la cual se dejará sin efectos y se concederá el amparo de tutela solicitado por los accionantes, en lo que respecta a los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

En consecuencia, se ordenará al Tribunal Administrativo de Bolívar que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a emitir una sentencia de reemplazo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”.

Consejo de Estado Rendición de Cuentas 2016 “Asuntos Constitucionales”

Carlos Enrique Moreno Rubio

Decisión: “Concédese el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia invocados por los señores Juan Gabriel Vera García, Arquímedes Vera Vengas, Berta María García Bohórquez, Agapito García Gallego, Concepción Bohórquez, Luis Carlos Vera García, Wilson Albeiro Vera García, Blanca Otilia Vera García, Francy Elena Vera García, Javier Darío Vera García y Marlon Julián Vera García.

Déjase sin efectos la providencia del treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Ordénase a la referida Corporación que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a emitir una sentencia de reemplazo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Si no es impugnada esta providencia, envíese el expediente número 13-001-33-31-009-2012-00135-00/01 al Despacho de origen.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. (...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: **CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00706-01(AC)

Actor: YASMÍN CUERVO RODRÍGUEZ Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CAQUETÁ

Asunto: Fallo de segunda instancia - Ampara el derecho fundamental al debido proceso por encontrar configurada la existencia de defecto fáctico.

Extracto: “(...) Corresponde a la Sala determinar si, como lo manifiesta el apoderado de la parte actora, el Tribunal Administrativo de Caquetá, con la sentencia que cuestionan, vulneró los derechos fundamentales que solicita proteger por haber incurrido en defecto fáctico, para lo cual el estudio se centrará en los precisos términos fijados en la impugnación, en especial, la circunstancia de no haberse estudiado en debida forma el informe de balística, el informe de prueba de absorción atómica y por último, las diversas declaraciones rendidas por los militares que participaron en los hechos que provocaron el deceso del señor Germán Valderrama Meneses.

(...) Para iniciar con el estudio de la impugnación, la Sala considera necesario referirse a los argumentos que expuso el Tribunal Administrativo de Caquetá en la sentencia del 24 de septiembre de 2015, dictada dentro del proceso de reparación directa 2009-00202, la cual se encuentra inserta a folios 137 a 154 del cuaderno principal de la solicitud de tutela; lo anterior, con el fin de contrastarla con la exposición de motivos de la parte actora tendiente a demostrar que las pruebas a las que aludió si eran determinantes para adoptar un fallo distinto al que cuestiona.

(...)

Pues bien, esta Sala considera pertinente reiterar la sentencia del 12 de noviembre de 2015, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del expediente N° 2015-01471-01, con ponencia de la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en la cual, al referirse a las diferentes situaciones que pueden provocar la prosperidad de la acción de tutela por defecto fáctico, se expuso que dentro de estas se halla la relativa a cuando la valoración de la prueba que hace el juez es irracional o arbitraria.

Bajo tal parámetro de procedibilidad de la solicitud de amparo, se señaló que existe defecto fáctico cuando a la luz de los postulados de la sana crítica, la apreciación del medio probatorio que efectúa el fallador, es manifiestamente equivocada o arbitraria y, por ello, el peso de la prueba se entiende alterado.

Así, corresponde a la parte actora cumplir tres requisitos: **(i)** precisar cuál o cuáles de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juez; **(ii)** explicar la razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica¹ y, **(iii)** incidencia de la prueba en el fallo atacado.

(...) de acuerdo a los apartes que se transcribieron de la sentencia cuestionada del Tribunal Administrativo del Caquetá, es evidente que, en efecto, la parte accionada consideró que la prueba de absorción atómica acreditaba que el señor Germán Valderrama Meneses había disparado un arma por el simple hecho de que arrojó resultados positivos para disparo en mano, razón por la cual su muerte

1 El segundo de los elementos señalados, resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, en ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una sustitución arbitraria del juez natural.

fue producto de su propia culpa, conclusión a la cual llegó sin mayor análisis sobre las razones que la llevaban a ese grado de convicción.

(...)

En criterio de la Sala, el simple hecho de que en el documento se haya dado concepto positivo para residuos de disparo, no puede considerarse en grado de certeza, que el señor Valderrama Meneses sí disparó en contra de la fuerza pública y, que, en consecuencia, su actuar envolvió la causal eximente de responsabilidad del Estado denominada “culpa exclusiva de la víctima”, pues se reitera, el documento hace relación a un “NN” o persona desconocida.

(...)

Conforme con lo anterior, ante la Sala hace eco el argumento de la parte actora, según el cual el dictamen de balística no se analizó de acuerdo con la sana crítica por el Tribunal Administrativo de Caquetá, pues el hecho de que las armas fueran aptas para disparar no implicaba, como al parecer lo entendió la accionada, que estas se hubiesen disparado, por el contrario, la prueba de balística lo que acredita es que ninguna de las armas fue accionada y que es imposible determinar la última vez que ello sucedió, situación que llevaría a determinar que no se apiada con la realidad afirmar que el señor Valderrama Meneses atacó a los miembros del ejército.

Expresó el Tribunal Administrativo del Caquetá, en el fallo de 24 de septiembre de 2015, que el informe de patrullaje suscrito por el comandante del pelotón coincidía en todo con las declaraciones rendidas por los soldados (...), sin que existiera prueba de lo contrario, motivo por el cual dio credibilidad a los hechos que allí se narraron y, en consecuencia, tuvo por cierto que el señor Germán Valderrama Meneses disparó en contra del Ejército Nacional y, a raíz, dio por acreditada la causal eximente de responsabilidad del Estado denominada “culpa exclusiva de la víctima”.

(...) de acuerdo a lo transcrito en esta providencia, se advierte que ninguna de las declaraciones rendidas por los integrantes del Ejército que participaron en los hechos del 10 de mayo de 2008 fueron objeto de un estudio adecuado que pudiera conducir a que guardaban una correspondencia en lo que sucedió, pues no existió referencia alguna a lo que atestiguó cada uno de los soldados y, por el contrario, lo que se advierte de su lectura es que sus manifestaciones adolecen de homogeneidad.

(...) Visto lo anterior, sin necesidad de hacer referencia a las demás pruebas, en criterio de la Sala, a diferencia de lo dicho por el Tribunal Administrativo de Caquetá, no existió un estudio integral de las pruebas, situación que en este caso específico conduce a concluir que la autoridad judicial accionada incurrió en un flagrante defecto fáctico que lleva a que la Sección Quinta del Consejo de Estado revoque la sentencia de tutela del 5 de mayo de 2016, dictada por la Sección Cuarta de esta Corporación para, en su lugar, acceder al amparo del derecho fundamental al debido proceso de los accionantes. (...)

Decisión: “Revócase la sentencia del 5 de mayo de 2016, dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, ampárase el derecho fundamental al debido proceso de los señores Yasmín Cuervo Rodríguez en su nombre y en representación de su hijo (...) Yudy Valderrama Cuervo, Edelmira Valderrama Meneses, Pablo Emilio Valderrama Meneses, Ana Lía Valderrama Meneses, Magola Valderrama Meneses, Edilma Valderrama Meneses y Lilia Valderrama Meneses, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Déjase sin efectos la sentencia del 24 de septiembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, dentro del proceso de reparación directa 18-001-23-31-001-2009-00202-01.

Ordénase al Tribunal Administrativo del Caquetá, que dentro de los 15 días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a dictar fallo de reemplazo en el cual deberá tener en cuenta las consideraciones efectuadas en esta providencia.

Reconócese al abogado César Augusto Pinzón Barrera, identificado con la cédula de ciudadanía N° 4'060.002 de Boavita, Boyacá, y portador de la tarjeta profesional N° 100.765 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la parte actora, en los términos y para los efectos de la sustitución de poder visible a folios 264 y 265 del expediente.

Notifíquese esta providencia en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes al de la ejecutoria de esta providencia, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. (...)"

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03406-01(AC)

Actor: JOSÉ MILLER LEDEZMA MARTÍNEZ Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA Y OTROS

Asunto: Fallo de segunda instancia - Tutela contra providencia judicial. Configuración de defecto fáctico. Confirma amparo del derecho fundamental al debido proceso de los accionantes.

Extracto:“(…) Con el ejercicio de la presente acción, la parte actora buscó que se dejara sin valor y efecto el fallo 125 del dieciocho (18) de junio de dos mil quince (2015), proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso de reparación directa 19001-33-31-008-2008-00149-01, bajo el argumento de que incurrió en defecto fáctico por omisión de valoración de los testimonios de los señores Eider Arturo Babos Muñoz y Jesús Albeiro Daza, quienes afirmaron que el policía Luis Alfonso Cantillo se encontraba prestando el servicio en el momento en que cometió el delito que originó la demanda, y en defecto sustantivo por desconocimiento del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, en tanto se analizó un argumento que no había sido objeto de apelación.

En primera instancia, la Sección Cuarta de esta Corporación accedió a las súplicas de la demanda, con fundamento en que se configuró el defecto fáctico alegado, toda vez que el tribunal demandado no valoró la totalidad de las pruebas que demostraban que el señor Luis Alfonso Cantillo Velásquez se encontraba prestando el servicio en la Policía Nacional, al momento de cometer el delito sexual en contra de la menor AI¹, que originó los daños alegados por vía de reparación directa.

(…) la valoración de las pruebas y la ponderación de los medios probatorios que tienen más peso sobre otros, hace parte de la esfera del juez natural, quien en uso de su sana crítica y en ejercicio de su autonomía judicial, debe analizarlos de forma razonada.

Sin embargo, debe precisarse la naturaleza del defecto fáctico, con el objeto de determinar si la apreciación de las pruebas realizada por el tribunal demandado fue razonada, o si, por el contrario, incurrió en el citado yerro.

El defecto fáctico se configura cuando:

(i) Se omite el decreto o práctica de pruebas indispensables para fallar el asunto.

(ii) Se desconoce el acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes.

iii) Se valoran irracional o arbitrariamente las pruebas aportadas.

(iv) Se dicta sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso.

En este caso se estaría ante la tercera hipótesis, esto es, valoración irracional o arbitraria de las pruebas recaudadas en el proceso de reparación directa de que se trata, que a voces de esta Sección se caracteriza por²:

1 Se omite el nombre de la menor para proteger su derecho a la intimidad.

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, consejera ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, providencia del siete (7) de julio de dos mil dieciséis (2016), radicación 11001-03-15-000-2016-00535-01.

“(…) Procede cuando, a la luz de los postulados de la sana crítica, la apreciación efectuada por el fallador, resulta manifiestamente equivocada o arbitraria, y por ello, el peso otorgado a la prueba se entiende alterado.

Se requiere entonces que:

- a) La parte precise cuál o cuáles de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juez*
- b) La razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica.*

El segundo de los elementos señalados, resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, en ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una sustitución arbitraria del juez natural (...).”

El Tribunal Administrativo del Cauca, en el fallo de que se trata, no tuvo en cuenta los testimonios de los señores Eider Arturo Babos Muñoz y Jesús Albeiro Daza, con fundamento en que “resultan insuficientes para tener por ciertas tales afirmaciones pues no obra en el proceso prueba documental que las respalde”, y la falta de valoración de esas declaraciones conllevó al tribunal a concluir que no tenían suficiente mérito probatorio, por carecer de soporte documental, pero obvió que dicha prueba es individual y que legalmente no depende de un documento que lo ratifique, lo que implicó su apreciación equívoca.

Aunado a lo anterior, omitió valorar las afirmaciones esgrimidas por la Policía Nacional al interior del proceso de reparación directa, más exactamente en el recurso de apelación y en los alegatos de conclusión de segunda instancia, en las que reconoció que el señor Cantillo Velásquez se encontraba prestando el servicio al momento de cometer el punible, pruebas que debieron ser apreciadas en conjunto por el Tribunal Administrativo del Cauca.

(…) De lo anterior se extrae que la corporación judicial demandada incurrió en defecto fáctico por indebida valoración de los testimonios de los señores Eider Arturo Babos Muñoz y Jesús Albeiro Daza, y por falta de valoración de las manifestaciones realizadas por la Policía Nacional en el proceso ordinario de que se trata, por lo que no hay lugar a revocar el fallo impugnado.

Por ende, se requiere que el fallador de segunda instancia en el proceso de reparación directa valore tales pruebas de forma razonada, tal y como lo ordenó el a quo.

En consecuencia, como quiera que los argumentos de la parte impugnante no lograron desvirtuar el defecto fáctico que sirvió de sustento al amparo adoptado a través del fallo de tutela de primera instancia, éste será confirmado”.

Decisión: “Confírmase la sentencia del veintiocho (28) de junio de dos mil dieciséis (2016), proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por las razones anotadas en precedencia.

Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen. (...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02853-00(AC)

Actor: JOSÉ ABEL NOVA GUERRERO

Demandado: SALA DE DECISIÓN 1 DE ORALIDAD DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Asunto: Fallo de primera instancia - Tutela contra providencia judicial. Configuración de defecto fáctico. Amparó los derechos fundamentales al debido proceso y a ser elegido.

Extracto: “(...) corresponde a la Sala determinar si como lo manifiesta la parte actora, la autoridad judicial accionada, mediante la sentencia del 15 de septiembre de 2016, incurrió en defecto fáctico, con lo cual vulneró sus derechos fundamentales al haber declarado la nulidad de su elección como alcalde del municipio de Sativasur - Boyacá, al haberse apartado de la realidad probatoria existente en el proceso de nulidad electoral 2015-00839-00.

(...) Manifestó el apoderado de la parte actora en el escrito de solicitud de tutela, que la Sala de Decisión 1 de Oralidad del Tribunal Administrativo de Boyacá, con la sentencia del 15 de septiembre de 2016, incurrió en defecto fáctico porque desconoció la totalidad de las declaraciones rendidas al interior del proceso de nulidad electoral que se siguió en su contra, de las cuales era fácil advertir que él no fue quien suscribió el contrato AMS-SU-047-2014 con el municipio de Sativasur.

Para resolver la situación anotada, la Sala considera pertinente reiterar la sentencia del 12 de noviembre de 2015, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del expediente 2015-01471-01, con ponencia de la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en la cual, al referirse a las diferentes situaciones que pueden provocar la prosperidad de la acción de tutela por defecto fáctico, se expuso que dentro de estas se halla la relativa a cuando la valoración de la prueba que hace el juez es irracional o arbitraria.

(...) En el asunto bajo estudio, si bien el apoderado del accionante no hizo referencia de manera individualizada a cada uno de los testimonios que se rindieron dentro del proceso de nulidad electoral 2015-00839-00, lo cierto es que señaló que la vulneración a los derechos fundamentales que solicita proteger se origina en el hecho de que ninguna de las declaraciones recibidas se valoró en debida forma, debido a que ellas indicaban que él nunca suscribió el contrato AMS-SU-047-2014, afirmación que, de ser cierta, sin lugar a dudas tendría incidencia directa en la sentencia cuestionada.

Lo anterior, por cuanto en la demanda de nulidad electoral que se inició en contra del accionante se alegó, en concreto, que “el Contratista demandado señor JOSÉ ABEL NOVA GUERRERO, dentro del año inmediatamente a la elección, es decir, después del día 25 de octubre de 2014, intervino en la gestión de negocios y celebración de contratos ante la Alcaldía Municipal de Sativasur en interés propio y de terceros a ejecutarse y cumplirse en el Municipio de Sativasur”, motivo por el cual se encontraba inmerso en la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3 del artículo 95 de la Ley 617 de 2000.

Entonces, si las personas que estuvieron implicadas en la celebración del contrato, en especial el señor Nelson Enrique Zambrano, afirmaron que José Abel Nova Guerrero no intervino o celebró el contrato AMS-SU-047-2014, no era dable a la autoridad judicial accionada, a través de inferencias, concluir lo contrario, pues no se puede perder de vista las formalidades a las que se encuentran sometidos los contratos para su validez, entre ellas, su firma por parte de quienes intervinieron en su celebración.

En el testimonio que rindió Nelson Enrique Zambrano¹, éste afirmó que solo hasta en el año 2015 ingresó a trabajar mediante vinculación en provisionalidad con Corpoboyacá, pues antes de ese año, solo era contratista de la entidad, situación que le permitía ejercer otras labores, entre ellas, la de celebrar contratos con los diferentes municipios de Boyacá, incluido Sativasur, a quien le suministró materiales de construcción a través de su empresa Comercializadora Santander Rovirence.

Indicó, ante la pregunta efectuada por el Ministerio Público, que él, en octubre de 2014, suscribió con el municipio de Sativasur un contrato para el suministro de tubería de PVC y otros elementos de construcción, afirmación que no desvirtuó ninguna de las partes, quienes nunca le preguntaron o se refirieron al contrato AMS-SU-047-2014, fundamento sobre el cual se edificó la petición de nulidad de la elección del demandado.

Es cierto que la autoridad judicial accionada se refirió a esta declaración, sin embargo, centró su estudio en el hecho de que el testigo afirmó que no tenía local abierto al público, los precios de la mercancía que ofrecía, los sitios en que consultaba tales precios, los términos de entrega de los materiales de construcción y, con fundamento en ello, concluyó que Nelson Enrique Zambrano no pudo haber adelantado el proceso de contratación, motivo por el cual fue José Abel Nova Guerrero, de acuerdo con los indicios, quien suscribió el contrato AMS-SU-047-2014.

La circunstancia anotada, sin necesidad de hacer referencia a los demás testimonios, los que de todas maneras deben ser apreciados de acuerdo con el principio de la sana crítica, se constituye en un defecto fáctico.

(...) Como lo manifestó el apoderado de la parte accionante y lo aceptó el magistrado ponente de la decisión judicial accionada, el Tribunal Administrativo de Boyacá, construyó su decisión a partir de la prueba indiciaria y, con fundamento en ello, estimó “que existen fuertes indicios que demuestran la celebración del contrato de suministro AMS-SU-047-2014 por parte del demandado durante el periodo inhabilitante, lo que genera necesariamente su incursión en la causal tercera de inhabilidad que se arroga”.

La autoridad judicial accionada, manifestó que la dirección de domicilio de la Comercializadora Santander Rovirence era la misma de Ferreléctricos Novazam, de propiedad del demandado.

Expresó, entre otras circunstancias anotadas en precedencia, que la comercializadora era un establecimiento de comercio que, de acuerdo con las reglas de la experiencia, debía estar abierto al público, por lo que era poco probable que no funcionara en un espacio en el que ofreciera sus productos a la población, pues la venta por catálogo de materiales de construcción no era propio de ese tipo de comercio.

Lo que no tuvo en cuenta el tribunal accionado, fue que el señor Zambrano en su testimonio indicó que su empresa nunca tuvo un espacio abierto al público porque con ella se dedicaba a la contratación estatal, situación que, en criterio de esta Sala, no lo obligaba a tener necesariamente un local comercial y mercancía para la venta al público, pero más dicente es el hecho de que la circunstancia anotada bajo ningún parámetro de interpretación se podía considerar como indicio de que el señor José Abel Nova Guerrero intervino o celebró el contrato AMS-SU-047-2014 con el municipio de Sativasur.

En materia de celebración de contratos existen unas formalidades y solemnidades que no pueden desvirtuarse a través de la prueba indiciaria, como lo hizo el Tribunal Administrativo de Boyacá, pues esta parte del estudio de una serie de conductas que llevan al juez a tener cierto grado de certeza en relación con la ocurrencia de un hecho.

(...) Para la Sala, ... es incongruente el hecho de que a pesar de que el tribunal accionado determinó que el “contrato AMS-SU-047-2014 fue firmado por Nelson Enrique Zambrano Monsalve así como los

1 Contendida en el cederrón grabado en la audiencia de pruebas, el cual se encuentra a folio 231 del cuaderno anexo al expediente.

demás documentos que comportan dicha contratación, entre ellos la propuesta económica, cuenta de cobro, comprobante de egreso y acta de liquidación del contrato”, haya concluido que este se celebró por “el establecimiento de comercio denominado Ferretería NOVAZAM de propiedad del señor José Abel Nova Guerrero durante el periodo inhabilitante”, situación que conlleva la vulneración de los derechos fundamentales del actor al haberse incurrido en un defecto fáctico.

Para finalizar, a diferencia de lo que señaló el Tribunal Administrativo de Boyacá en la contestación a la solicitud de tutela, en el sentido de indicar que era al señor Nova Guerrero a quien le correspondía demostrar que no suscribió el contrato AMS-SU-047-2014 con el municipio de Sativasur, esta Sala estima que tal carga procesal correspondía a la demandante, quien, sin lugar a dudas, pretendió acreditar tal circunstancia partiendo de supuestos carentes de todo sustento probatorio.

Así las cosas, al quedar acreditado que la Sala de Decisión 1 de Oralidad del Tribunal Administrativo de Boyacá, en la sentencia del 15 de septiembre de 2016 incurrió en defecto fáctico, se ampararán los derechos fundamentales al debido proceso y a ser elegido del señor José Abel Nova Guerrero y, en consecuencia, se dejará sin efecto la citada decisión judicial y se ordenará a la autoridad judicial accionada que, en el término de 15 días, contados a partir de la notificación de esta providencia, dicte un fallo de remplazo, con base en las consideraciones de esta providencia.

Decisión: “Ampáranse los derechos fundamentales al debido proceso y a ser elegido del señor José Abel Nova Guerrero, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Déjase sin efectos la sentencia del 15 de septiembre de 2016, proferida en única instancia por la Sala de Decisión 1 de Oralidad del Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso de nulidad electoral 150012333000201500839-00.

Ordénase a la Sala de Decisión 1 de Oralidad del Tribunal Administrativo de Boyacá, que dentro de los 15 días siguientes a la notificación de esta providencia, dicte fallo de reemplazo en el cual deberá atender las consideraciones efectuadas en esta providencia.

Devuélvase el expediente de nulidad electoral 150012333000201500839-00, al despacho judicial de origen.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.1.6 del Decreto 1069 de 2015, comuníquese de manera inmediata esta decisión al gobernador de Boyacá, al Consejo Nacional Electoral y a la Procuraduría Regional de Boyacá², para que en caso de que hayan dado cumplimiento a la sentencia del 15 de septiembre del 2016, dictada por la Sala de Decisión 1 de Oralidad del Tribunal Administrativo de Boyacá, procedan a dejar sin efecto las decisiones que hayan adoptado con tal fin.

Notifíquese esta providencia en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, el día siguiente al de la ejecutoria de esta providencia, de conformidad con el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. (...)”

IUCYJEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

2 A estas entidades se les comunicó la decisión adoptada en el fallo del 15 de septiembre de 2016, el cual se deja sin efecto mediante esta providencia.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: **CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03174-01(AC)

Actor: FONDO PENSIONAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

Asunto: Fallo de segunda instancia - No desconocimiento del precedente. Fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional.

Extracto:“(…) Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, modificar o revocar el fallo proferido por la Sección Cuarta de esta Corporación, el veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), para lo cual se deberá analizar si el Tribunal demandado debió aplicar la sentencia SU-230 de dos mil quince (2015) proferida por la Corte Constitucional, con base en los argumentos de la impugnación.

(…) Según se tiene, lo pretendido en este evento por la parte actora, ahora recurrente, es que se deje sin efecto la sentencia del veinte (20) de mayo de dos mil quince (2015), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Decisión en Descongestión, dentro del trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 05001-33-31-007-2012-00042-01.

En primera instancia, la Sección Cuarta de esta Corporación negó el amparo solicitado por cuanto, en su criterio, la aplicación de la sentencia SU-230 de dos mil quince (2015), desconoce el principio de confianza legítima en el caso concreto.

Inconforme con dicha decisión, la parte actora la impugnó bajo el argumento según el cual el precedente de la Corte Constitucional es vinculante y, por lo tanto, de obligatorio e inmediato acatamiento por parte de las autoridades judiciales.

Establecido lo anterior, la Sala anticipa que confirmará el fallo impugnado con fundamento en los siguientes razonamientos:

(…) el principio bajo análisis [confianza legítima] implica la creación de una expectativa cierta, razonable y fundada, derivada de los actos o hechos de las autoridades públicas.

Tal expectativa tiene la capacidad de conducir al ciudadano a llevar a cabo algunas conductas o tomar decisiones, bajo el entendido de que se logrará el propósito perseguido, por cuanto las autoridades públicas así lo han propiciado.

(…) Como puede observarse, el principio de confianza legítima también resulta aplicable a las decisiones judiciales, y en virtud del mismo, el ciudadano conserva una expectativa legítima y razonable frente a la continuidad de las tesis interpretativas que han hecho tránsito amplio, uniforme, consistente y frecuente.

En el caso presente, la línea jurisprudencial de las altas corporaciones, en torno a la aplicación del ingreso base de liquidación en materia pensional, no ha sido pacífica, como quiera que existen diversas tesis frente al asunto, tal y como lo advirtió esta Sala en oportunidades anteriores¹:

1 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 11001-03-15-000-2016-00103-00. Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro.

“Como se puede evidenciar, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Sección Segunda del Consejo de Estado tenían posiciones contrarias, en relación con la aplicación del IBL a quienes se encontraban en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Para la Corte Suprema de Justicia “el régimen de transición solamente mantuvo, de las normas anteriores al Sistema General de Pensiones, tres aspectos concretos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión; de tal modo que (...) la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por las disposiciones legales precedentes, sino que pasó a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho, por el inciso 3 del artículo 36 [de la Ley 100 del 93]”²

En cambio, para el Consejo de Estado, el principio de inescindibilidad de la norma permitía efectivizar los derechos y garantías constitucionales, por tanto, los factores salariales que componen la base de liquidación pensonal son todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Por su parte, el 7 de mayo de 2013, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-258 de 2013 fijó la regla de aplicación del IBL en el siguiente sentido:

(...)

Así pues, aunque la Corte se ocupaba, en dicha oportunidad, de un asunto relacionado con el régimen de transición en pensiones de los Congresistas, lo cierto es que en materia de aplicación del IBL para efectos de la liquidación de la pensión, fijó una regla al indicar que el IBL no quedaba cobijado por las normas de transición. Su estudio se basó en las normas del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, e hizo el análisis correspondiente y adicionalmente señaló que esa interpretación permitía llenar el vacío que se produciría por la declaración de inexecutable que en este caso se estaba haciendo.

Es así como en posteriores decisiones, la Corte Constitucional tuvo en cuenta esa regla para señalar que el ingreso base de liquidación debe ser el fijado de conformidad con el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.³

(...)

De lo transcrito, se concluye que las posiciones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado son contrarias en cuanto a los factores que debe cubrir el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para la primera, este no incluye el ingreso base de liquidación – IBL, y para el segundo, aquél sí es un ítem que está cobijado por este régimen. (...).”

De acuerdo con las transcripciones anteriores, en el presente asunto no hay lugar a entender que el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional, respecto del ingreso base de liquidación (IBL), trajo consigo una variación abrupta que haya defraudado la confianza legítima, comoquiera que de antaño existen interpretaciones diversas respecto de la aplicación del IBL en el régimen de transición, lo que implica que no existe un criterio amplio, uniforme, consistente y frecuente que pueda dar lugar a la creación de una expectativa legítima y, por lo tanto, susceptible de ser defraudada.

2 Cita de Cita: Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia de 16 de diciembre de 2009 (Rad. 34863), MP. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza.

3 Cita de cita: Al efecto ver Sentencia T-078/14, CP. Dr. Mauricio González Cuervo.

(...) Es tesis de esta Sala lo concerniente a la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional, así como lo es también su carácter prevalente sobre las interpretaciones de las demás altas corporaciones, por cuanto el referido Tribunal tiene a su cargo la guarda de la supremacía de la Carta Política y, por lo tanto, resulta ser el intérprete autorizado de las disposiciones legales desde el punto de vista de su concordancia con los dictados de la Constitución⁴:

(...) Según se ha citado, aún bajo la circunstancia de que una posición jurisprudencial haya hecho tránsito en cualquiera de las altas corporaciones, si tal criterio difiere del sentado por la Corte Constitucional, ha de prevalecer el de esta última, por cuanto en el ejercicio de sus funciones está fijando doctrina constitucional que tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República.

(...) En relación con los criterios para determinar si una decisión constituye precedente, la Corte Constitucional, en sentencia T-292 de 2006, precisó lo siguiente:

“(...) (i) En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente. (ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. (...)” (Destacado por la Sala)

Como se anotó con anterioridad, el precedente fijado por la Corte Constitucional, bien sea en sede de control abstracto de constitucionalidad o de unificación en tutela, prevalece sobre el de las demás altas Corporaciones.

(...) la Sala reitera su criterio en relación a que cuando se alega la vulneración de derechos fundamentales por desconocimiento de precedente, éste debe preexistir a la fecha en que se dictó la decisión judicial que se cuestione pues, de no ser así, la solicitud de amparo no podrá prosperar.

(...) En el asunto bajo estudio, la Sala no puede ignorar que si bien es cierto la sentencia SU-230 de dos mil quince (2015) data del veintinueve (29) de abril de ese año, esto es, fue proferida antes del fallo de segunda instancia que aquí se cuestiona, de fecha veinte (20) de mayo de dos mil quince (2015), también lo es que la decisión de la Corte Constitucional no era de conocimiento de la autoridad judicial demandada y, por lo tanto, no podía exigirse su aplicación.

En efecto, para el veinte (20) de mayo de dos mil quince (2015), fecha de la sentencia de segunda instancia censurada, tan solo habían transcurrido veinte (20) días calendario desde que se profirió la sentencia que se aduce como desconocida, y la Corte Constitucional la dio a conocer por conducto de un comunicado de prensa⁵.

Vale indicar que según lo ha dicho la misma Corte Constitucional, los comunicados de prensa de esa Corporación no tienen efectos vinculantes por ser un canal meramente informativo⁶:

(...) Dadas las precisiones que anteceden, advierte la Sala que el Tribunal demandado indicó, en la contestación de la presente acción de tutela, que “para la fecha de la elaboración del proyecto de fallo, se tenía sólo el comunicado de la Corte Constitucional, desconociéndose el contenido del mismo.”

4 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 11001-03-15-000-2016-00103-00. Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro.

5 COMUNICADO No. 16 (Abril 29 y 30 de 2015):

<http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2016%20comunicado%2029%20y%2030%20de%20abril%20de%202015%20.pdf>

6 Corte Constitucional. Auto 201 de 2013.

Como el referido comunicado no tiene efectos vinculantes de ninguna índole, en manera alguna puede reemplazar la sentencia por cuanto la misma Corte Constitucional reconoce “la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”, y tampoco tiene la “capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme.”

Sólo hasta el seis (6) de julio de dos mil quince (2015) la Relatoría de la Corte Constitucional publicó la sentencia SU-230 de dos mil quince (2015)⁷, lo que significa que con posterioridad a esa fecha el Tribunal demandado debía aplicar la ratio decidendi de dicho pronunciamiento.

Sin embargo, como la sentencia de segunda instancia que se cuestiona fue proferida antes de la publicación del precedente que se aduce como desconocido, no podía exigírsele al Tribunal demandado que lo aplicara, puesto que no lo conocía.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Sala concluye que el Tribunal demandado no incurrió en desconocimiento del precedente plasmado en la sentencia SU-230 de dos mil quince (2015).

Finalmente, si bien es cierto esta Sala, en asuntos similares al sub lite, se había pronunciado en el sentido de amparar los derechos fundamentales deprecados por desconocimiento de la sentencia SU-230 de dos mil quince (2015), no debe perderse de vista que las sentencias que adolecían de ese defecto fueron proferidas con posterioridad a su publicación.

(...) Es por lo anterior que la Sala, en atención a las específicas circunstancias del caso, debe puntualizar el criterio expuesto para que se entienda que el precedente sólo es vinculante cuando se tiene certeza de que la autoridad judicial que debía aplicarlo lo conocía, y ello sólo se puede colegir a partir de su publicación⁸.

En ese orden de ideas, la providencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación habrá de ser confirmada.

Decisión: “Confírmase la sentencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por las razones anotadas en precedencia.

Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen. (...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Con salvamento de voto

⁷ Circunstancia que se verificó en comunicación telefónica sostenida con la Relatoría (Extensión 9430) y la Oficina de Sistemas de la Corte Constitucional (Extensión 3012).

⁸ Frente a este aspecto, es preciso destacar que la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, a través del auto proferido el once (11) de diciembre de dos mil quince (2015), en el trámite de la acción de tutela con radicación 11001-03-15-000-2015-03063-00, dispuso como prueba de oficio requerir a la Corte Constitucional para que certificara “la fecha y hora exacta en que colgó o subió la sentencia de unificación SU-230 del 29 de abril de 2015 a la página web oficial de la Corte Constitucional.” Lo anterior por cuanto consideró que “se debe tener certeza de la fecha exacta de la publicación en la página web oficial de la sentencia de unificación SU-230 del 29 de abril de 2015, que es el medio de publicidad y difusión de las providencias que profiere la Corte Constitucional, para determinar si era aplicable o no al caso concreto.”

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Impedido

ALBERTO YEPES BARREIRO

CON SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA
ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03174-01(AC)
Actor: FONDO PENSIONAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

“En mi concepto la decisión de la Sala debió ser la de revocar la providencia que negó la acción de tutela, ejercida por la entidad accionante, razón por la cual, me permito reiterar las consideraciones presentadas en otros salvamentos de voto, en donde expuse los siguientes argumentos para considerar que la asimilación referida no es procedente:

En primer lugar, para efectos de estudiar el cargo relacionado con el desconocimiento del precedente como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela cuando se dirige contra providencia judicial, es necesario abordar la noción de precedente.

Precedente

*La Sala precisa que constituye precedente aquella **regla creada por una Alta Corte** para solucionar un determinado conflicto jurídico, sin que sea necesario un número plural de decisiones en el mismo sentido para que dicha regla sea considerada como precedente.*

Resulta necesario precisar “...que debe aceptarse que no todas las decisiones judiciales que profieren las Altas Cortes, generan una regla o subregla, pues son el resultado de la aplicación al caso concreto de la norma que viene al caso, sin una actividad creadora del juez.”⁹

En otras palabras, para que pueda hablarse de precedente es indispensable que una Alta Corte, haga uso de su actividad creadora, cuando las exigencias del caso así lo ameriten, como sucede en aquellos eventos en que una Alta Corporación se enfrenta a un caso en el cual, después de haber analizado los supuestos fácticos, los fundamentos jurídicos existentes y apreciado en su conjunto los elementos probatorios allegados, no encuentra una solución expresamente consagrada en el ordenamiento jurídico, por ello debe realizar un análisis desde los criterios hermenéuticos –semántico, sistemático y funcional–, encontrando que para la solución del caso en estudio existe una laguna jurídica, la cual es necesario resolver mediante la analogía o la integración a partir de principios, dando como resultado la creación de una regla, trascendiendo la clásica función de subsunción y elaboración de silogismos.

Se destaca que existe una tendencia en los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional que confunden y utilizan en forma indistinta los conceptos de jurisprudencia y precedente, como acaeció en la sentencia SU-053 del 2015¹⁰ en la que se consignó que “El precedente es conocido como la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”.

*Tal definición deja por fuera un elemento esencial y determinante de la noción de precedente y es precisamente aquel referido a que la sentencia que se califica como tal **debe haber creado una regla para solucionar un determinado conflicto jurídico**, aspecto que fue dejado de lado por el alto tribunal, al considerar que cualquier sentencia o conjunto de sentencias podía constituir precedente.*

9 Consejo de Estado, Sentencia del 19 de febrero de 2015, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2013-02690-01

10 Corte Constitucional, Sentencia SU-053 del 12 de febrero de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Sin embargo, tal yerro fue corregido por la alta Corporación en la sentencia SU-288 de 2015¹¹ que en forma clara diferenció el concepto de precedente de la necesidad constante de realizar ejercicios interpretativos del ordenamiento jurídico, labor que no sólo comprende la integración del derecho, sino la creación de subreglas:

“... la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, de conformidad con los artículos 228 y 230 de la Constitución, los jueces gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y “en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.” Sin embargo, es ampliamente aceptado que los jueces, más allá de llevar a cabo una aplicación mecánica de la ley, realizan un ejercicio permanente de interpretación del ordenamiento jurídico que implica esencialmente la determinación de cuál es la disposición jurídica aplicable al caso y los efectos que de ella se derivan. Incluso, se ha entendido que mediante sus providencias los jueces desarrollan un complejo proceso de creación e integración del derecho que trasciende la clásica tarea de la subsunción y elaboración de silogismos jurídicos”.

La Corte Constitucional, en la sentencia SU-230 de 2015¹², evidenció la primera modalidad de sentencia que constituye precedente judicial que es la que se refiere a las sentencias de constitucionalidad las cuales, en virtud del artículo 243 de la Carta, tienen efectos erga omnes y de cosa juzgada constitucional:

“En lo referente a las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, la obligatoriedad de la jurisprudencia se desprende de los efectos erga omnes y de la cosa juzgada constitucional. De un lado, cualquier norma que sea declarada inconstitucional por parte de la Corte por ser contraria a la Carta, debe salir del ordenamiento jurídico y no puede ser aplicada por ninguna autoridad. De otro lado, la ratio decidendi de todas las sentencias de control abstracto de constitucional –bien declaren o no inexecutable una disposición– debe ser también atendida por todas las autoridades para que la aplicación de la ley sea conforme a la Constitución”.

Para efectos de identificar cuáles son las modificaciones al sistema de fuentes que realizan las sentencias de constitucionalidad y que son de obligatorio cumplimiento, es necesario comprender la distinción que existe entre las diferentes modulaciones de las disposiciones creadas por el legislador previamente.

Las sentencias de constitucionalidad pueden ser de carácter simple o interpretativo, las primeras son aquellas en las cuales la Corte Constitucional declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la totalidad de la disposición acusada, mientras que las interpretativas, se caracterizan por realizar un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad o no de una o todas las normas derivadas de la disposición enjuiciada.

La dogmática internacional diferencia a su vez, las sentencias interpretativas de las sentencias condicionadas, en cuanto a que estas últimas, implican una valoración del órgano de cierre del control constitucional acerca de la constitucionalidad o no de la norma enjuiciada bajo un único supuesto (bajo cualquier otra interpretación es inconstitucional o sólo esa interpretación es conforme con la Constitución) o difiriendo sus efectos en el tiempo, es decir, se declara la norma inconstitucional pero mantiene su vigencia hasta una fecha posterior dada por el órgano de control constitucional.

(...)

No obstante lo anterior, dado que en nuestro sistema jurídico las sentencias de constitucionalidad constituyen un precedente de obligatorio cumplimiento dado su efecto erga omnes, en virtud del

11 Corte Constitucional, Sentencia SU-288 del 14 de mayo de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo

12 Corte Constitucional, Sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

*artículo 241 constitucional y 45¹³ y 46¹⁴ de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, no se generan problemas prácticos con relación a la denominación y clasificación de dichas sentencias, pues en las mismas se “señala que sólo son válidas unas interpretaciones de la misma, estableciéndose de esta manera cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuales no son legítimos constitucionalmente. Si la Corte no limita el alcance de la cosa juzgada, entonces ese pronunciamiento material de constitucionalidad condicionada **tiene efectos jurídicos definitivos y erga omnes**”¹⁵.*

(...)

*En definitiva **las sentencias de constitucionalidad en Colombia, independientemente de su tipología, tienen carácter inmutable, obligatorio y definitivo**, según el artículo 241 Superior, que encarga la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución a la Corte Constitucional, y el artículo 243 Superior que determina que “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. El contenido de estos mandatos ha sido desarrollado por el legislador mediante los artículos 46 y 48 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991¹⁶.*

Con fundamento en lo anterior se advierte que la sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional, fijó la regla de aplicación del IBL al indicar que éste no quedaba cobijado por las normas de transición.

*En este orden de ideas, **la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la SU- 230 de 2015, determinó que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. En consecuencia, a quienes son beneficiarios del régimen de transición establecido en la mencionada ley se les calculará el IBL con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio.***

Este criterio sobre IBL lo ha adoptado esta Sección¹⁷ ha señalado en repetidas ocasiones¹⁸ que en la C-258 de 2013 de la Corte Constitucional se indicó que el Ingreso Base de Liquidación no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993 las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca, regla que fue recogida por la sentencia C-230 de 2015.

13 Ley Estatutaria de Administración de Justicia, Artículo 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.

14 Ley Estatutaria de Administración de Justicia, Artículo 46. CONTROL INTEGRAL Y COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL. En desarrollo del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución.

15 Corte Constitucional, Sentencia C-492 del 4 de mayo de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-211 del 11 de marzo de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-656 del 5 de agosto de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

16 Corte Constitucional, Sentencia C-164 del 15 de abril de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

17 Ver entre otras las sentencias: de 25 de febrero de 2016, radicación No. 11001-03-15-000-2016-00103-00; 7 de abril de 2016, C, radicación No. 11001-03-15-000-2015-03415-01; y 19 de mayo de 2016, radicación No. 11001-03-15-000-2016-00225-01; C.P. Alberto Yepes Barreiro.

18 Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencias de 25 de febrero de 2016; Expediente: 11001-03-15-000-2016-00103-00; 7 de abril de 2016; Expediente: 11001-03-15-000-2015-03415-01 y de 19 de mayo de 2016; Expediente: 11001-03-15-000-2016-00225-01 del Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

<p><i>Sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013 de la Corte Constitucional</i></p>	<p><i>SU-230 de 29 de abril de 2015 de la Corte Constitucional</i></p>
<p>Fijó la regla de aplicación del IBL en el siguiente sentido: <i>“En vista de que (i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) por medio del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100 - la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexecutable de la expresión “durante el último año” debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas.</i></p>	<p><i>Señaló que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece el régimen de transición solo aplica en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio y número de semanas cotizadas, pero el ingreso base de liquidación, IBL, no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993 las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. Así las cosas, la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, es reiterada en la SU-230 DE 2015.</i></p>

No obstante, en el caso particular, a pesar de que el actor argumentó un defecto por desconocimiento del precedente jurisprudencial, en concreto, la sentencia C-230 de 2015 de la Corte Constitucional, la providencia de la que me aparto resolvió confirmar la decisión que negó amparar los derechos alegados por la entidad actora, en la medida en que concluyó que la regla jurisprudencial fijada en la SU-230 de 2015, se hizo extensiva al resto de los regímenes especiales a partir de su publicación, esto es el 6 de julio de 2015, mientras que la providencia enjuiciada en sede de tutela, con la que el Tribunal Administrativo puso fin a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es del 20 de mayo de 2015.

*Por el contrario, acudiendo al precedente de la Corte Constitucional, fijado en la Sentencia C-258 de 2013, sí es posible concluir que desde ese momento correspondía a las autoridades administrativas y judiciales, independientemente del régimen especial, calcular el IBL de los beneficiarios del régimen de transición de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, máxime que se trata de una sentencia de constitucionalidad y por ende **tiene carácter inmutable, obligatorio y definitivo**, según el artículo 241 Superior, que encarga la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución a la Corte Constitucional.*

En los anteriores términos dejó expuestos los argumentos de mi salvamento de voto”.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., once (11) febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03258-00(AC)

Actor: MANUEL ANTONIO VELÁSQUEZ BASTO Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Asunto: Providencia que ampara por cuanto la sentencia de reparación directa cuestionada en tutela incurrió en defecto fáctico toda vez que se acreditó la pérdida de la oportunidad.

Extracto: “(...) En el sub lite los accionantes consideraron que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, al proferir la sentencia de 15 de mayo de 2015 dentro del proceso de reparación directa por ellos iniciado en contra del INPEC incurrió en desconocimiento del precedente y en defecto fáctico. (...)”

2.6.2.1. Frente al punto, esta Sala encuentra cardinal recordar que en pronunciamientos de febrero de 2015¹, rectificó su postura en relación con el significado de **precedente y jurisprudencia**, esto en el sentido de indicar que el primer concepto se refiere a “la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y su contenido específico, es decir, la ratio decidendi, [la cual] (...) no está atada al número de decisiones, dado que solo basta una providencia en donde se especifique una regla o subregla de derecho” y el segundo, se asimila a la definición de doctrina probable “pero además, también se reserva para las providencias generadas solo por las Altas Corte u órganos de cierre en la jurisdicción”.

En relación con el precedente, hace especial énfasis la Sala en que la capacidad para crear normas adscritas o subreglas, en razón de nuestra tradición y el carácter jerarquizado del sistema de administración judicial solo puede provenir de los órganos de cierre en las distintas jurisdicciones como una consecuencia de las funciones a ellos asignada por la Constitución y en razón del carácter del Estado Colombiano como una República Unitaria².

Así pues, como ya se indicó, **el precedente**, entendido como la regla o subregla de derecho creada por el órgano cierre de la respectiva jurisdicción, **es obligatorio** porque proviene de los Altos Tribunales u órganos de cierre en Alto Tribunal como para los jueces de inferior jerarquía, quienes conociendo el precedente vertical están obligados a su aplicación.

1 Sentencia de 5 de febrero del 2015, Rad. No. 11001-03-15-000-2014-01312-01, Consejera: Lucy Jeannette Bermúdez y Sentencia de 19 de febrero de 2015, Rad. No. 11001-03-15-000-2013-02690-01 Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

2 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-631 de 2012. En este fallo expresamente se indica que: “Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante”

2.6.2.3. Ahora bien, en relación con el desconocimiento de las decisiones proferidas por el Consejo de Estado el 10 de agosto de 2001³; 11 de agosto de 2010⁴; 25 de agosto de 2011⁵ y 14 de marzo de 2012⁶, conforme a las cuales se tiene como regla de derecho que existe una **pérdida de la oportunidad** susceptible de ser indemnizado cuando un recluso no recibe oportunamente la prestación del servicio médico asistencial por parte del penal donde se encuentra recluso; encuentra la Sala que estas sentencias contienen las reglas de derecho que debió aplicar el juez de la reparación directa al caso que originó la acción de tutela.

Para efectos metodológicos las sentencias se analizarán así: **(i)** aquella que estableció el **régimen de responsabilidad** aplicable a los casos de prestación del servicio médico por parte del INPEC a sus reclusos; **(ii)** una en la Sala Plena de la Sección Tercera que se desarrolla el concepto de la **pérdida de oportunidad**, sus alcances, límites y forma de indemnización y; **(iii)** dos que exponen **casos similares** al que se analizó en el proceso de reparación directa cuya decisión motivó la interposición de la acción de tutela. (...)

2.6.3.3. Así las cosas, de las providencias citadas como desconocidas por la parte actora, se tienen las siguientes reglas de derecho: **(i)** el INPEC tiene la obligación de garantizar el derecho a la salud de sus reclusos en atención a la privación de su libertad y condiciones especiales que generan el estado de detención; **(ii)** cuando se alega un daño como consecuencia de la prestación inadecuada de atención médica por parte de los establecimientos carcelarios su configuración se mira a la luz del título de imputación de la falla del servicio; **(iii)** cuando se alega la pérdida de oportunidad se pretende la indemnización de un daño consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento; **(iv)** al recluso le asiste el derecho a que se le indemnice la pérdida de la oportunidad cuando no recibe oportunamente la prestación del servicio médico asistencial por parte del centro de retención donde se encuentra recluso o impide que la reciba de parte del centro médico que tenga las condiciones para atenderlo apropiadamente.

Con sustento en lo anterior, considera la Sala que en el caso concreto fue **desconocido el precedente de la Sección Tercera del Consejo de Estado**, toda vez que, en el caso que motivó la presente tutela, ni siquiera se analizaron los elementos necesario para que pudiese determinar si el INPEC privó al señor Manuel Antonio Velásques de la posibilidad de recibir atención médica adecuada y oportuna que probablemente le hubiese significado un detrimento menor a su condición de salud, como efectivamente los solicitó en la demanda.

Sobre el punto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca solo se limitó a señalar que si bien la tardanza en la remisión a un centro médico le causó “angustia y desesperación” ello no constituía una pérdida de la oportunidad. Esto, sin indicar los motivos por los cuales no se cumplían los requisitos decantados por el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para indemnizar la pérdida de la oportunidad del recluso que no recibió oportunamente la prestación del servicio médico asistencial por parte del penal donde se encontraba recluso.

2.6.3.4. Finalmente, en relación con el desconocimiento de la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, por medio de la cual, el Pleno de la Sección Tercera “...UNIFIC[O] su jurisprudencia en relación con la indemnización del daño a la salud por lesiones temporales”, encuentra la Sala que no constituye un precedente aplicable al caso teniendo en cuenta que lo que pretendió la parte actora con la interposición de la acción de reparación directa fue la indemnización de la pérdida de la

3 Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Rad. No. 5501-23-31-00-1994-04506-01(12947).

4 Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Rad. No. 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593).

5 Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Rad. No. 25000-23-26-00-1997-03994-01(19718).

6 Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Rad. No. 17001-23-31-00-1999-00338-01(21848).

oportunidad del señor Manuel Antonio Velásquez en recibir una atención médica oportuna y adecuada y no que se le indemnizara por la lesión que sufrió su corazón en sí, que además, dicho sea de paso, no es de carácter temporal.

2.6.2. En relación con el defecto fáctico, los peticionarios aseguraron que en el fallo de segunda instancia, la autoridad judicial acusada concluyó erradamente que “no existía prueba” de las demoras en las que incurrió el INPEC para trasladar al señor Manuel Antonio Velásquez al centro hospitalario, aún cuando en el expediente existían pruebas abundantes sobre el punto, que de haber sido valoradas en su integralidad hubiesen llevado a proferir un fallo condenatorio en contra del demandado. (...)

2.6.2.3. Los peticionarios en su escrito de tutela fueron claros y específicos al delimitar las pruebas que, a su juicio, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca omitió valorar aun cuando fueron debidamente aportadas al proceso y obraban en el expediente, cuáles apreció de manera contraria la sana crítica o de manera caprichosa y, las implicaciones que tal ejercicio probatorio defectuoso tuvo en el fallo de segunda instancia que terminó por negar las pretensiones de la demanda de reparación directa.

Para la Sección Quinta del Consejo de Estado, la valoración probatoria hecha por el tribunal administrativo acusado, no corresponde a un análisis integral ni sustentado en criterios objetivos, lo que constituye una vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la parte actora por las razones que pasan a explicarse:

Primero, corrobora la Sala que de las historias clínicas Nos. 1785904 y 17300689 correspondientes a la situación médica del señor Manuel Antonio Velásquez, diligenciadas por el Hospital de Buenaventura y el Hospital Universitario del Valle, respectivamente, resultaba claro que aquél sufrió un infarto de miocardio que, para el 7 de marzo de 2004, tenía 3 días de evolución y que para el 10 de marzo de 2004 su patología presentaba 8 días de evolución. Infarto como consecuencia del cual su corazón sufrió un necrosamiento del 75%.

Además, valorado el Formulario de Dictamen para calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez de 26 de agosto de 2011, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, determinó una pérdida de capacidad laboral para el señor Velásquez Basto del 50,01%.

Asimismo, verificados los testimonios rendidos dentro del proceso de reparación directa, encuentra la Sala que de la declaración del señor José Hernando Sinisterra García, recluso y compañero de celda del señor Manuel Antonio Velásquez, se puede concluir con certeza que: (i) desde el 6 de marzo de 2004 el señor Manuel Antonio Velásquez presentó un dolor agudo en el pecho que puso en conocimiento de los guardías del centro carcelario de Buenaventura; (ii) la atención médica prestada al recluso en el centro penitenciario se limitó a brindarle medicamentos para el dolor; (iii) aun cuando el reo insistió en que el dolor que sufría era desmedido los guardías sin mayores consideraciones le manifestaron que no creían en su dolor, que debía esperar el cambio de guardia para que se le prestara cualquier atención médica y que por ser un día de visita en el penal era imposible trasladarlo a un centro médico y; (iv) el traslado del actor se hizo efectivo solo cuando los demás detenidos y visitantes del penal hicieron una protesta enérgica ante la falta de atención a su condición de salud.

Para la Sección Quinta no existe ningún motivo válido para restar credibilidad al dicho del mencionado testigo, que dio cuenta de la tardanza en la remisión de su compañero a un centro hospitalario, aun cuando fue reconocido por el propio Tribunal Administrativo del Valle del Cauca “como único testigo directo de los hechos ocurridos en la fecha anotada”.

Contrario a lo concluido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dadas las circunstancias particulares del caso, esto es la privación de la libertad a la que se encontraba sometido el señor Velásquez Basto, el señor José Hernando Sinisterra García su compañero de reclusión, era quien podía testificar acerca de las circunstancias en los que ocurrieron los hechos en el Centro Carcelario de

Buenaventura, testimonio que además no fue controvertido ni desvirtuado por el INPEC en su calidad de demandado.

Frente al punto, debe recordarse que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una tarifa legal y que en tal medida, no existe para el caso una única forma o una más idónea que otra para demostrar la inadecuada atención médica del actor por parte del centro penitenciario y la tardanza del INPEC en su remisión al Hospital de Buenaventura.

Adicionalmente, encuentra la Sección que contrario a lo que afirma la autoridad acusada, quien concluyó que no existía prueba en el caso que diera cuenta de la enérgica protesta de los reclusos del penal ante la falta de atención del señor Velásquez, de acuerdo con las versiones rendidas por las señoras Gloria Gregoria Quiñones Mesa y Cruz Mabel Asprilla Murillo, quienes se encontraban ese día de visita en el penal se pudo constatar que la remisión del señor Manuel Antonio Velásquez Basto se dio luego de una revuelta en la cárcel.

Segundo, de las pruebas allegadas al proceso se logró determinar con plena certeza que el señor Velásquez Basto sufrió un infarto de miocardio que le provocó una necrosis cardíaca del 75% y una pérdida de capacidad laboral del 50,01%.

Y, contrario a lo que afirma la autoridad judicial acusada, en el caso se logró acreditar más allá de toda duda razonable, que el señor Velásquez Basto estuvo recluido en el penal por más de 5 días sin recibir cuidados médicos adecuados y oportunos para su quebranto de salud. Así pues, aunque no existe plena certeza de que una atención médica en las condiciones mencionadas hubiese evitado las secuelas que sufrió como consecuencia del infarto, no hay duda sobre el hecho de que la demora en el traslado del reo le quitó la oportunidad de recibir ayuda médica que pudiera evitar un daño mayor a su salud u obtener un resultado más favorable respecto de su patología.

Considera la Sección Quinta que el juez ordinario sustentó su conclusión en consideraciones subjetivas al indicar que como el señor José Hernando Sinisterra García fue el único que testificó en relación con la tardanza del INPEC en la remisión a un centro hospitalario “... la tardanza no constituía una pérdida de la oportunidad”.

Así lo concluyó el Tribunal:

“... aunque resultaba indiscutible que el agotamiento del trámite para el traslado del señor Velásquez Basto pudo ocasionarle angustia y desesperación, (...) no constituye una pérdida de oportunidad para aquel, pues no puede dejarse de lado que el traslado que ameritaba aquel debía hacerse dentro de los parámetros mínimos de seguridad, el que al parecer se complicó debido a que en aquella fecha coincidentemente, los reclusos eran visitados por sus familiares, momento en los que la seguridad debe extremarse en el centro para evitar posibles fugas (...) [Además] aún cuando en la demanda y el recurso se asevera que fue una enérgica protesta de los reclusos del penal la que permitió el traslado del preso al centro de salud, nada de ello se probó en la respectiva instancia”.

Lo anterior se debe a que una valoración del conjunto de todas las pruebas allegadas al proceso permite establecer con meridiana claridad que sí existió una demora injustificada en la prestación atención médica adecuada, derivada del traslado tardío al centro hospitalario por parte del INPEC.

Por ello y como precisamente lo que buscó la parte demandante al interponer la demanda de reparación directa fue que se declarara la responsabilidad del INPEC por su “... la negligencia y el retardo en la prestación médica requerida por el señor Manuel Antonio Velásquez Basto, con motivo del infarto de miocardio que lo aquejó estando recluido en la cárcel de Buenaventura, con consecuencias gravísimas para su salud y detrimento de su oportunidad de vida” o, dicho en otras palabras, que se le indemnizara la pérdida de oportunidad de recibir un tratamiento médico adecuado, basta con que

la parte actora probara la tardanza en la remisión del señor Manuel Antonio Velásquez al centro médico, aunque esta no fuera la causa determinante de la necrosis del 75% de su corazón.

Como ya se indicó al desarrollar el cargo de desconocimiento del precedente, aunque no exista certeza de que aún si la administración hubiere actuado con la mencionada diligencia la víctima no hubiere sufrido un daño de tal magnitud en su salud, lo cierto es que si el INPEC hubiese obrado de esa manera, no le habría hecho perder al interno el chance de que su condición médica fuese más favorable, en la medida en que de la simple lógica se tiene que de habersele prestado una atención hospitalaria más temprana a su patología coronaria, esto es tres días antes cuando fue requerida por el detenido, lo esperable era que el daño a su salud no hubiese sido de tal magnitud o fuese menor.

En virtud de lo anterior, considera la Sección Quinta del Consejo de Estado que el cargo de defecto fáctico propuesto por la parte actora debe prosperar.

2.7. Conclusión

De conformidad con lo expuesto en precedencia, la Sala amparará los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los tutelantes, toda vez que se encontraron configurados las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial de defecto fáctico y desconocimiento del precedente. Y, en consecuencia, dejará sin efectos la sentencia de 15 de mayo de 2015 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dentro del proceso de reparación directa número 76001-33-31-001-2006-00147

Asimismo, teniendo en cuenta que el juez constitucional no puede reemplazar al ordinario, le ordenará a la autoridad acusada que profiera una decisión de reemplazo en la que se observen los lineamientos de esta providencia, esto es, determine si conforme a las normas aplicables al caso, las pruebas obrantes en el expediente y el precedente fijado frente al particular, debe indemnizarse la pérdida de oportunidad alegada por la parte actora. (...)

Decisión: “AMPARAR los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los señores Manuel Antonio Velásquez Basto, Gloria Segura Guerrero, Fernando Velásquez González, Manuel Antonio Velásquez Segura, Ana Lucía Velásquez Segura, Hernán Seir Velásquez González, Jhon Alexander Velásquez González, Fabian Manuel Velásquez González y Oscar Javier Velásquez González, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida el 15 de mayo de 2015 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dentro del proceso de reparación directa número 76001-33-31-001-2006-00147 iniciado por la parte actora en contra del INPEC.

ORDENAR al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que dentro los treinta (30) días siguientes a la notificación de este fallo, dicte una providencia de reemplazo de acuerdo con los lineamientos expuesto en esta sentencia.

NOTIFICAR a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, al día siguiente a su ejecutoria, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00057-01(AC)

Actor: DEFENSOR DEL PUEBLO DE SUCRE

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS

Asunto: Sentencia de tutela que ampara los derechos de la población carcelaria de Sincelejo debido a la falta de atención en salud y de medidas tendientes a superar la epidemia de varicela que atraviesa el penal.

Extracto: “3.5. *El derecho a la salud de los reclusos en las cárceles de Colombia*

*Como se dijo en precedencia, dentro de las obligaciones que surgen al Estado colombiano como garante del poder punitivo, está el respeto hacia la **dignidad humana** de las personas que se encuentren recluidas en un establecimiento penitenciario y carcelario. Exigencia que obedece al mandato imperativo expresado dentro de las distintas obligaciones acogidas en el ordenamiento jurídico y que constituyen el bloque de constitucionalidad.*

3.5.1. A partir de la sentencia T-153 de 1998 se puso en conocimiento de las autoridades la existencia notoria del Estado de Cosas Inconstitucional que subyacía en las distintas cárceles del país. Así, fueron ordenadas una serie de medidas y previsiones en atención a que “las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad personal”.

3.5.2. Debido a la difícil situación que atraviesan los internos la Corte Constitucional ha dicho que en materia de salud “las deficiencias en la atención médica, los numerosos trámites administrativos a los cuales debe someterse un recluso del centro penitenciario” son consideradas situaciones que denotan un abierto desconocimiento del orden constitucional.

*3.5.3. La Constitución Política de 1991, en su artículo 49, señala que **la atención de la salud** y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado y que, se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de aquella, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.*

Vista así la situación, se tiene que Colombia se proclama como un Estado Social de Derecho, luego en aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 13 Superior, las condiciones de igualdad real y efectiva para adoptar medidas en favor de la población carcelaria, se torna en un asunto de especial cuidado para ser amparado a través de la acción de tutela, toda vez que el Estado tiene una posición de garante sobre esta población.

Ciertamente las personas que se hallan privadas de la libertad en los establecimientos penitenciarios y carcelarios deben garantizárseles el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

En consecuencia deben ser asistidas en cuanto a las necesidades que demande la complejidad de su afección.

3.5.4. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la salud es considerada un servicio público y un derecho fundamental a la vez, (artículo 5 constitucional) y como tal debe ser suministrada de manera eficiente (artículo 365 Constitución Política).

Es así, como en desarrollo del principio de eficiencia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido el principio de continuidad de la prestación del servicio público como “una necesidad de interés general” que no puede, ni debe ser discontinua ya que “toda interrupción puede ocasionar problemas graves para la vida colectiva. La prestación del servicio público no puede tolerar interrupciones”.

3.5.5. *Por otra parte, la salud como derecho fundamental, debe ser garantizado a toda la población colombiana sin distinción alguna, y en el caso de los reclusos, dicha obligación recae en manos de las autoridades carcelarias. Cuando una persona es privada de su libertad por parte del Estado, éste debe asumir la responsabilidad de garantizar al recluso su derecho a la salud, a través de las correspondientes autoridades carcelarias, ello en virtud a que, al verse privada de la libertad, la persona no puede hacer uso espontáneo del Sistema General de Seguridad Social en su régimen contributivo o subsidiado.*

Pues recuérdese que conforme con el artículo 104 de la Ley 65 de 1993 las autoridades carcelarias tienen la obligación de garantizar a los reclusos no solo una atención médica oportuna y eficiente, sino que además, deben asegurar que las prescripciones médicas como exámenes, medicamentos, intervenciones, cirugías, o cualquier otro procedimiento requerido por el interno, sean efectivamente realizados. (...)

3.5.6. *En reciente pronunciamiento, sentencia T-127 de 2016, la Corte Constitucional, en atención al fallo T-762 de 2015, reiteró la obligación a cargo del Estado de garantizar a las personas privadas de la libertad el acceso efectivo y oportuno a los servicios de salud. (...)*

Igualmente, en dicha providencia se explicó el objeto del denominado Modelo de Atención en Salud, implementado para la población privada de la libertad y previsto en el Decreto 2245 y la Resolución 5159, ambas, de 2015. (...)

3.6.1. De la protección al derecho fundamental a la salud de los internos e internas del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Sincelejo

En el presente asunto y como lo expuso el Defensor del Pueblo de Sucre, en el penal de Sincelejo 105 internos e internas que requieren la prestación de servicios de salud, de conformidad con las historias clínicas aportadas, (...)

Sin embargo, toda vez que estas personas no han recibido la atención médica y como quedó expuesto en los acápites precedentes, debe brindárseles los servicios médicos requeridos para que con ello puedan superar sus patologías, la Sala adicionará la sentencia impugnada e impartirá la orden a las demandadas de realizar (i) el “triage” o priorización de patologías que se presentan en el penal de Sincelejo (ii) las gestiones necesarias para que los internos e internas referidos y que presenten actualmente algún tipo de patología o necesiten de los servicios de salud en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Sincelejo, de conformidad con el “triage” o priorización antes mencionado reciban la atención en salud requerida, así como también el respectivo tratamiento integral, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia.

3.6.2. Respecto a la epidemia de varicela presentada en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Sincelejo.

Frente a este aspecto, la Sala considera necesario ordenar a las accionadas que, de conformidad con el citado y expuesto “Modelo de Atención en Salud implementado para la población privada de la libertad”, previsto en el Decreto 2245 y la Resolución 5159, ambos, de 2015, se realicen y adelanten todas las acciones individuales y colectivas para garantizar el control del virus, superar el brote y realizar una adecuada vigilancia epidemiológica del evento de varicela que se presenta en la cárcel de Sincelejo, incluidas las siguientes ordenes de manera urgente:

1. Frente a la población interna del penal:

Ordenar el aislamiento respiratorio y de contacto de todos los casos infecciosos con las demás personas privadas de la libertad.

- *Ordenar realizar brigadas de salud.*
- *Ordenar jornadas de fumigación y de desinfección de áreas de aislamiento contaminadas.*
- *Ordenar la aplicación de las vacunas y demás medicamentos contra la mentada patología.*
- *Entregar a todos los reclusos implementos que permitan aislar el virus tales como tapabocas o caretas.*
- *Procurar el mejoramiento de las instalaciones locativas en donde se ubiquen los casos infecciosos.*

2. Frente a la población externa del penal:

- *Ordenar que en la entrada, recepción o ingreso del penal, se publique un aviso de gran tamaño y se informe a los visitantes que en las instalaciones se presenta una epidemia de varicela, así como la recomendación de ingresar con tapabocas o la protección pertinente.*

Finalmente, frente a las disposiciones asociadas a cada caso concreto y en general todas las órdenes dictadas en esta sentencia, se exhortará al Defensor del Pueblo accionante para que vigile su cumplimiento.”

Decisión: “NEGAR la nulidad alegada por el Patrimonio Autónomo PAP Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

CONFIRMAR la sentencia de 11 de marzo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, que amparó los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la dignidad humana de los internos del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Sincelejo

MODIFICAR la orden de estarse a lo resuelto en la sentencia T-762 de 2015, pero bajo el entendido que dichas disposiciones están dirigidas a superar el estado de cosas inconstitucional presentado en el Sistema Penitenciario y Carcelario y que las mismas son complementarias y aplicables a este caso concreto.

ADICIONAR la sentencia de 11 de marzo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre con las siguientes ordenes de carácter particular y urgente, que deberán ser atendidas por todas las autoridades aquí demandadas:

1. ORDENAR a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC- que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, inicie las actuaciones pertinentes, a través de Caprecom E.I.C.E. en Liquidación - Patrimonio Autónomo PAP Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015 – Fiduprevisora S.A, que prestan el servicio de salud en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo, para que realicen el “triage” o priorización de patologías a todos los internos del penal de Sincelejo.
2. ORDENAR a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC- que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, inicie las actuaciones pertinentes, a través de Caprecom E.I.C.E. en Liquidación - Patrimonio Autónomo PAP Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015 – Fiduprevisora S.A, que prestan el servicio de salud en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo, para que garanticen la atención integral y necesaria en salud de los internos e internas relacionados en el cuadro 1 del presente fallo y de todos los reclusos del penal, de acuerdo con el “triage” o priorización de

patologías ordenado en el numeral anterior, y sean evaluados por los médicos especialistas, y suministren los medicamentos y los tratamientos médicos necesarios para las enfermedades que los aquejan.

3. ORDENAR al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo que disponga de lo necesario para que los internos e internas relacionados en el cuadro 1 del presente fallo y los demás reclusos que presenten patologías o que vean afectada su salud, les sean prestados los servicios de salud que requieran de manera oportuna, adecuada y eficaz, esto es, que se facilite su traslado y realicen los trámites administrativos y logísticos necesarios para que los accionantes accedan a los servicios de salud, ya sea dentro o fuera del centro penitenciario.

4. ORDENAR al Ministerio de Salud y de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, el municipio de Sincelejo, el departamento de Sucre, el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo, a Caprecom E.I.C.E. en Liquidación, el Patrimonio Autónomo PAP Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015 – Fiduprevisora S.A, a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, que de manera mancomunada y de conformidad con el “Modelo de Atención en Salud implementado para la población privada de la libertad”, previsto en el Decreto 2245 y la Resolución 5159, ambos, de 2015, se realicen las siguientes actuaciones urgentes con el fin de controlar y superar la epidemia de varicela que se presenta en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo:

- Aislar y evitar el contacto de los casos infecciosos de varicela con las demás personas privadas de la libertad del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo.
- Realizar jornadas con brigadas de salud.
- Realizar jornadas de fumigación y de desinfección de áreas de aislamiento contaminadas.
- Aplicación de vacunas y demás medicamentos contra la mentada patología.
- Entregar a todos los reclusos implementos que permitan aislar el virus tales como tapabocas o caretas.
- Procurar el mejoramiento de las instalaciones en donde se ubiquen los casos infecciosos.
- Instalar en la entrada, recepción o ingreso del penal de Sincelejo, un aviso en el que se informe a los visitantes que en las instalaciones se presenta una epidemia de varicela, así como la recomendación de ingresar con tapabocas o la protección pertinente.

4. EXHORTAR al Defensor del Pueblo de Sucre para que vigile y realice el seguimiento de las disposiciones asociadas a cada caso concreto y en general todas las órdenes dictadas en esta sentencia, con el fin de obtener su cumplimiento por parte de las accionadas.

5. ADVERTIR a las autoridades accionadas que por ningún motivo de carácter administrativo puede verse afectado el goce efectivo del derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, quienes no tienen por qué asumir las consecuencias de trámites administrativos, ni los cambios de las autoridades competentes y encargadas de asumir la prestación de ese servicio, toda vez que como se expuso están en la obligación de adoptar todas las medidas que consideren necesarias para garantizar de manera oportuna y efectiva el acceso a los tratamientos, medicamentos y servicios de salud a la población carcelaria de Sincelejo. Bajo ese entendido, en ejercicio de sus funciones, deben garantizar en todos los casos el acceso oportuno, adecuado y eficaz a los servicios de salud.

NOTIFÍQUESE a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Consejo de Estado Rendición de Cuentas 2016 “Asuntos Constitucionales”

Alberto Yepes Barreiro

REMÍTASE el expediente a la Corte constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguiente a la ejecutoria de esta providencia, previo envío de copia de esta proveído al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03146-01(AC)

Actor: RICARDO VILLARRAGA FRANCO Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “C” EN DESCONGESTIÓN Y OTRO

Asunto: Tutela que ampara los derechos fundamentales del actor toda vez que no se le dio el valor probatorio que la jurisprudencia le ha reconocido a los reportajes y noticias difundidos por los medios de comunicación.

Extracto: “(. . .) **2.7.1.** En el caso sub examine, para no redundar en aspectos que la Sala narró con detalle en el acápite de antecedentes, los peticionarios consideran lesionados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, así como los principios de presunción de inocencia y de tutela judicial efectiva como consecuencia de las decisiones adoptadas en sentencia de 31 de octubre de 2014 y 28 de mayo del 2015, dictadas respectivamente por el Juzgado Trece Administrativo de Descongestión de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “C” de Descongestión. (. . .)

2.7.3. Pues bien, respecto del primer argumento de impugnación relativo al **desconocimiento del precedente del Consejo de Estado**, encuentra la Sala que le asiste la razón a la parte actora al señalar que las autoridades judiciales omitieron el criterio del Órgano de Cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por las razones que pasan a explicarse:

2.7.3.1. En la providencia de segunda instancia que se acusa, esto es, la sentencia de 28 de mayo de 2015 el juez natural de la causa consideró que no existían pruebas dentro del proceso que acreditaran que la Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional hubiesen acusado de manera arbitraria “. . . al Doctor Ricardo Villarraga Franco como un narcotraficante, lavador de dinero, perteneciente a una organización delictiva y que fue desmantelada bajo la operación denominada por la propia Fiscalía y la Policía como ‘Cuenca del Pacífico’.

Consideró que las pruebas aportadas por la parte actora para sustentar sus pretensiones carecían de valor probatorio por tratarse de CDS, DVDS y recortes de periódicos.

Así lo expuso la autoridad judicial acusada “. . . por tratarse de las informaciones publicadas en diarios que no p[odían] ser consideradas dentro de un proceso como una prueba testimonial, porque adolec[ían] de las ritualidades propias de este medio de prueba: no fueron rendidas ante funcionario judicial, ni bajo la solemnidad del juramento, ni se dio la razón de su dicho (art. 227 CP.C)” y porque tampoco ofrecían veracidad en tanto se “limita[ban] a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deb[ían] ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial. De modo que el relato de los hechos no resulta probado a través de las publicaciones periodísticas a que se alude en la demanda, habida consideración que no configura medio probatorio alguno de lo debatido en el proceso, pues tan sólo constituyen la versión de quien escribe, quien a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso”.

No obstante lo anterior, es decir aunque inicialmente se señaló que los documentos aportados por el actor no tenían valor probatorio por corresponder a información pública o emitida en los medios de comunicación escritos y televisivos; el Tribunal acusado concluyó que si bien el General Gilberto Ramírez (Policía Nacional) y la Doctora Margarita Durán de León (Fiscalía General de la Nación), aparecieron en el contexto de la noticia, dando declaraciones sobre la operación denominada “Cuenca

del Pacífico”, no lo hicieron señalando al señor Ricardo Villarraga, como un narcotraficante o lavador de activos.

2.7.3.2. Frente al asunto materia de debate en esta tutela, de un lado, el valor probatorio de noticias, opiniones, reportajes, columnas en los diversos medios de comunicación y, de otra parte la **responsabilidad del Estado** por la falla en su deber de administrar la información de forma que se protejan los derechos al buen nombre, honra e intimidad, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia de 19 de noviembre de 2012¹ que la parte actora cita como desconocida, al estudiar de un proceso de reparación directa iniciado en contra de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional consideró:

“[la administración, puede ser responsable] por liberar, filtrar o manejar indebidamente (bien sea por activa, o por pasiva) información, que está en cabeza de las autoridades públicas, catalogada como reservada (o propia de organismos de inteligencia), o que hace parte de procesos de investigación policial, a los medios de comunicación, y de la que se hizo desprender sospechas, sindicaciones, presunciones e, incluso, imputaciones contra los actores, y que generó en los receptores de la misma, desinformación y asociaciones lesivas a los derechos subjetivos de los demandantes, ya que las iniciales y apellidos indicados en la nota periodística y en prensa fueron relacionadas con los nombres de aquéllos, considerando que éstos se encontraban ejerciendo actividades ilícitas relativas al narcotráfico, lo que generó un daño antijurídico acreditado con los medios de prueba obrantes en el expediente y que, se confirma en todas sus partes lo dicho por los demandantes, respecto del cual cabe hacer el juicio de imputación respectivo”.

En la sentencia mencionada el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, centró su análisis en determinar si hubo influencia y acción determinante de las entidades demandadas en la información emitida públicamente que generó un daño antijurídico consistente en el menoscabo y la restricción indebida, anormal y antijurídica del ejercicio eficaz de los derechos al buen nombre y a la honra de los demandantes.

Como punto de partida de su estudio la Sección Tercera hizo referencia al valor probatorio de “la copia simple de unos recortes de prensa que indicó que correspondían a los diarios El País de Cali y El Tiempo, así como un video en VHS correspondiente a la nota periodística originada por el entonces noticiero Q.A.P el 23 de octubre de 1996 transmitido en el horario de las 9:30 de la noche”. Expresó que tales medios probatorios, de acuerdo con la posición de la Sala Plena de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 29 de mayo de 2012², podían ser considerados como prueba documental.

La sentencia que se invocó como desconocida se señaló que “la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba³ documental”⁴, pero que “cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con

1 Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. No. 76001-23-31-000-1998-01510-01 (25506)

2 Radicación No: 11001-03-15-000-2011-01378-00 (PI).

3 Esta Corporación ha reiterado que los artículos publicados en la prensa escrita pueden apreciarse por el juez como prueba documental solo para tener “(...) certeza sobre la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido”. Sobre el mérito probatorio de las publicaciones de prensa como prueba en los procesos se encuentran también las siguientes providencias: sentencia de 27 de junio de 1996, expediente: 9255; sentencia de 15 de junio de 2000, expediente: 13338; sentencia de 10 de noviembre de 2000, expediente: 18298; sentencia de 25 de enero de 2001, expediente: 3122, sentencia de 31 de enero de 2011 expediente: 17842, entre otras.

4 El artículo 251 del C.P.C. dispone que son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos (...)”.

De esta manera, la Sección Tercera consideró que para el caso de estudio de aquella oportunidad, la grabación correspondiente a la noticia y los recortes de periódicos debían ser valoradas junto con todo el acervo probatorio, para así constatar la certeza de los hechos objeto del litigio.

*Hecha esta precisión, en el mencionado caso la Sección Tercera consideró que debía analizarse la **responsabilidad de las entidades demandadas por el daño antijurídico ocasionado**, que “... comprend[ía] la vulneración de derechos reconocidos no sólo constitucionalmente, sino también consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos”, esto atendiendo al deber del Estado de administrar de manera adecuada la información de la que es titular a efecto de garantizar efectivamente los derechos fundamentales a la honra, buen nombre e intimidad.*

Agregó que en esos casos se verifica la tensión entre el acceso a la información que reposa en cabeza del Estado (de sus autoridades judiciales o policiales), como expresión del sistema democrático, y el respeto de los derechos al buen nombre, honra e intimidad de todo administrado, los cuales deben ser garantizados por las autoridades, incluso, por aquéllas que cumplen funciones administrativas, en especial, “...por las autoridades de Policía cuando desarrollan funciones de inteligencia, teniendo en cuenta que la información que éstos poseen, debe ser administrada y manejada, debida y razonablemente, bajo ciertos parámetros y límites propios de la reserva, o que se aconsejen en función de la tutela efectiva de los derechos de los administrados que puedan ser vulnerados”

En el mismo sentido precisó que “cuando el Estado tiene información relacionada con actividades ilícitas, y ésta se encuentra enmarcada con un carácter reservado, de inteligencia, o hace parte de un proceso de investigación policial, su deber de protección de los derechos que por virtud de dicha información puedan resultar vulnerados, restringidos o lesionados se refuerza y consolida, ya no sólo por los estrictos mandatos normativos ordinarios, sino también como resultado del deber positivo de protección de bienes jurídicos constitucionales y convencionales como al buen nombre y a la honra, reconocidos en los artículos 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”

El anterior análisis para concluir que estaba probada la falla en el servicio por el incumplimiento e indebido manejo de la información, ya que las entidades demandadas debían atender a los deberes positivos en los que se consagraban las condiciones mínimas de la recolección, evaluación, análisis y divulgación de la información, como es la identificación plena de los sujetos activos, sus datos personales, sus actividades, antecedentes, etc., dado que si se maneja indebidamente la información y se difunde, o se da a conocer al público a través de un medio de comunicación, noticias incompletas, parcializadas, inciertas, etc., se genera un menoscabo en los derechos personalísimos de quienes por un desacierto en la información, son sindicados por la opinión pública. (...)

*De esta manera, en la sentencia de **19 de noviembre de 2012 el Consejo de Estado, Sección Tercera que fue citada como desconocida por los peticionarios**, encontró probada la falla del servicio por parte de la Policía Nacional “...por el indebido manejo de la información que es endilgable a las entidades demandadas, produjo, además, como consecuencia, que el medio de comunicación haya sido inducido en error para generar un impacto indebido, anormal y vulneratorio de los demandantes ante la opinión pública de su comunidad”.*

2.7.3.3. En conclusión advierte la Sala que de la providencia de 19 de noviembre de 2012 pueden extraerse dos reglas de derecho:

Por un lado, que los reportajes, fotografías, entrevistas, crónicas que aparecen en los diversos medios de comunicación son representativos del hecho que se dice registrar, pero no sirven para probar, por sí solos, la existencia de lo que en ellos se plasma, dice, narra o cuenta, pues estos, para que tengan valor probatorio deben ser valorados en conjunto con los medios de prueba allegados al proceso.

Y de otra parte, que el Estado debe responder por el indebido manejo de la información relacionada con actividades ilícitas y ésta se encuentra enmarcada con un carácter reservado, de inteligencia, o hace parte de un proceso de investigación policial su deber de protección de los derechos que por virtud de dicha información puedan resultar vulnerados, restringidos o lesionados se refuerza y consolida.

2.7.3.4. En vista de lo anterior, considera la Sección Quinta que la autoridad judicial demanda incurrió en desconocimiento del precedente judicial citado toda vez que (t) consideró que los recortes de prensa, noticias, opiniones, reportajes y columnas en los diversos medios de comunicación carecían por completo de valor probatorio, sin tener en cuenta que lo que las parte actora pretendía probar con ellos era la existencia misma de la “noticia calmuniosa” y sin valorarlos con los demás medios de prueba valorados en conjunto, como, solo para mencionar un ejemplo el Oficio radicado No. 049882 de 28 de mayo de 2014 en el que la Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL en el que se indicó “... los cargos formulados al señor Ricardo Villarraga Franco fueron por el delito de obstrucción, influencia e impedimento a un proceso oficial...”, documento al que se adjunto una copia auténtica del organigrama elaborado por la DIJIN de la organización criminal “Cuenca del Pacífico” difundido en los medios de comunicación y en el que aparece incluido el señor Ricardo Villarraga Franco.

Y también (tt) porque concluyó que si bien el General Gilberto Ramírez (Policía Nacional) y la Doctora Margarita Durán de León (Fiscalía General de la Nación), aparecieron en el contexto de la noticia, dando declaraciones sobre la operación denominada “Cuenca del Pacífico”, no lo hicieron para señalar a Ricardo Villarraga como narcotraficante o lavador de activos y que, el organigrama elaborado por la DIJIN correspondía a una labor de inteligencia; pero al efectuar este análisis olvidó que el Estado puede estar llamado a responder por el indebido manejo de la información relacionada con actividades ilícitas y ésta se encuentra enmarcada con un carácter reservado, de inteligencia, o hace parte de un proceso de investigación y que en el marco de esos procesos es su deber proteger los derechos que por virtud de dicha información puedan resultar vulnerados, restringidos o lesionados se refuerza y consolida.

En efecto, tal y como lo alega la parte actora los reportajes y noticias difundidos por los medios de comunicación debe corresponder con la realidad de los hechos, por ello, si aquellos son difundidos con soporte en información dada de forma descuidada e incompleta por parte de los organismos de inteligencia se genera una vulneración a bienes protegidos de los ciudadanos frente a la cual el Estado está en el deber de responder.

En tal virtud y teniendo en cuenta que la autoridad judicial acusada deberá evaluar nuevamente el material probatorio obrante en el proceso conforme al criterio de la Sección Tercera del Consejo de Estado aplicable al caso a efectos de determinar si se configuró la responsabilidad del Estado, la Sala no entrará a analizar el defecto fáctico propuesto por los accionantes.

2.7. Conclusión

De conformidad con lo expuesto en precedencia, la Sala revocará la sentencia de 10 de febrero de 2016, por medio de la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó la acción de tutela para, en su lugar, amparar los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los tutelantes.

Ello teniendo en cuenta que se encontró configurada la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial desconocimiento del precedente. Y, en consecuencia, dejará sin efectos la sentencia de 28 de mayo de 2015, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo Cundinamarca, Sección Tercera Subsección “C” dentro del proceso de reparación directa número 11001-33-31-037-2012-00077.

Asimismo, teniendo en cuenta que el juez constitucional no puede reemplazar al ordinario, le ordenará a la autoridad acusada que profiera una decisión de reemplazo en la que se observen los lineamientos de esta providencia, esto es, determine si conforme a las normas aplicables al caso, las pruebas

obrantes en el expediente y el precedente fijado frente al particular, debe indemnizarse los perjuicios alegados por la parte actora.”

Decisión: “REVOCAR la sentencia de 10 de febrero de 2016, por medio de la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó la acción de tutela para, en su lugar, AMPARAR los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los señores Ricardo Villarraga Franco, Ricardo Jesús y Karen Viviana Villarraga Marchena, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida sentencia de 28 de mayo de 2015, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo Cundinamarca, Sección Tercera Subsección “C” dentro del proceso de reparación directa número 11001-33-31-037-2012-00077.

ORDENAR al Tribunal Administrativo Cundinamarca, Sección Tercera Subsección “C” que dentro los treinta (30) días siguientes a la notificación de este fallo, dicte una providencia de reemplazo de acuerdo con los lineamientos expuesto en esta sentencia.

NOTIFICAR a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, al día siguiente a su ejecutoria, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01470-00(AC)

Actor: GLORIA AMAYA GONZÁLEZ

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META Y OTRO

Asunto: Providencia que ampara los derechos fundamentales de la accionante porque en el auto cuestionado se rechazó la demanda por ella interpuesta, sin tener en cuenta que ésta acreditó pertenecer a un resguardo indígena ubicado en la selva, incomunicado, y que por ello no tuvo la oportunidad de corregir la demanda de reparación directa en tiempo.

Extracto: “(...) A juicio de la accionante, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Villavicencio y el Tribunal Administrativo del Meta, vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y de defensa.

Señaló que, respecto al tribunal accionado, éste no tuvo en cuenta que la actora aportó el poder judicial con su respectiva presentación personal, ante la Dirección Seccional de Administración Judicial de Villavicencio, el 27 de junio de 2014.

Aseguró que la falta de presentación personal del poder ante el juzgado, obedeció a “(...) las condiciones hostiles de la selva, la falta de recursos económicos para viajar al pueblo toda vez que [su] esposo era quien cosechaba y vendía el pescado y carne fruto de la caza, además que [se] encontraba en estado de embarazo y con preclancia (sic)”.

De acuerdo con lo expuesto, esta Sección ceñirá su análisis a la providencia de 10 de diciembre de 2014, proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Meta.

En el auto referenciado, la autoridad judicial precisó:

“(...) el poder otorgado debe cumplir ciertas ritualidades, con la finalidad de establecer, sin lugar a equívocos, qué persona es la que demanda, es por ello que el artículo 74 del CGP, indica que el poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante Juez, oficina judicial o notario, situación que debe cumplirse a cabalidad.

(...)

Finalmente, en cuanto al poder otorgado por parte de la señora GLORIA AMAYA GONZÁLEZ a la abogada MARÍA HELENA RUIZ MARIN, al cual, según lo establecido en el artículo 74 del CGP, se le tenía que realizar presentación personal, al no cumplir la parte interesada con esta ritualidad, la consecuencia obvia para esta Corporación es confirmar el rechazo de la demanda únicamente respecto de la señora GLORIA AMAYA GONZÁLEZ, toda vez que los demás interesados no pueden soportar la carga procesal de aquella que no cumplió con el derecho de postulación para acceder a la administración de justicia, es decir, el proceso debe continuar con los demás accionantes”¹.

Una vez revisado el expediente original remitido en calidad de préstamo, contentivo de la acción de reparación directa No. 2013-00537, se observa que la peticionaria efectivamente radicó el 27 de junio

1 Folio 10 del anexo.

de 2014, ante la Dirección Seccional de Administración Judicial de Villavicencio², poder judicial con su respectiva presentación personal.

Adicionalmente, es cierto que, en el mencionado documento, la accionante le puso de presente al tribunal demandado que el motivo de su demora era debido a que el resguardo indígena quedaba muy lejos del pueblo más cercano y que se encontraba sola cuidando de su familia, pues “(...) su esposo se encontraba entre la vida y la muerte”.

Respecto a la demora en la presentación personal del poder, la señora Amaya González, relató en su escrito de tutela, que tal situación obedeció a “(...) las condiciones hostiles de la selva, la falta de recursos económicos para viajar al pueblo toda vez que [su] esposo era quien cosechaba y vendía el pescado y carne fruto de la caza, además que [se] encontraba en estado de embarazo y con preclancia (sic)”.

De conformidad con lo relatado, si bien la actora simplemente hizo alusión a la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y de defensa, de los cargos expuestos se puede inferir que está alegando la existencia de un exceso ritual manifiesto.

La Corte Constitucional, sobre el tema mencionado, ha precisado:

“(...) por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas. Ahora bien, con fundamento en el derecho de acceso a la administración de justicia y en el principio de la prevalencia del derecho sustancial, esta Corporación ha sostenido que en una providencia judicial puede configurarse un defecto procedimental por “exceso ritual manifiesto” cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales”³. (Negrillas por fuera del texto)

Así las cosas, advierte esta Corporación que el Tribunal Administrativo del Meta, en la providencia atacada de 10 de diciembre de 2014, no se pronunció respecto al poder judicial radicado el 27 de junio de 2014, ante la Dirección Seccional de Administración Judicial de Villavicencio, el cual contaba con su respectiva presentación personal.

Adicionalmente, tampoco hizo referencia a la situación planteada por la actora en el mencionado escrito, en donde resaltaba los motivos de su demora. De esta manera, al haber confirmado el tribunal accionado el rechazo de la demanda, respecto a la señora Amaya González, **sin tener en cuenta las particularidades del caso** y el hecho de que la actora efectivamente radicó el 27 de junio de 2014, ante la Dirección Seccional de Administración Judicial de Villavicencio, el poder judicial con su respectiva presentación personal, demuestra un exceso ritual manifiesto.

Lo anterior, por cuanto la actora, además de ser un sujeto de especial protección constitucional, al ser una mujer indígena, se encontraba en una situación particular, toda vez que: i) vive en el resguardo indígena Cejal La Esperanza, del municipio de Cumaribo – Vichada, el cual se encuentra dentro de la selva, lejos del pueblo más cercano; ii) estaba sola y a cargo de sus hijas menores de edad; iii) su compañero se encontraba en un estado de salud delicado; iv) su situación económica era difícil debido a que su compañero era el que ganaba el sustento de su hogar y v) de acuerdo con lo expuesto en sede

2 Documento que fue remitido a la Secretaría del Tribunal Administrativo del Meta el 1 de julio de 2014. Visible a folio 4 del anexo.

3 Sentencia T-268 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

de tutela, si bien tal situación no fue alegada en sede ordinaria, se “encontraba en estado de embarazo y con preclancia (sic)”⁴.

Respecto de la situación descrita por la tutelante, la apoderada judicial de ésta, dentro del proceso de reparación directa, le comunicó al Despacho Ponente⁵ que la actora vive en un resguardo indígena que se encuentra supremamente lejos de la notaría más cercana, adicionalmente, que el mencionado trayecto “se demora cuatro días en canoa, pues la señora, por cuenta del estado de salud de su compañero, que era el que ganaba el sustento, vendió el motor que tenía para poder comprar alimentos y suplir necesidades”.

Igualmente, puso de presente que la señora Amaya González, en el momento en que se presentó la demanda, se encontraba sola a cargo de sus tres hijas menores, en atención a que su compañero “estuvo hospitalizado por un periodo de tiempo de más de dos años, primero en la ciudad de Villavicencio y luego en el Hospital Universitario de la Samaritana de Bogotá, tiempo en el cual no se vieron debido a los problemas económicos y de desplazamiento”.

Frente a la comunicación con la accionante, indicó que era supremamente difícil, en atención a que los celulares no tienen señal en el resguardo, así, para poder enviarles un mensaje “(...) toca enviar un correo electrónico al Hotel Toninas (toninashotel@hotmail.es), en donde reproducen por megáfono los mensajes, pero está sujeto a que alguno de los indígenas vaya a Inírida para que le puedan transmitir la comunicación”. Escenario que se corrobora en sede de tutela, toda vez que no ha sido posible comunicarse con la accionante, en atención a que no tiene dirección y el número de celular suministrado, para efectos de surtir las notificaciones, se encuentra apagado.

Así las cosas, observa esta Corporación que la situación particular de la peticionaria, tanto geográfica como familiar, lleva a concluir que el término de diez días otorgado para la subsanación de la demanda resultaba insuficiente.

*Sumado a lo anterior, la accionante efectivamente radicó el 27 de junio de 2014, ante la Dirección Seccional de Administración Judicial de Villavicencio, el poder judicial con su respectiva presentación personal, lo que quiere decir que **si bien no lo hizo dentro de la oportunidad procesal, la autoridad judicial acconada, antes de proferir el auto acusado, tenía en su poder el respectivo documento, lo que significa que tuvo certeza sobre qué persona era la que estaba demandando, lo cual es en últimas la finalidad de la ritualidad exigida.***

*Frente al punto, es importante precisar que si bien el tribunal demandado actuó conforme a las ritualidades procesales previstas en la ley, toda vez que aplicó la causal de rechazo por no subsanar la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida, lo que quiere decir que, en principio, su actuación estuvo ajustada a derecho, en el presente caso, **en aplicación de la prevalencia del derecho de acceso a la administración de justicia sobre las formalidades procesales, el amparo es procedente en atención a las circunstancias excepcionales del asunto.***

De esta manera, resulta cardinal reiterar que la actora es un sujeto de especial protección constitucional, a quien le asiste un principio de protección reforzada, motivo por el cual se exige un mayor cuidado por parte de los jueces a quienes corresponda conocer de los procesos en los que éstos sean parte.

*De conformidad con lo expuesto, esta Sala amparará el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la señora Gloria Amaya González, **no sin antes aclarar que el amparo se otorga no solo por ser la peticionaria una mujer indígena, sino también por sus circunstancias especiales que le imposibilitaron corregir o suplir la falencia de la presentación***

⁴ Observa esta Sección que el embarazo de la actora fue en la época de ocurrencia de los hechos, a saber, en el año 2011.

⁵ El Magistrado Ponente se puso en contacto con la apoderada judicial de la actora, dentro del proceso ordinario, el día 21 de junio de 2016, en atención a que no fue posible la comunicación con la accionante directamente.

personal del poder que se concretan en: i) La situación de aislamiento geográfico y de comunicaciones en la que se encuentra su residencia; ii) la condición de cabeza de familia respecto de sus 3 hijas en la que se encontraba precisamente como consecuencia del grave estado de salud en que quedó su esposo luego de recibir heridas que condujeron a la demanda de reparación directa de marras; iii) la condición de embarazo; y, iv) las complicaciones que se le presentaron a su condición de embarazo.

*Igualmente, se reitera que la protección constitucional dispuesta **no quiere decir** que siempre que el juez ordinario exija el cumplimiento de ciertos requisitos legales procedimentales, como la presentación personal en el poder judicial, incurre en un exceso ritual manifiesto, toda vez que lo que sucede en este caso, es que el juez debió valorar las particularidades de las condiciones que alegó la accionante y no simplemente limitar su actuación a la aplicación de la norma de rechazo.*

En consecuencia, esta Sala dejará sin efectos el auto de 10 de diciembre de 2014, dictado por el Tribunal Administrativo del Meta, dentro del proceso de reparación directa No. 2013-00537.

Asimismo, ordenará al tribunal accionado que profiera una decisión de reemplazo en la que se observen los lineamientos de esta providencia, y, que en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de la actora, le ordené al Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Villavicencio, i) admitir la demanda respecto a la señora Gloria Amaya González y ii) que se continúe el trámite de la misma, teniendo a la señora Amaya González como demandante en el proceso de reparación directa No. 2013-00537, el cual, según el sistema de consulta Siglo XXI, se encuentra en decreto de pruebas⁶.”

Decisión: “AMPARAR el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la señora Gloria Amaya González.

DEJAR SIN EFECTOS el auto de 10 de diciembre de 2014, dictado por el Tribunal Administrativo del Meta, dentro del proceso de reparación directa No. 2013-00537.

ORDENAR al Tribunal Administrativo del Meta que profiera una decisión de reemplazo en la que se observen los lineamientos de esta providencia, y, que en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de la actora, le ordené al Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Villavicencio, i) admitir la demanda respecto a la señora Gloria Amaya González y ii) que se continúe el trámite de la misma, teniendo a la señora Amaya González como demandante en el proceso de reparación directa No. 2013-00537, el cual, según el sistema de consulta Siglo XXI, se encuentra en decreto de pruebas.

NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente de su ejecutoria”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

⁶ En atención a que la demanda siguió en curso respecto a los demás demandantes.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 50001-23-33-000-2016-00507-01(AC)

Actor: RESGUARDO INDÍGENA ALTO UNUMA - META

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS

Asunto: Providencia que ampara los derechos fundamentales del Resguardo accionante por no haber realizado la consulta previa correspondiente y ordena al Ministerio del Interior adoptar medidas de reparación para proteger actualmente y, en lo sucesivo, los derechos de la comunidad.

Extracto: “(...) 2.7.5. A juicio de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el caso sub examine se vulneraron los derechos fundamentales del Resguardo Indígena ALTO UNUMA; esto de conformidad con las razones que pasan a explicarse:

2.7.5.1. Primero, considera la Sala fundamental resaltar que, contrario a lo que afirman las demandadas, se cumple con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad que caracterizan a la acción de tutela.

En relación con el primer elemento –inmediatez– se considera, como lo ha hecho la Corte Constitucional en asuntos similares a este, que el paso de un tiempo prolongado entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción de tutela resulta admisible siempre que se presenten dos circunstancias: (i) cuando se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo y (ii) cuando se pueda establecer que “la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”.

De cara al presente asunto, se tiene que la afectación a los derechos fundamentales del resguardo indígena es actual e incluso puede agravarse con el paso del tiempo debido a la construcción paulatina y ampliación de las licencias y proyectos de explotación de Campo Rubiales.

Ahora bien, en relación con el requisito de subsidiariedad, la Sección Quinta, en sentencia de 4 de agosto de 2016¹ (Rad. No. 25000-23-41-000-2015-00873-01. Accionantes: Comunidad Muisca de Bosa) con ponencia de la doctora Rocío Araujo Oñate, precisó que, cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la consulta previa, el medio de defensa judicial a emplear es la acción de tutela, “incluso ante la existencia de otros medios de defensa judicial, lo cierto es que en casos como el sub judice en los que se pretende la tutela del derecho a la consulta previa, la protección debe darse de forma definitiva, y en el evento en que se requiera la suspensión de los efectos de un acto administrativo, como medida tutelar de protección de un derecho fundamental, ella deberá extenderse por el tiempo que tome restablecer el derecho vulnerado”.

2.7.5.2. Segundo, resulta indiscutible que a la fecha en la que se profiere la sentencia de tutela dentro del caso de la referencia, NO se ha adelantado trámite de consulta previa con las comunidades de integran el Resguardo Indígena ALTO UNUMA, esto, debido a que las autoridades encargadas de conceder la Licencia Ambiental Global (Resolución No. 0233 del 16 de marzo de 2001 y sus modificaciones),

¹ En esta sentencia se indicó “De esta forma, en lo sucesivo, la Sala entiende que, en los casos de acciones de tutelas que buscan la protección del derecho fundamental a la consulta previa, y en los cuales exista un acto administrativo que se presume afecta dicha prerrogativa de las minorías étnicas, la misma es procedente a pesar de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, siendo el amparo que se otorgue, de prosperar el mismo, definitivo, ello sin perjuicio de que se pueda acudir posteriormente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con las consecuencias jurídicas que ello traería.

han contado con las certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior, según las cuales, no existe presencia del ente colectivo en el área de influencia del campo petrolero.

Las certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior, por medio de las cuales, se ha indicado que NO existe presencia del resguardo indígena accionante datan de 28 de noviembre de 1996, 23 de marzo de 2004, 7 de julio de 2008 y de 30 de julio de 2014. (...)

Un estudio juicioso de las actas de verificación y certificaciones permite concluir a la Sección Quinta que: (i) no existe certeza de los parámetros adoptados por el Ministerio del Interior para la elaboración de la certificación de 28 de noviembre de 1996, tampoco de las áreas visitadas ni de los participantes en el proceso; (ii) en la visita realizada el 23 de marzo de 2004, no se recorrió la totalidad del territorio o aérea de influencia, es más se indica que se visitaron 2 puntos “la comunidad Saravia, punto con coordenadas: N 906.738, E 972.270 y el segundo en cercanías al pozo Rb-34 con coordenadas N 905.952, E 963.458; ambos ubicados en el área de ampliación del Campo Rubiales”, esto en atención a problemas de orden público, cuestión que no exoneraba a las entidades estatales de realizar una visita completa con acompañamiento de la fuerza pública o una vez cesara la situación de alteración; (iii) en la visita realizada del 7 al 12 de mayo de 2008 se indicó que el recorrido por tierra se realizó únicamente por “los vértices del polígono”; (iv) la certificación de 30 de julio de 2014 correspondió a un ejercicio cartográfico, sin revisión en campo, en la medida en la que el área de influencia del proyecto no se veían afectada.

Además de lo anterior, resulta claro para la Sala que (v) en las certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior no se hace referencia alguna a una verificación en campo que permita señalar con grado de certeza que esta etnia NO desarrollara actividades de uso o costumbres (por ejemplo cultivos o rituales) o transitara en las mismas áreas de interés, esto atendiendo a la relación especial de las comunidades indígenas con “territorio tradicional y ancestral”.

2.7.5.3. Tercero, no puede desconocer la Sala que dentro del trámite para adelantar la consulta previa es necesario e indispensable que medie la certificación de la presencia de comunidades indígena o tribal en el área de influencia del proyecto a realizar.

En relación con este específico trámite –certificación sobre la presencia de la comunidad étnica- es menester reiterar que la jurisprudencia constitucional desde el año 2003, con la sentencia de unificación número 380, señaló que el concepto de la propiedad colectiva depende de “la estrecha relación que existe entre los indígenas y el territorio por ser el espacio donde desarrollan su identidad cultural y social, fue abordado por el Convenio 169 en la parte II, haciendo referencia a ‘Tierras’.

Por ello, la protección frente a la posible afectación por las medidas administrativas que generan impacto sobre su autonomía, diversidad e idiosincrasia y, la consecuente verificación de la incidencia de las mismas involucra los territorios tradicionales y ancestrales, en atención a la relación espiritual y ancestral que existe con la tierra, por ser el lugar donde desarrollan sus actividades culturales, religiosas y económicas de acuerdo con sus tradiciones y costumbres, de modo que el concepto va más allá del título de propiedad.

La jurisprudencia constitucional ha identificado dos niveles de afectación en el caso de las comunidades indígenas y tribales: “de un lado, el que corresponde a la definición de aquellas políticas y programas que de alguna manera les conciernen, caso en el cual existe un derecho general de participación; y, del otro, el que se refiere al establecimiento de medidas legislativas o administrativas que los afectan directamente, evento en el que surge entonces la obligación de efectuar el proceso de consulta previa”².

En la sentencia C-175 de 2009 la Corte precisó: “en lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a

2 T-857 de 2014.

las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas”. En igual sentido agregó que ‘es un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación antes enunciados, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas. Existe, en relación con esas medidas, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y afro descendientes a la consulta previa y un deber estatal correlativo de llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que, habida cuenta su contenido material, les conciernen”.

*En tal medida, la protección y verificación no se limita a las áreas reconocidas oficialmente por el Gobierno Nacional como pertenecientes a la grupo étnico sino que se extiende a lugares sagrados, de uso y paso en los que la comunidad se desarrolla. Sobre el punto, debe recordarse que la Corte Constitucional ha considerado que el concepto amplio de territorio indígena y su protección especial cuando se trata de áreas sagradas y de importancia cultural para las comunidades, **incluso cuando se trata de zonas fuera de los resguardos titularizados.***

Con el objetivo de certificar la presencia de comunidades étnicas, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior está facultada para (T-313 de 2016): (i) requerir al solicitante para que suministre la información que la entidad considere necesaria, con el fin establecer el área de influencia directa del proyecto; (ii) valerse, entre otras fuentes de información, de las bases de datos sobre resguardos indígenas y títulos colectivos de comunidades negras del INCODER en liquidación, o de la información sobre el carácter urbano o rural de un predio según el Esquema de Ordenamiento Territorial, el Plan Básico de Ordenamiento Territorial o el Plan de Ordenamiento Territorial que suministren las autoridades municipales o distritales; (iii) realizar verificaciones de campo, cuando la información suministrada por otras entidades o por el solicitante no sea suficiente para determinar la presencia de comunidades étnicas.

*Así pues, como se ha indicado en la sentencia T-693 de 2011, el **Ministerio del Interior**, a través de su Dirección de Consulta Previa, **al efectuar las verificaciones de campo para establecer el área de influencia de un proyecto, debe realizar una constatación empírica de la existencia de la comunidad que no se debe agotar “en la presencia física o en la residencia, sino en el desarrollo actual y regular de prácticas tradicionales de supervivencia o simbólicas, tales como la caza, la pesca, la recolección de frutos, la práctica de rituales, entre otras más.”***

Es precisamente este punto fundamental de debate propuesto por el resguardo demandante, que las actividades y proyectos económicos desplegadas en su territorio tradicional y ancestral no han sido objeto de consulta previa, esto, como consecuencia de certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior que indican que no hay presencia de la comunidad Resguardo Indígena ALTO UNUMA en el área de influencia de Campo Rubiales, las cuales, a juicio de la parte actora, se sustentan en visitas realizadas con verificaciones incompletas.

*Sobre el particular, **debe insistir la Sala en que la verificación de la relación de grupo con su territorio tradicional y ancestral comprende no solo la comprobación de asentamientos físicos, sino además, de existencia de lugares sagrados y de paso, localizados incluso fuera del área titularizada del resguardo. Por ello, se considera que en los casos en los que el Ministerio del Interior no lleva a cabo tal verificación en campo, de acuerdo con los criterios fijados por la Corte Constitucional y contenidos en la Directiva Presidencial No. 10 de 2013 “Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa”, conduce a la vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad indígena.***

*Para la Sala, del análisis efectuado hasta aquí y, específicamente en el punto 2.7.5.2. de esta providencia, en relación con las certificaciones expedidas por el **Ministerio del Interior**, resulta palmario que esta cartera **incumplió con su deber de realizar una visita de campo con las mencionadas características, que, además, atendiera a la condición de grupo “seminómada” alegado por la parte actora y la afectación de los recursos hídricos que invoca la comunidad, esto, a fin de determinar si procede o no la realización de una consulta previa.***

2.7.5.4. Cuarto, en virtud de lo hasta aquí expuesto, para la Sala resulta imperioso **AMPARAR** los derechos fundamentales del Resguardo Indígena ALTO UNUMA, esto con el fin de que se realice por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior una **verificación en campo** que satisfaga los criterios trazados por la Corte Constitucional y fijados en la Directiva Presidencial No. 10 de 2013, que atienda a la condición de grupo “seminómada” alegado por la parte actora y la afectación de los recursos hídricos que invoca la comunidad.

Esto es, que se inicie el cumplimiento al Protocolo sobre consulta previa expedido mediante la directiva mencionada, a partir de la ETAPA 1 “Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa”, esto a efectos de establecer la presencia de la Comunidad Accionante, no sólo en asentamientos físicos, sino también, en lugares que para ellos representen sitios sagrados o de paso.

Para tal fin, la mencionada dependencia debe contar con el acompañamiento del Instituto Colombiano de Antropología e Historia³ –ICANH- establecimiento público encargado de fomentar la realización, la publicación y la divulgación de investigaciones antropológicas, arqueológicas, históricas y sobre el patrimonio cultural de la Nación, con el fin de que este contribuya con la verificación de la información suministrada por el Resguardo Indígena ALTO UNUMA en relación con su tradición seminómada, costumbres, prácticas sagradas y actividades de supervivencia física, cultural, social y económica.

De igual forma, las visitas de campo deben contar con la presencia del Capitán Mayor del Resguardo ALTO UNUMA y, dependiendo del territorio que se visite con la presencia de los Capitanes Menores de cada una de la 46 comunidades que integran el resguardo, de forma que se garantice la presencia de sus integrantes.

Adicionalmente, atendiendo a la denuncia que presenta la parte actora en relación con la afectación de las fuentes hídricas como consecuencia de la explotación petrolera, deberá acompañar el proceso de verificación las entidades que conforma el SINA⁴ – Sistema Nacional Ambiental –, esto es, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la CORPORINOQUÍA –Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía.

Asimismo, se ordenará a la Defensoría del Pueblo que en ejercicio de las funciones asignadas por el artículo 282 de la Constitución Política, asesore y acompañe al Resguardo Indígena ALTO UNUMA en el proceso de “Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa”, para el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales que en esta providencia se protegen.

2.7.5.5. Finalmente, el Consejo de Estado, Sección Quinta debe señalar que si bien es cierto a este punto no es posible adelantar una consulta que puede denominarse en estricto sentido previa, porque las obras de construcción e instalación del campo petrolero ya culminaron, en este caso hay lugar a adoptar medidas de reparación para proteger actualmente y, en lo sucesivo, los derechos de la comunidad indígena ALTO UNUMA teniendo en cuenta que “la lesión de la integridad cultural de la comunidad continua vigente en la medida que el uso de su territorio ancestral [puede verse] afectado y limitado”.

3 De acuerdo con el Decreto 2667 de 1999 el Instituto Colombiano de Antropología e Historia es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Cultura dotado de personería jurídica, con patrimonio independiente, autonomía administrativa y financiera y de carácter científico. Fue creado con el objeto de fomentar la realización, la publicación y la divulgación de investigaciones antropológicas, arqueológicas, históricas y sobre el patrimonio cultural de la Nación.

4 Ley 99 de 1993 “por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”.

Alberto Yepes Barreiro

Sobre la posibilidad de adelantar consultas previas con “carácter posterior” con miras a adoptar medidas de reparación, pueden consultarse entre otras, las sentencias T- 693 de 2011, T-462A de 2014 y T-005 de 2016. (...)

Decisión: “REVOCAR la sentencia de 1° de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta que negó el amparo solicitado, para en su lugar, TUTELAR el derecho fundamental a la consulta del Resguardo Indígena ALTO UNUMA de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia,

ORDENAR al Ministro del Interior - Dirección de Consulta Previa que, en el término de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de esta providencia, inicie el estricto cumplimiento del Protocolo sobre consulta previa contenido en la Directiva Presidencial No. 10 de 2013, ETAPA 1 “Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa”, en virtud del cual, deberá verificar la existencia de asentamientos físicos de la etnia indígena tutelante, la ubicación de sus lugares sagrados y de paso, incluso en terrenos que se encuentren fuera del resguardo titularizado, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

Para ello, en un término máximo de tres (3) meses contados a partir de la notificación de esta providencia, la dirección deberá realizar verificaciones de campo con el acompañamiento del ICANH, del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de CORPORINOQUÍA y de los Capitanes Mayor y Menores de las comunidades que integran el Resguardo Indígena ALTO UNUMA, esto, a efectos de determinar si existe presencia de este grupo étnico en los terrenos de Campo Rubiales que operan con sustento en la Licencia Ambiental concedida por la Resolución No. 0233 del 16 de marzo de 2001 y todas sus modificaciones.

En caso de que se compruebe que la mencionada comunidad hace presencia en dicha área, se deberá INICIAR el proceso de consulta, siguiendo el protocolo adoptado en la Directiva Presidencial citada en párrafos anteriores, con el fin de determinar las medidas de reparación al impacto físico, cultural, social y económico de las comunidades que integran el Resguardo Indígena ALTO UNUMA, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

ORDENAR a la Defensoría del Pueblo que en ejercicio de las funciones asignadas por el artículo 282 de la Constitución Política, asesore y acompañe al Resguardo Indígena ALTO UNUMA en el proceso de “Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa”, para el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales que en esta providencia se protegen.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00635-01(AC)

Actor: DEFENSORÍA DEL PUEBLO, REGIONAL BOLÍVAR, EN REPRESENTACIÓN DEL ADOLESCENTE ARIS BELLO MARTÍNEZ

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTROS

Asunto: Tutela que ampara los derechos fundamentales del joven accionante y ordena su inclusión en el programa ser pilo paga 3 en consideración a que el incumplimiento del requisito de estar inscrito en el SISBEN a la fecha de corte del programa, no le es atribuible a él sino a la administración, por lo que no puede verse afectado por una conducta omisiva de las entidades responsables de llevar el mencionado registro.

Extracto: “2.4. Del derecho a la educación y su carácter de prestacional

El derecho a la educación, en principio, hace parte del catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, la Corte Constitucional le ha otorgado el carácter de fundamental cuando quien exige el servicio educativo es un menor de edad o cuando la amenaza del derecho en comento aparece la vulneración de otros derechos.¹ Esto último ocurre cuando la educación se torna en el mecanismo idóneo para lograr la efectividad de otros derechos fundamentales y el desarrollo individual y social de cada persona.² De resto, se tiene que la educación ostenta el carácter de prestacional.

El concepto de derecho prestacional implica que el Estado, por medio de las autoridades competentes, está en el deber de dar o hacer. Dicha noción se opone a la de derechos y libertades públicas, en cuanto, en tratándose de estas, la administración tiene el deber de no hacer, es decir, de abstenerse.³

En ese orden de ideas, el derecho a la educación, en tanto prestacional, implica que el Estado debe diseñar e implementar políticas que permitan que las personas tengan cada vez más y mejor acceso (progresividad) a los programas de formación educativa.

En materia de educación superior, el Estado tiene el deber constitucional consistente en “facilitar mecanismos financieros que hagan posible el acceso a la educación superior, de manera que, por esta vía, el Estado tienda progresivamente a la provisión de mecanismos para que los asociados puedan realizarse personal y profesionalmente”.⁴

Dentro de los mecanismos existentes para garantizar el acceso a la educación superior, para efectos del sub examine, se encuentran los programas de crédito educativo condonables implementados por el Gobierno Nacional denominados i) “Ser pilo paga 2” y ii) el del “Fondo de Reparación para el Acceso Permanencia y Graduación en Educación Superior de la Población Víctima del Conflicto Armado

1 Corte Constitucional. Sentencias T-743/2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-306/2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, y T-779/2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

2 “De lo anterior se colige que se le ha otorgado a la educación el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata, que le permite a los individuos acceder a un proceso de formación personal, social y cultural de carácter permanente, que debe ser garantizado y promovido por el Estado, la sociedad y la familia, sin que resulte admisible aceptar ningún tipo de restricción o desconocimiento que impida su ejercicio”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 28 de julio de 2016, Expediente No. 2016-2734-01, C.P. Rocío Araujo Oñate

3 Corte Constitucional. Sentencia T-571/1992, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein

4 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 8 de octubre de 2015. Expediente No. 2015-0328-01, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés

Convocatoria 2016 – 2”, que parten de la celebración de convenios con universidades de alta calidad, que tienen como fin que los mejores estudiantes de último grado de educación media, que sean de escasos recursos económicos y, como el último en mención, ser víctimas de la violencia, tengan la posibilidad de acceder a estudios de pregrado universitario.

De lo brevemente expuesto, se puede concluir que si bien el derecho a la educación puede catalogarse como fundamental en determinadas circunstancias, también este conserva su carácter de prestacional en lo que se refiere a programas tales como “Ser pilo paga 2” y del “Fondo de Reparación para el Acceso Permanencia y Graduación en Educación Superior de la Población Víctima del Conflicto Armado Convocatoria 2016 – 2”. En ese orden de ideas, el acceso en comento se va otorgando progresivamente, esto es, mientras las entidades a cargo de los programas de inclusión van mejorando las condiciones de estos en términos de cobertura y calidad.

2.5. Razonabilidad de la exigencia del cumplimiento de requisitos para acceder al programa “Ser pilo paga 2”

En consonancia con lo explicado, se tiene que de manera general, para beneficiarse de los programas que buscan mejorar el acceso a la educación superior, se debe cumplir con unos requisitos.

Estos se han establecido dada la escasez de los recursos que financian los cupos a otorgar y con el fin de cumplir con el propósito de otorgar los privilegios del caso a los mejores aspirantes. De ese modo, los requerimientos exigidos buscan que la distribución de las becas obedezca a parámetros de justicia y equidad. Asimismo, tiene el objetivo de que la repartición en mención se haga en igualdad de condiciones.

*Para poder acceder al beneficio otorgado por el programa “Ser Pilo Paga 2” se debía cumplir una serie de requisitos: i) Haber presentado la prueba Saber 11 el 2 de agosto de 2015 y haber obtenido un resultado global superior a treientos dieciocho (318) puntos; **ii) tener un puntaje específico individual del Sisben, según la ubicación geográfica con corte respectivo al 19 de junio de 2015 (máximo cincuenta y siete coma veintitún (57,21) puntos)**; y iii) haber sido admitido en un programa curricular en una de las instituciones de educación superior inscritas en el programa.⁵*

De acuerdo con lo anterior, la base nacional certificada del Sisben se tomó como uno de los criterios de selección.

Al respecto, se tiene que el Sisben es concebido como una herramienta compuesta por un conjunto de reglas, normas y procedimientos para obtener información socioeconómica confiable y actualizada. Por tanto, lo “que se busca con la información que arroja el Sisben es focalizar el gasto público para de esta manera garantizar que el gasto social sea asignado a los grupos poblacionales más pobres y vulnerables”.⁶ Así, uno de los objetivos centrales es el establecimiento de una serie de mecanismos equitativos de selección que permiten identificar los potenciales beneficiarios de programas sociales en las áreas de salud, bienestar social y educación. (...)

Conforme con lo anterior, la Sala observa que el requisito de figurar en las bases de datos del Sisben cumple un objetivo constitucionalmente válido, puesto que está compuesto por unos criterios objetivos de medición que permiten acceder, en calidad de beneficiario, a los subsidios establecidos en los programas sociales ofertados.

5 Disponible en <http://www.ICETEX.go.co/dnnpro5/es-co/cr%A9ditoeducativo/pregrado.aspx>

6 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 24 de febrero de 2016, Expediente No. 2015-2194-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve

2.6. Población desplazada, sujetos de especial protección

En atención a que en el presente asunto nos encontramos frente a un adolescente víctima de desplazamiento forzado, la Sala considera pertinente indicar que la Corte Constitucional⁷ reconoció la existencia de una vulneración sistemática a los derechos fundamentales de la población desplazada, declarando el estado de cosas inconstitucional y reconociendo el correspondiente deber estatal de atender los requerimientos de estas personas y sus núcleos familiares con un elevado grado de diligencia, celeridad y efectividad, buscando evitar una mayor afectación y una desprotección absoluta a quienes, por consecuencia del conflicto, se vieron obligados a dejar atrás sus lugares de origen, migrando a ciudades, donde no lograron asentarse completamente.

Asimismo, el máximo Tribunal Constitucional ha promovido la sensibilización de la sociedad colombiana ante esa tragedia para evitar que se siga victimizando a la población civil. Así, indicó que el desplazamiento forzado marcó el sendero del país para las próximas décadas, pues la agenda política del Estado, en donde se encuentra la educación, debe estar inclinada a su solución y el deber de darle prioridad sobre muchos otros tópicos. (...)

De acuerdo con lo anterior se tiene que válidamente las personas desplazadas por la violencia pueden acudir a la acción de tutela con el fin de solicitar la protección de su derecho a la educación y el juez constitucional, según el análisis que realice de las circunstancias fácticas propias de cada caso, debe realizar un juicio de ponderación en el que determine si por excepción y en atención a la primacía del derecho sustancial frente a las formas, considera que amerita o no la protección del derecho fundamental alegado, toda vez que son sujetos de especial protección.

2.7. Caso concreto

(...) En criterio de esta Sección la Sala contrario a lo concluido por el Tribunal Administrativo de Bolívar y como acertadamente lo indicó el Ministerio impugnante, no es posible incluir al adolescente Aris Bello Martínez en el programa del “Fondo de Reparación para el Acceso, Permanencia y Graduación en Educación Superior para la Población Víctima del Conflicto Armado en Colombia”, por cuanto en el expediente si bien obra prueba de que el actor tiene la calidad de víctima de desplazamiento forzado, no puede predicarse, que por esa misma circunstancia, pertenezca a alguno de los grupos, esto es, de reparación colectiva, mesas de participación de víctimas o sentencia de justicia y paz, contenidos en el ítem de calificación denominado “reparación” y que permitan sumarle dos (2) puntos a la calificación de 69 inicialmente obtenida. Máxime si se tiene en cuenta que de confirmar la orden implicaría la vulneración del derecho fundamental a la igualdad de otras víctimas de desplazamiento forzado en consecución del mismo tipo de crédito educativo.

No obstante, la Sala considera que sí podría ordenarse la inclusión del adolescente accionante al programa “Ser Pilo Paga” en atención a lo siguiente:

Una vez revisado los antecedentes y las pruebas allegadas a este expediente, la Sala encuentra que en el sub lite, en relación con las exigencias señaladas para ser beneficiario del programa “Ser Pilo Paga 2”, ocurrió lo siguiente:

i) El tutelante presentó el 2 de agosto de 2015 el Examen de Estado – Prueba Saber 11, por lo que cumple con dicho requisito.

ii) Según informe individual de resultados de las referidas pruebas, obtuvo un puntaje global de treientos treinta y cuatro (334) puntos y ocupó el puesto cincuenta y uno (51), por lo que también cumple.

⁷ Sentencias T-227 de 1997, T-1635 de 2000, SU-1150 de 2000, T-327 de 2001, T- 215 de 2002, T-419 de 2004, T-358 de 2008, T-1034 de 2008, T-448 de 2010 y T-1044 de 2010, entre otras.

iii) *Obtuvo un puntaje individual de 3,007 en la base de datos del Sisben. Sin embargo, al momento en el cual el ICETEX validó la base de datos, con corte del 19 de junio de 2015, no aparecía el registro correspondiente, el cual sólo figuró hasta el 23 de junio de 2016, es decir, posteriormente al plazo establecido en los requisitos para acceder al beneficio educativo, por lo que no lo cumpliría.*

iv) *Acreditó ante las accionadas haber sido aceptado a un programa de pregrado en una de las instituciones universitarias inscritas en el programa de becas y, de hecho, a la carrera de ingeniería electrónica, a la cual se inscribió en la Universidad Tecnológica de Bolívar, por lo que cumple dicho requisito.*

Conforme a lo anterior, la Sala observa que el accionante no superó uno de los requisitos para acceder al programa “Ser pilo paga 2”. En suma, porque la información del actor no estaba en la base de datos del Sisben para el corte del 19 de junio de 2015.

Sin embargo, de los requerimientos efectuados en segunda instancia, puede determinarse que las razones por las cuales el adolescente Aris Bello Martínez no figuraba en las bases de datos del Sisben, a corte del 19 de junio de 2015, no pueden atribuírsele a la parte actora por cuanto, como lo informó la señora Nancire Martínez Beltrán, madre del joven Aris Bello Martínez, antes del corte de 19 de junio de 2015, se acercó “a la oficina del Sisben ubicada en la alcaldía local No. 2 en el barrio Chiquinquirá, para solicitar la inclusión de mi familia en la base de datos del Sisben, ante tal solicitud me informaron que nosotros los desplazados no podemos estar afiliados a dos regímenes, por ese motivo no pude sacar el Sisben. No convencida por lo manifestado por los funcionarios, me acerque al punto de atención a víctimas donde me manifestaron lo mismo. (...)” (subraya la Sala)⁸.

De acuerdo con lo anterior, para la Sala la referida circunstancia no permitió que el joven Aris Bello Martínez figurara en las bases de datos del Sisben, a corte del 19 de junio de 2015 y de contera que no pudiera acceder al programa “Ser pilo paga 2”. Máxime si se tiene en cuenta que las autoridades demandadas, a pesar de los requerimientos efectuados en segunda instancia, no aportaron elementos que llevaran a una conclusión diferente del por qué el adolescente tutelante no figurara en el Sisben.

Así las cosas, al realizar un juicio de ponderación de las circunstancias fácticas que rodean el presente asunto, la Sala considera que prima y debe atenderse: 1) el hecho de que el no estar inscrito en el Sisben a corte del 19 de junio de 2015 no puede atribuírsele al tutelante, 2) la condición de desplazado por la violencia y 3) la calidad de sujeto de especial protección del accionante, frente al cumplimiento de figurar en la base de datos del Sisben para el corte del 19 de junio de 2015, lo cual, actualmente, cumple y que desvirtúa el hecho de que el Sisben y el RUV sean incompatibles.

En efecto, evidencia la Sala que en el presente asunto, existen elementos de juicio a partir de los cuales puede establecerse que si bien el adolescente Aris Bello Martínez no cumplió con el requisito de estar inscrito en la base certificada del Sisben, con corte de 19 de junio de 2015, y que por regla general eso es razón suficiente para no acceder al beneficio referido, lo cierto es que amerita una especial protección y la adopción de medidas que garanticen su ingreso a la educación superior por medio del programa “Ser Pilo Paga”. Máxime si se tiene en cuenta el hecho de que las accionadas negaron los dos programas de crédito y, por tanto, el derecho a la educación del accionante fue desprotegido, razón por la cual será confirmado el amparo decretado en primera instancia.

En conclusión, para la debe incluirse al adolescente actor en el programa “Ser Pilo Paga”. Por tanto, en atención al efecto útil de la sentencia, pues no pierde de vista la Sala que el programa “Ser Pilo Paga 2” ha avanzado en su ejecución y está ad portas de culminar, tan es así que se encuentra en trámite el Programa “Ser Pilo Paga 3” en el cual las autoridades accionadas pueden vincular eficazmente al actor, sin que el derecho a la educación sea desprotegido, modificará el numeral segundo del fallo de primera instancia en lo referente a la inclusión del accionante en la lista de beneficiarios pero del programa

8 255 y 256.

“Ser Pilo Paga 3”, y se confirmarán las demás órdenes dictadas por el Tribunal Administrativo de Bolívar; de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.”

Decisión: “MODIFICAR el numeral segundo la sentencia de 27 de julio de 2016 del Tribunal Administrativo de Bolívar el cual quedará de la siguiente manera:

Como medida de protección, ORDENAR al Ministerio de Educación Nacional y al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior - ICETEX, que dentro del plazo de cinco (5) días contados desde la notificación de la presente providencia, incluyan al tutelante en el programa “Ser Pilo Paga 3” y, sin que se interrumpa o afecte el derecho a la educación del accionante, adopten todas las medidas necesarias para hacer efectivo el crédito ofrecido por dicho programa a Aris Bello Martínez. Cumplido lo anterior, adelanten las gestiones pertinentes para la asignación de los recursos y ayudas que ese programa contempla para sus favorecidos.

CONFIRMAR en lo demás la sentencia de 27 de julio de 2016 del Tribunal Administrativo de Bolívar, pero de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, previo envío de copia de la misma al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01830-01(AC)

Actor: JOSÉ ANDRÉS CUNI MORALES Y OTROS

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y OTROS

Asunto: Tutela que declara la carencia de objeto respecto de las deportaciones que se realizaron a un grupo de Cubanos, toda vez que lo se buscaba con la petición de amparo era evitar las deportaciones realizadas sin el seguimiento del debido proceso establecido para tal fin, lo cual ya había acontecido al momento de fallar en segunda instancia la acción. No obstante se advierte que efectivamente no se siguió el debido proceso y por ende se remiten copias a las entidades correspondientes para que se investiguen las irregulares actuaciones administrativas que se adelantaron con los actores.

Extracto: “2.5. *El derecho al debido proceso de los migrantes*”

La Constitución Política en el artículo 100 señala que los extranjeros en el País disfrutarán de los mismos derechos civiles que se les concede a los colombianos, sin embargo, por razones de orden público, la ley podrá subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Igualmente prevé la norma que éstos gozarán en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley. (...)

Por su parte, la Corte Constitucional en un sinnúmero de sentencias ha indicado que ni el legislador ni las autoridades administrativas pueden desconocer la vigencia y alcance de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, que son garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales, así el extranjero se encuentre en condiciones de permanencia irregular dentro del país (T-321 de 2005).

En relación específicamente con el debido proceso de los migrantes, indicó que es un deber para las autoridades públicas, que tratándose de trámites consulares surtidos ante el Estado colombiano, los extranjeros que no hablen ni comprendan el castellano, idioma oficial de Colombia, estén asistidos por un intérprete a fin de que puedan ejercer de manera efectiva sus derechos y velar por sus intereses.

En este sentido, en la sentencia T-338 de 2015, trajo a colación las consideraciones expuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 25 de noviembre de 2013, al resolver el caso “Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia”, (...)

2.7.5. Pues bien, para la Sección Quinta, la decisión de primera instancia debe revocarse para, en su lugar, declarar la carencia de objeto¹ de la acción de tutela por daño consumado respecto

1 La figura procesal de la cesación de la actuación está concebida para que opere únicamente cuando durante el trámite de la primera instancia, la situación, el hecho o la omisión que constituía la amenaza o la vulneración que alegó el tutelante como motivo para su reclamo de recibir amparo constitucional, dejó de presentarse, pues la autoridad pública o el particular según el caso, llevaron a cabo o detuvieron la actuación o el procedimiento causante del riesgo o la lesión al derecho fundamental. De este modo, por una especie de sustracción de materia sobre la cual llevar a cabo el examen y el pronunciamiento judicial, no tiene ya sentido ni razón de ser continuar el trámite de la tutela, cuyo motivo para instaurarla era precisamente obtener, a título de amparo, tal resultado, el que ya se produjo. Entonces, la consagración de la cesación de la actuación impugnada del artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, adicionada jurisprudencialmente con la expresión “por hecho superado”, presenta una lógica que parte de que sí existió, sí se presentó

de algunos de los acciones y negar el amparo en relación con otros, por las razones que pasan a explicarse:

Primero, encuentra la Sección que con la interposición del recurso de amparo constitucional los accionantes pretendían principalmente “la suspensión inmediata de la deportación por asuntos migratorios de los ciudadanos cubanos que se encuentran en el municipio de Turbo”.

Pues bien, de acuerdo con los informes rendidos por Migración Colombia, respecto de “ROBERTO POPA CARMEN ATEZ; YUDALBIS GONZALEZ; ABRAM ALMENAREZ BAPTIST; YOLEILI QUINTERO ROJAS (sin documento de identificación) Y ALEJANDRO MARTÍNEZ MAMERO”, no existe ningún proceso o sanción administrativa de carácter migratorio vigente, ni tampoco contra “ABRERIS ALMENARES RODRIGUEZ, ADALYS MENDEZ ROSALES y ADOM MENDEZ CRUZ” por ser menores de edad.

En tal medida, en relación con las personas de ciudadanía cubana que no tienen ningún procedimiento administrativo sancionatorio de carácter migratorio vigente, no puede predicarse la vulneración de los derechos fundamentales invocados en el escrito de tutela, razón suficiente para negar el amparo constitucional deprecado por ellos.

*Cuestión diferente sucede con los demás ciudadanos cubanos, frente a los cuales, se tiene plena certeza de que se agotó un procedimiento administrativo por parte de Migración Colombia que finalizó, en todos los casos, con la expedición de las resoluciones de deportación del territorio colombiano por ingreso y regular al país, respecto de los cuales se **declarará la carencia actual de objeto por daño consumado** como se explica en seguida.*

Segundo, la Sección encuentra que, tal como lo afirma la UAEMC, los ciudadanos cubanos sometidos al trámite administrativo migratorio fueron deportados del territorio colombiano, como consecuencia de un trámite administrativo adelantado durante los primeros días del mes de agosto de 2016, tal y como se puede verificar de los documentos allegados por la misma unidad. Lo anterior, además, deviene como lógico, si se tiene en cuenta que una vez les fue entregado el salvoconducto, estos, contaban con 5 días abandonar el territorio colombiano, siendo estas expedidas (las resoluciones de deportación y salvoconductos) el 9 de agosto de 2016.

En tal medida, considera la Sección que en el caso resultaría innecesaria e inútil cualquier orden que pudiera proferir el juez de tutela de primera instancia para la protección de las garantías fundamentales que los peticionarios invocaban como transgredidas pues, como se expuso en párrafos anteriores en esta providencia, la acción de tutela es un mecanismo inmediato de protección de derechos fundamentales mediante el cual se busca conjurar su vulneración o evitar que se materialice su amenaza y que las órdenes impartidas por los jueces constitucionales deben estar dotadas de eficacia material.

De esta manera, resultaría inane el análisis por parte de la Sala en torno a la vulneración de los derechos fundamentales de la parte actora, pues es claro que los ciudadanos que denunciaron la transgresión de sus derechos fundamentales por parte de UAEMC y la Policía Nacional fueron deportados y no se encuentran actualmente en territorio colombiano.

No obstante lo anterior, como se indicó en el acápite sobre carencia actual de objeto de esta providencia “no es perentorio para los jueces de instancia (...) incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo pueden hacerlo, sobre todo si consideran que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de

el motivo o la razón amenazante o trasgresora, pero sin embargo, no requirió de orden judicial para proteger el derecho fundamental que en efecto estuvo en riesgo o fue lesionado, pues antes de concluir el trámite tutelar con sentencia, se solucionó la situación pues dejó de tener presencia el hecho o la omisión causante de ello.

su repetición”, esta Sección considera cardinal resaltar que de las pruebas allegadas al expediente de tutela, se advierte una vulneración del derecho fundamental al debido proceso de los accionantes por las razones que pasan a explicarse:

De un lado, advierte la Sala que el procedimiento administrativo sancionatorio adelantado por la UAEMC se desarrolló, en los asuntos sustanciales, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1067 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores” y, en lo que respecta a los asuntos procedimentales con aplicación a las reglas dispuestas por el CPACA – Ley 1437 de 2011, cuestión que se verifica que los autos remitidos como prueba por la misma unidad.

Así pues, el Título III Capítulo III del CPACA establece unos términos para el desarrollo de las etapas del procedimiento administrativo, esto es, a manera enunciativa: (i) 15 días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, para que los investigados puedan presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer; (ii) máximo 30 días de periodo probatorio y, (iii) 10 día para rendir alegatos.

En el caso concreto, luego de analizar los expedientes administrativos allegados por la UAEMC, resulta palmario que en cada uno de los procedimientos administrativos migratorios adelantados contra los actores, el auto de apertura de la actuación administrativa, el auto de formulación de cargos y la resolución de deportación datan de la misma fecha y, en el marco del mismo, fueron suscritos por parte de los ciudadanos cubanos documentos de contenido idéntico en los que manifestaron renunciar a los términos del proceso, aceptaron los cargos que se les imputaron, desistieron de presentar recursos y solicitaron resolver la actuación administrativa migratoria. (...)

Por lo esbozado en precedencia, comparte esta Sección el exhorto hecho por el Tribunal Administrativo de Antioquia a la UAEMC para que, en lo sucesivo, cumplan con sus deberes constitucionales y legales, garanticen los derechos fundamentales de las personas extranjeras, especialmente el derecho fundamental al debido proceso. Pues si bien, en el caso concreto se configuró la carencia actual de objeto por daño consumado, no pueden pasar inadvertidas las irregularidades ocurridas en el procedimiento administrativo migratorio adelantado en contra de los accionantes.

Asimismo, se le advierte a Migración Colombia que en ningún caso podrá incurrir en las acciones dieron mérito al pronunciamiento a la Sección Quinta del Consejo de Estado en la presenta tutela².

En consecuencia, la Sala estima pertinente, compulsar copias del expediente a la Procuraduría General de la Nación para que investigue la conducta y posible responsabilidad disciplinaria de los funcionarios de Migración Colombia, que participaron en el procedimiento administrativo migratorio adelantado en contra de los ciudadanos cubanos deportados.

2.7. Conclusiones

De conformidad con lo expuesto en precedencia, la Sala revocará la sentencia de 18 de agosto de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia negó la acción de tutela para, en su lugar: declarar la carencia de objeto de la acción de tutela por daño consumado respecto

2 Sobre el particular, la Corte Constitucional ha indicado (sentencia T-358 de 2014) que en los casos en los que al momento de la interposición de la acción de tutela el daño ya está consumado “el/la juez/a de tutela deberá hacer, en la parte motiva de su sentencia, un análisis serio en el que demuestre la existencia de un verdadero daño consumado, al cabo del cual podrá, en la parte resolutive, declarar la improcedencia de la acción, sin hacer un análisis de fondo. Adicionalmente, si lo considera pertinente, procederá a compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los/las demandados/as cuya acción u omisión causó el daño e informar al actor/a o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para el resarcimiento del daño.”.

de los acciones sometidos al procedimiento administrativo migratorio y negar el amparo en relación con otros ciudadanos cubanos frente a los cuales no se agotó el mencionado trámite.

Asimismo, advertirá a Migración Colombia que ningún caso podrá incurrir en las acciones dieron mérito al pronunciamiento a la Sección Quinta del Consejo de Estado en la presenta tutela.

De igual forma, compulsará copias del expediente de tutela a la Procuraduría General de la Nación, para que investigue la conducta y posible responsabilidad disciplinaria de los funcionarios de Migración Colombia, que participaron en el procedimiento administrativo migratorio adelantado en contra de los ciudadanos cubanos deportados.

*Finalmente, resta a la Sección Quinta indicar, en relación con el cargo presentado en el escrito de tutela y reiterado en la impugnación, sobre la presunta vulneración de derechos fundamentales como consecuencia de la distribución del “**planfleto** repartido por la Policía Nacional y Migración Colombia que invita a los habitantes de Turbo – Antioquia a denunciar a los migrantes”, que no existe certeza en el caso acerca de la autoría del mismo y que, de su contenido, no puede desprenderse la transgresión a la garantías constitucionales que la parte actora alega, en la medida en que se limita a informar a la ciudadanía sobre la responsabilidad penal que puede generar el delito de tráfico de migrantes consagrado en el artículo 188 de la Ley 599 de 2009 – Código Penal.”*

Decisión: “REVOCAR el numeral primero de la sentencia de 23 de agosto de 2016 proferida por Tribunal Administrativo de Antioquia que negó el amparo de los derechos fundamentales de la parte actora para, en su lugar DECLARAR la carencia de objeto de la acción de tutela por daño consumado respecto de los acciones sometidos al procedimiento administrativo migratorio y NEGAR el amparo en relación con otros ciudadanos cubanos frente a los cuales no se agotó el mencionado trámite, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

CONFIRMAR el numeral tercero de la sentencia que EXHORTA la NACIÓN - Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, para que en lo sucesivo respeten al debido proceso sancionatorio en materia migratoria siguiendo las pautas establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, que en todo procedimiento relacionado con asuntos migratorios, deben asegurarle a los extranjeros la posibilidad real y efectiva de participar en el trámite consular, permitiéndoles solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través del servicio público gratuito de ser aplicable y en caso de necesitarlo podrán solicitar un traductor o intérprete; debe informárseles expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de su expulsión o deportación; se les debe dar la posibilidad de presentar recursos contra la decisión que les resulte desfavorable y, para ser deportados o expulsados debe mediar decisión fundamentada conforme al ordenamiento jurídico, debidamente notificada.

ADVERTIR a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, que en ningún caso podrá incurrir en las acciones dieron mérito al pronunciamiento a la Sección Quinta del Consejo de Estado en la presenta tutela.

COMPULSAR copias del expediente de tutela a la Procuraduría General de la Nación, para que investigue la conducta y posible responsabilidad disciplinaria de los funcionarios de Migración Colombia, que participaron en el procedimiento administrativo migratorio adelantado en contra de los ciudadanos cubanos deportados.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00155-01(AC)

Actor: COMUNIDAD INDÍGENA WAYUU EL DIVIDIVI

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS

Asunto: Providencia que ampara los derechos fundamentales de la Comunidad actora y ordena al Distrito de Riobacha su indemnización y compensación, además de realizar planes de mitigación y manejo ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, atendiendo al concepto de justicia ambiental en sus dimensiones distributiva y participativa, con ocasión de la construcción de un relleno sanitario en su territorio.

Extracto: “(. . .) **2.10.1.** En el caso sub examine, la comunidad indígena Wayuu Dividivi aseguró que sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, a la consulta previa, a la participación, al libre desarrollo de la personalidad, a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la conservación social, cultural y económica de la comunidad, al territorio colectivo ancestral, a la “conservación de las especies medicinales naturales y tradicionales, flora y fauna silvestre”, a la “integridad física”, a la “conservación del cosmos, de la espiritualidad” y a “vivir en paz social y comunitaria”.

A su juicio, la vulneración de las mencionadas garantías constitucionales proviene de la construcción del Relleno Sanitario de Riobacha en su territorio ancestral. Identificó dos asuntos de los que proviene la transgresión:

Primero, aseguró que 70 hectáreas de territorio, en las que actualmente se lleva a cabo la construcción fue objeto de una expropiación violenta y “falsa de tradición” pues fue vendido por quien no era propietario del espacio geográfico que ancestralmente pertenece al CLAN ARPUSHANA a INTERASEO S.A. E.S.P., sociedad que a su vez lo donó al distrito de Riobacha para la construcción del proyecto.

Segundo, expuso que el procedimiento de consulta previa, acuerdos y protocolización para la construcción del Relleno Sanitario Regional de Riobacha, en vez de cumplir la finalidad para la que fue concebido, esto es, la garantía de sus derechos fundamentales, ha cercenado los mismos, toda vez que en el marco de este procedimiento la autoridad ancestral manifestó su oposición total al proyecto por las graves implicaciones sobre su comunidad, no obstante lo anterior, las autoridades terminaron tomando en cuenta la voluntad de las demás comunidades que por su ubicación geográfica no se ven afectadas directamente con el proyecto.

2.10.2. Por su parte, las demandadas manifiestan, en términos generales, que no existe la vulneración de los derechos fundamentales alegada por la parte actora, toda vez que en el caso se surtió la consulta previa con el cumplimiento de todos los requisitos fijados por la ley y la jurisprudencia, máxime cuando la autoridad tradicional de la comunidad de Dividivi hizo presencia y asistió a las reuniones.

Además, expusieron que la construcción del Relleno Sanitario de Riobacha es necesaria y urgente para el distrito, toda vez que no posee un relleno sanitario para la disposición final de los residuos sólidos, pues en la actualidad cuenta con unas celdas transitorias, cuya vida útil está por extinguirse a inicios del mes de septiembre de este año, al sobrepasar su capacidad de almacenamiento. Por lo anterior, urgente la puesta en marcha de la obra a fin de evitar una emergencia sanitaria en el distrito y sus corregimientos.

En cuanto a la ilegalidad en la adquisición del predio, indicaron que ello obedece a una apreciación subjetiva del actor, pues no se ha efectuado ninguna venta, y que la participación de la comunidad

corresponde al cumplimiento de la consulta previa que resulta obligatoria en estos eventos dada la naturaleza del proyecto, de la cual se obtuvo la complacencia de la mayoría de las autoridades tradicionales asentadas en el área de influencia del proyecto, bajo el compromiso de mantener sus usos y costumbres.

2.10.3. El Tribunal Administrativo de La Guajira, con sentencia de 18 de agosto de 2016¹, concedió el amparo solicitado por la autoridad tradicional de la comunidad del Dividivi, por lo que ordenó a las demandadas iniciar los trámites respectivos para hacer extensivas las indemnizaciones y compensaciones a la comunidad del DIVIDIVI (Icbiwourian) y a los demás grupos indígenas involucrados en el proceso de planeación y ejecución del relleno sanitario del distrito de Riobacha, en los mismos términos de los acuerdos iniciales realizados con las otras comunidades.

Como sustento de la decisión expuso que: (i) la adquisición del predio donde se construye el relleno sanitario del distrito de Riobacha obedece a una adquisición legítima; (ii) el proceso de consulta previa se adelantó de acuerdo con los parámetros legales y jurisprudenciales, a lo que agregó que si bien un número minoritario de comunidades, dentro de las que se encuentra la Dividivi, manifestaron su oposición a la realización del proyecto, a los términos de la consulta, y se apartaron de las convenciones realizadas con la mayoría de la población, inspirados en su intención de preservar sus usos, costumbres y titularidad ancestral, no se encontró connotación suficiente para vetar la realización de la obra pública.

2.10.4. De los escritos de impugnación se tiene que las autoridades demandadas pidieron los jueces de tutela establecer cuál es la competencia que les asiste y las obligaciones derivadas de la orden de amparo concedida por la primera instancia del proceso constitucional.

Mientras que, la parte accionante insistió en que como consecuencia de la construcción y operación del Relleno Sanitario se afectan sus derechos fundamentales, siendo además, enfática en señalar que la comunidad no pretende una indemnización sino evitar que con la obra se afecte su territorio ancestral, cultura, sustento económico y condiciones de salud y vida.

Asimismo, aseguró que el Tribunal Administrativo de La Guajira omitió pronunciarse en relación con las irregularidades respecto de la venta de su territorio ancestral.

2.10.5. Pues bien, expuesto lo anterior, corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado, como juez de tutela de segunda instancia, analizar si, en el presente caso, las autoridades demandadas desconocieron los derechos fundamentales invocados en la solicitud de amparo. Para ello, en primera medida debe advertirse que, como se indicó en el acápite 2.5., el derecho fundamental a la consulta previa involucra la protección de otras garantías constitucionales.

2.10.5.1. Para ello, lo primero que resalta la Sala es que contrario a lo que asegura la comunidad actora, el Tribunal Administrativo de La Guajira si se pronunció sobre las alegadas irregularidades respecto de la venta de los terrenos en los que se está construyendo el Relleno Sanitario de Riobacha, esto en el sentido de indicar que "... la adquisición del predio donde se construye el relleno sanitario del distrito de Riobacha obedeció a una adquisición legítima, en cuanto la titularidad del terreno estaba en cabeza de INTERASEO S.A. E.S.P. quien por negocio jurídico que consta en la Escritura Pública 1536 de noviembre 8 de 2013, dispuso la donación del referido predio para que se para que se construyera el relleno sanitario, acto que fue avalado por la alcaldía municipal a través de resolución 0934 de septiembre 30 de 2013".

Además de lo anterior, en criterio de la Sección Quinta, **no corresponde al juez de tutela pronunciarse sobre la presunta venta irregular** de los terrenos en los que se construirá el relleno sanitario y cuya propiedad reclama la comunidad indígena, quien además, asegura que INTERASEO S.A. E.S.P. y el distrito

1 Folios 222 a 245 del cuaderno principal del expediente de tutela.

de Riobacha adquirieron “ de manera clandestina e inconsulta el predio () por cuanto el predio en disputa es un territorio o espacio geográfico que ancestralmente pertenece a nuestro CLAN ARPUSHANA a quienes no se les ha comprado ni concertado”, dado que la acción de tutela es el espacio judicial para discutir y propender por la garantía de derechos fundamentales, no cuestiones de otra índole.

2.10.5.2. Ahora bien, a juicio de la Sección Quinta del Consejo de Estado, **la sentencia de tutela de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, que concedió el amparo solicitado por la comunidad indígena Dividivi debe confirmarse, con sustento en las razones que pasan a explicarse:**

Primero, la Sala destaca que un relleno sanitario, de acuerdo con la Guía Ambiental elaborada por el Ministerio del Medio Ambiente, se define como “(U)n sitio donde se depositan los residuos no aprovechables que produce una ciudad, población o zona habitada, de tal manera que, mejorando el paisaje, se produzca el mínimo daño al ambiente y a la salud de la población sometida al riesgo de sus efluentes. Es el sitio donde diariamente los residuos son recibidos, dispuestos, compactados, cubiertos y donde se realiza el control ambiental (principalmente gases, olores y lixiviados), así mismo, se realiza control y monitoreo a la estabilidad con el fin de prevenir riesgos de deslizamiento”.

De conformidad con el Código Nacional de Recursos Naturales - Decreto 2811 de 1974 - en la recolección, tratamiento y disposición de los residuos, basuras, desechos y desperdicios se debe propender por el desarrollo de los métodos más adecuados para la defensa del ambiente, del hombre y de los demás seres vivientes y utilizar preferiblemente aquellos medios que eviten el deterioro del ambiente y de la salud humana, permitan reutilizar sus componentes, producir nuevos bienes y restaurar o mejorar los suelos.

Y, en el caso que ocupa la atención de la Sala, **no cabe duda de que la construcción del relleno sanitario es una necesidad pública inaplazable**, como servicio público domiciliario esencial, para los habitantes del distrito de Riobacha, en la medida en que no posee un lugar adecuado para la disposición final de residuos sólidos, lo cual puede ocasionar una emergencia sanitaria.

Además, debe tenerse en cuenta que **la obra será desarrollada en ese específico espacio geográfico**, debido a que es el terreno con el que el distrito de Riobacha dispone para su construcción y además teniendo en cuenta que una vez efectuado el estudio de impacto ambiental del proyecto, por parte de Corpoguajira, no existen razones para considerar que el mismo no sea apto para la construcción del relleno, **máxime cuando no corresponde al juez de tutela controvertir las consideraciones de orden técnico y ambiental**

Asimismo, la Sección Quinta considera cardinal precisar que en el caso sub examine **no resulta procedente la suspensión de la obra de construcción del relleno sanitario**, orden que ha impartido esta misma Sala en casos como el de la **Comunidad Muisca de Bosa** (Exp. 2015-00873) en el que se ordenó suspender la construcción de la “la Ejecución del Plan Parcial El Edén – El Descanso (Decreto 521 de 2006) y frente a la construcción de la Ciclo Ruta – Alameda El Porvenir”, toda vez que **los casos difieren en sus supuestos fácticos**, esto debido a que en el caso de la Comunidad Muisca de Soacha nunca se adelantó el trámite de consulta previa debido a que existía duda sobre la presencia de la comunidad actora en los terrenos en donde se desarrollará el Plan Parcial “Campo Verde”, mientras que, en el presente caso, la consulta si fue realizada pero el desarrollo de esta la Comunidad Indígena Wayuú el Dividivi manifestó su desacuerdo con la construcción del relleno sanitario.

Segundo, como se expuso en los acápite 2.6, 2.7 y 2.8 de esta providencia, la consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades indígenas y constituye el espacio, en el marco del cual, las entidades estatales y las empresas privadas, de un lado y los grupos étnicos, de otra, llegan un acuerdo o armonizan sus intereses cuando existe una tensión entre ellos.

Por ello, **en el marco de la consulta es necesario que las comunidades expresen su consentimiento previo, libre e informado respecto de los proyectos que los afecten de manera directa, sin que ello,**

en términos de la propia Corte Constitucional, les otorgue la facultad para vetar o impedir el desarrollo de un proyecto.

En tal sentido, en los casos en los que un proyecto supone una afectación para un pueblo, como cuando supone el desplazamiento o migración de miembros de una comunidad indígena o tribal del territorio o que genere un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otras, debe realizarse un ejercicio de ponderación que proteja los derechos de ese pueblo que consiste en una evaluación de los impactos y en la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes a efectos de proteger a la comunidad indígena.

En el caso sometido al conocimiento del Consejo de Estado, Sección Quinta es indiscutible que se llevó a cabo el trámite de la consulta previa con el lleno de los requisitos fijados por la Ley y la jurisprudencia constitucional, en el marco del cual, como la esta Sala lo relató en los antecedentes de la presente sentencia (ver folios 4 y 5), se convocó a la comunidad indígena Wayúú el Dividivi que a través de su autoridad ancestral y una vez le fueron explicados los posibles impactos que podría sufrir la etnia, manifestó no estar de acuerdo con la construcción del relleno sanitario, oposición de la cual se dejó constancia en las actas de “preconsulta y apertura del proceso de consulta previa” del proyecto de fecha 22 de mayo de 2014 y de “acuerdos de protocolización del proceso de consulta previa” del 22 de octubre de 2014, en esta última en la que el Ministerio del Interior dejó constancia de que se concertaron los acuerdos ambientales y socioculturales con los asistentes y, “sin embargo no se protocolizaron acuerdos ya que la mayoría de las comunidades asistentes, excepción de la comunidad indígena los Olivos y la Sabana, no están de acuerdo con la realización de este proyecto, por lo que se convocar[ía] una nueva reunión con las dos comunidades mencionadas”.

De lo anterior se desprende que aquellas comunidades que se encuentran ubicadas más cerca al relleno sanitario, manifestaron no estar de acuerdo con su desarrollo y, en consecuencia, con estas no se llegó a ningún acuerdo de mitigación y manejo del ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, tal como, se insiste, quedó documentado en el “Acta de acuerdos de protocolización del proceso de consulta previa” de 22 de octubre de 2014.

Cuestión que, como ya lo indicó la Sala, no puede conducir a la paralización de un proyecto sino que origina un espacio para que se adopten medidas que protejan los derechos de la comunidad en el desarrollo del mismo.

Tercero, de esta manera como lo concluyó el Tribunal Administrativo de La Guajira, no puede paralizarse ni impedirse el desarrollo de la obra por lo que el juez constitucional debe propender porque las indemnizaciones, las compensaciones y los planes de mitigación y manejo del ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, atiendan al concepto de justicia ambiental en sus dimensiones distributiva y participativa, ampliamente desarrollado en el acápite 2.9 de esta providencia.

Por ello las consecuencias derivadas del proyecto de Relleno Sanitario Regional de Riobacha deberán ser evaluadas en el caso concreto de forma que se garantice (i) la efectiva retribución y compensación para la Comunidad Dividivi en atención a la carga o pasivo ambiental que le corresponde asumir como consecuencia de la intervención en su territorio, necesaria desde la perspectiva del interés general (justicia distributiva) y; (ii) la participación de la parte accionante en la evaluación nativa de los impactos y en la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes (justicia participativa).

En este entendido, el distrito de Riobacha deberá invitar a la autoridad ancestral de la comunidad indígena Dividivi a un proceso en el que se hagan efectivos sus derechos constitucionales, con el acompañamiento de las demás autoridades que hicieron presencia en el proceso de consulta con las demás comunidades, en el marco de sus competencias.

*En el mencionado proceso, deberá permitirse la **participación activa de la Comunidad Indígena Wayuu el Dividivi** en dos escenarios (i) el de **evaluación** de impactos del proyecto y (ii) el de establecimiento de las **medidas** de mitigación y manejo ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, **aclara la Sala que tales espacios no deben ser solamente informativos sino de verdadera intervención por parte de la comunidad actora. Asimismo, las evaluaciones y acuerdos deberán tener en cuenta además de los estudios de orden técnico social y ambiental, que esta comunidad es la que presenta un más alto grado de afectación por la construcción del relleno o, en otros términos, la que mayor carga o pasivo ambiental por su cercanía al relleno sanitario.***

2.8. Conclusiones

De conformidad con lo expuesto en precedencia, la Sala confirmará el numeral primero de la sentencia de 18 de agosto de 2016, por medio del cual el Tribunal Administrativo de La Guajira concedió la solicitud de amparo a los derechos fundamentales de la Comunidad Indígena Wayuu Dividivi.

*Sin embargo, adicionará el numeral segundo de la mencionada providencia, en el sentido de señalar que: (i) las indemnizaciones, las compensaciones y los planes de mitigación y manejo ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, deberán atender al concepto de **justicia ambiental en sus dimensiones distributiva y participativa**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión y; (ii) **tal orden debe ser cumplida por el distrito de Riobacha con el acompañamiento de las demás autoridades que hicieron presencia en el proceso de consulta con las demás comunidades, en el término de tres (3) meses, plazo que se considera prudencial. (...)***

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia de 18 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira que concedió la solicitud de amparo constitucional invocado por la comunidad indígena Wayuu Dividivi.

ADICIONAR el numeral segundo del referido fallo, en el sentido de señalar que, en el término de tres (3) meses: (i) las indemnizaciones, las compensaciones y los planes de mitigación y manejo ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, deberán atender al concepto de justicia ambiental en sus dimensiones distributiva y participativa, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva; (ii) la orden debe ser cumplida por el distrito de Riobacha con el acompañamiento de las demás autoridades que hicieron presencia en el proceso de consulta con las demás comunidades, en el marco de sus competencias.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO



Acciones de Cumplimiento



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02437-01(ACU)

Actor: JAMES PEREA PEÑA

Demandado: SENADO DE LA REPÚBLICA

Asunto: Acción de Cumplimiento. Resuelve la solicitud de cumplimiento de una norma que contiene un mandato imperativo e inobjetable consistente en que todas las entidades pertenecientes al sector oficial se debieron remplazar, antes del 1º de julio de 1999, los equipos, sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo.

Extracto: “Improcedencia de la acción de cumplimiento frente a normas que establezcan gastos

Como se señaló en precedencia, el artículo 9º de la Ley 393 de 1997 dispone que esta acción no es procedente para perseguir el cumplimiento de normas que establecen gastos a la administración.

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha definido el concepto de gasto público como aquel en el que incurre el Estado, con el objeto de lograr sus fines; y respecto de las normas que establecen gastos, ha dicho:

“Son normas que establecen gastos, aquellas mediante las cuales las Corporaciones Públicas autorizan las erogaciones que pueden hacerse con cargo al Tesoro. Según el inciso segundo del Art. 345 de la Constitución, no podrá hacerse gasto alguno si no ha sido decretado por el Congreso, por las Asambleas departamentales o por los Concejos distritales o municipales. A este tipo de normas es a las que se refiere el Art. 9o. de la ley 393 de 1997” (Subrayado fuera de texto)¹.

No obstante lo anterior, se precisa que no en todos los casos en que la norma comporta una erogación dineraria, la acción de cumplimiento es improcedente; es necesario tener presente que, la jurisprudencia de esta Corporación también ha resaltado que, una vez elaborado un presupuesto o apropiado el gasto, la vocación natural de estos, es la de ser efectivamente destinados a la satisfacción de la función para el cual están concebidos, y es en estos casos, en los cuales, la pretensión de cumplimiento es procedente.

¹ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 29 de enero de 1998. Expediente: ACU-127. Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa.

La Sección Tercera, en un caso en el que se solicitaba el cumplimiento de una norma que implicaba un gasto que ya estaba asignado dentro del presupuesto de la entidad, señaló:

“Una vez ordenado, presupuestado y apropiado el gasto, todas las autoridades encargadas de su ejecución, han de cumplirlo y ello, desde la óptica de la norma constitucional contenida en el art. 87 de la Carta Política, impone su cumplimiento”².

3.4. Análisis del caso concreto

Para resolver el problema jurídico planteado la Sala en primer lugar deberá verificar si la normativa que se dice incumplida contiene un mandato claro expreso y exigible en cabeza de la entidad accionada, lo anterior conlleva a analizar: (i) La norma jurídica cuyo cumplimiento se pretende; y (ii) si el Senado de la República ha acatado lo previsto en esa norma.

3.4.1. Norma jurídica cuyo cumplimiento se pretende

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, el actor pretende el cumplimiento del artículo 6º del Decreto 3102 de 1997, reglamentario del artículo 15 de la Ley 373 de 1997, relacionado con el remplazo de los equipos, sistemas e implementos de bajo consumo de agua, que dispone:

“DECRETO 3102 DE 1997

Por el cual se reglamenta el artículo 15 de la Ley 373 de 1997 en relación con la instalación de equipos, sistemas e implementos de bajo consumo de agua.

(...)

Artículo 6.- Todos los usuarios pertenecientes al sector oficial, están obligados a remplazar, antes del 1 de julio de 1999, los equipos, sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo.”

De acuerdo con lo anterior, es claro, que el precepto que se pide hacer cumplir se encuentra contenido en de un acto administrativo vigente, por lo que cumple a cabalidad lo exigido en el artículo 1º de la Ley 397 de 1997.

En lo que tiene que ver con el requisito de la subsidiariedad, el actor no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para lograr el cumplimiento del artículo 6º del Decreto 3102 de 1997, razón por la cual también se encuentra acreditado este elemento.

Ahora, si bien la implementación de equipos y sistemas de bajo consumo de agua en principio podría llevar a la conclusión de que la presente acción es improcedente por establecer gastos, lo cierto es que justamente la norma busca es la protección de los recursos hídricos a través de la instalación de dispositivos aborradores, es claro que este requisito de procedencia adjetiva debe superarse, en aras de lograr la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, dentro de los cuales ocupa lugar privilegiado la protección del agua, máxime que el cabal cumplimiento de los artículos 15 de la Ley 373 de 1997 y 6º del Decreto 3102 de 1997, más allá de generar un gasto para la administración, genera la materialización de un aborro (i) del recurso hídrico en sí mismo y (ii) de los gastos de funcionamiento por cuanto los valores que se pagan por concepto de ese servicio se disminuiría notablemente en las edificaciones a cargo de la entidad accionada³.

2 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 25 de enero de 1999. Radicado: ACU-552. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

3 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 30 de octubre de 2015. Radicado: ACU-25000-23-41-000-2015-01461-01. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

Superados los requisitos adjetivos de la acción, la Sala se ocupará de verificar si en las normas que se dicen incumplidas se establece un mandato imperativo e inobjetable.

3.4.2. De la existencia de un mandato imperativo e inobjetable

La finalidad de la acción de cumplimiento es que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial competente para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, como lo dispone el artículo 87 constitucional. Sin embargo, a través de esta acción no es posible ordenar o ejecutar toda clase de disposiciones, sino aquellas que contienen un mandato “imperativo e inobjetable”, es decir que impongan una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

En el sub judice, el actor pretende que se ordene al Senado de la República el cumplimiento del artículo 6º del Decreto 3102 de 1997, reglamentario del artículo 15 de la Ley 373 de 1997

*En efecto, la norma en comento, contiene un mandato imperativo e inobjetable consistente en que todas las entidades pertenecientes al sector oficial debieron remplazar, **antes del 1º de julio de 1999**, los equipos, sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo.*

En el caso concreto, el Senado de la República, manifestó que se adelantan los proyectos para la adecuación y modernización de las instalaciones físicas del Senado de la República, entre ellos: (i) BPIN No. 2012011000381; (ii) BPIN 201101100033; BPIN 201301100063; y el contrato No. 506 del 27 de octubre 2015 cuyo objeto es la contratación de la modernización de las baterías sanitarias del Senado de la República en el edificio nuevo del Congreso, con plazo de ejecución hasta el 15 de diciembre de 2015.

No obstante lo anterior, solo está acreditado el cumplimiento de la norma respecto del edificio nuevo del Congreso, pero frente a los otros tres inmuebles [Capitolio Nacional (Senado y Cámara); Biblioteca Luis Carlos Galán ubicada en la Carrera 5 No. 8-94 (Senado y Cámara); y Casa del Prócer José Nicolás de Rivas ubicada en la Calle 9 No. 8-92 (Senado y Cámara)], a pesar de que están incluidos en unos proyectos, no hay evidencia de que ya se hayan contratado y se encuentren en ejecución, por lo que se hace evidente que lo previsto en la norma, no ha sido acatado en su totalidad.

Ciertamente han transcurrido casi dos décadas desde la publicación del Decreto 3102 de 1997, reglamentario del artículo 15 de la Ley 373 de 1997, sin que el Senado de la República haya dado cumplimiento a la norma, por lo que es indudable que existe mora en reemplazar los equipos, sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo, obligación que es imperativa e inobjetable y, por tanto, de obligatorio acatamiento.

Con fundamento en lo anterior, la Sala revocará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la acción constitucional, para en su lugar, ordenar al Senado de la República el cumplimiento del artículo 6º del Decreto 3102 de 1997, reglamentario del artículo 15 de la Ley 373 de 1997, para que reemplace los sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo en los inmuebles “Capitolio Nacional (Senado y Cámara); Biblioteca Luis Carlos Galán ubicada en la Carrera 5 No. 8-94 (Senado y Cámara); y Casa del Prócer José Nicolás de Rivas ubicada en la Calle 9 No. 8-92 (Senado y Cámara)”, dentro de los doce (12) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta que ya se han adelantado algunas gestiones al respecto”.

Decisión: “REVOCAR la sentencia de primera instancia del 17 de febrero de 2016 dictada por la Subsección “A” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la acción constitucional, para en su lugar, ordenar al Senado de la República el cumplimiento del artículo 6º del Decreto 3102 de 1997, reglamentario del artículo 15 de la Ley 373 de 1997, para que reemplace los sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo en los inmuebles “Capitolio Nacional (Senado y Cámara); Biblioteca Luis Carlos Galán ubicada en la Carrera 5 No. 8-94 (Senado y Cámara); y Casa del Prócer José Nicolás de Rivas ubicada en la Calle 9 No. 8-92 (Senado y Cámara)”, dentro de los doce (12) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta que ya se han adelantado algunas gestiones al respecto.

Rocio Araújo Oñate

NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016)
Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00099-01(ACU)
Actor: FLOR ALBA OSPINA HENAO
Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS

Asunto: Fallo de segunda instancia – reitera posición en torno a la improcedencia de la acción de cumplimiento para el reconocimiento de derechos subjetivos

Extracto: “Los hechos y pretensiones permiten concluir que lo perseguido por la accionante es el reconocimiento de un derecho subjetivo frente al cual la presente acción constitucional no es procedente, lo que hace innecesario efectuar el estudio de la norma señalada como incumplida.

En efecto, esta Sección en providencia del 7 de septiembre de 2015¹, señaló que:

“Sin embargo, desborda el propósito de la acción de cumplimiento crear derechos subjetivos a los accionantes, pues recuérdese que su fin último es la materialización y efectividad de los actos administrativos y de las normas con fuerza de ley.

En este orden de ideas, la acción de cumplimiento no es el medio judicial idóneo para que el señor Vanegas acceda al crédito con el Fondo Nacional del Aborro que está pidiendo, pues para resultar beneficiario de los programas sociales del Estado en lo que a vivienda se refiere, deberá presentar la solicitud pertinente, bien ante el Fondo Nacional del Aborro si lo que desea es adquirir un crédito de vivienda o estudios con tasas preferenciales, o bien ante el Ministerio de Vivienda si su propósito es acceder a los subsidios otorgados por esa cartera ministerial”.

Así, la tesis antes descrita fue reiterada recientemente por esta Sala en la sentencia del 2 de junio de 2016², en la que se precisó:

“En este sentido, la Sala considera necesario destacar que ha sido postura reiterada que la acción de cumplimiento resulta improcedente cuando mediante su ejercicio se pretende el reconocimiento de derechos subjetivos, como se evidencia en ese asunto, en el cual el actor persigue un nombramiento, respecto del cual su nominador aduce que no tiene derecho.

(...)

Lo anterior, resulta necesario para insistir que la pretensión del actor de obtener un nombramiento, junto con sus consecuencias salariales y prestaciones, elevada vía acción de cumplimiento, resulta improcedente por escapar al objeto de esta acción constitucional, de acuerdo con los antecedentes citados”.

En este orden de ideas, de conformidad con las pruebas que reposan en el expediente, es evidente que la accionante adquirió mediante sucesión la zona restante del predio El Cinabrio el 16 de junio de 2014, (zona que no fue objeto de contrato de compraventa celebrado entre CAMILA JARAMILLO BOTERO y el

1 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de septiembre de 2015, expediente No. 2015-00788-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

2 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 2 de junio de 2016, expediente No. 2016-00122-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Rocio Araújo Oñate

INVIAS), y considera que corresponde a la entidad accionada no solo que se le restablezca el acceso vehicular a su casa de habitación, sino también que se le cancelen los perjuicios ocasionados por la falta de carretable en su predio.

En criterio de la Sala, la situación descrita constituye un problema económico, asunto que escapa al juicio de la acción de cumplimiento, toda vez que esta no puede ejercerse con fines subjetivos, como sería la construcción del acceso vehicular a su casa de habitación y el reconocimiento de indemnizaciones por los perjuicios que se han causado, para lo cual la actora dispone de otro medio de defensa judicial.

Así las cosas, de conformidad con la postura reiterada de que la acción de cumplimiento es improcedente cuando se pretende como en este caso el reconocimiento de derechos subjetivos la Sala confirmará la decisión del Tribunal Administrativo del Quindío, pero por las razones aquí señaladas”.

Decisión: “REVOCAR la sentencia de primera instancia del 10 de agosto de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, para en su lugar, DECLARAR LA IMPROCEDENCIA de la acción de cumplimiento, por las razones señaladas en la parte motiva de este proveído.

NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00441-01(ACU)

Actor: LUZ HELENA OLAYA PELÁEZ

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Asunto: **Acción de Cumplimiento.** Reitera posición en torno a la improcedencia de la acción de cumplimiento por falta de agotamiento del requisito de subsidiariedad.

Extracto: “Corresponde a la Sala determinar si modifica, confirma o revoca la sentencia del 10 de agosto de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que ordenó el cumplimiento del inciso segundo del artículo 15 del Decreto 3798 de 2003, en consecuencia dispuso que la entidad accionada “...realice la reliquidación del bono pensional de la señora Luz Helena Olaya Peláez teniendo en cuenta que (sic) la fecha de la última cotización efectuada por la misma al Régimen de Aborro Individual con Solidaridad”, para lo cual deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿En el caso concreto la actora tiene o ha podido ejercer otro instrumento judicial para lograr la reliquidación del bono pensional de la actora emitido y redimido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante la Resolución No. 13153 del 27 de octubre de 2014 en aplicación del artículo 15 del Decreto 3798 de 2003?

(...)

Para resolver el problema jurídico planteado la Sala en primer lugar deberá verificar que la actora no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo omitido, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, lo anterior conlleva a analizar: (i) La norma jurídica cuyo cumplimiento se pretende; y (ii) La existencia de otro mecanismo de defensa judicial para obtener el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo.

(...)

La accionante pretende el cumplimiento del artículo 15 del Decreto 3798 de 2003, “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, se dictan medidas en relación con la emisión de bonos pensionales, se establecen mecanismos para la compensación de obligaciones entre entidades públicas por concepto de obligaciones pensionales. “, que dispone:

“Redención anticipada de bonos pensionales. Teniendo en cuenta lo dispuesto por el parágrafo segundo del artículo 17 del Decreto 1748 de 1995, según el cual las administradoras de pensiones tienen un plazo de dos semanas para solicitar el pago del bono, contadas a partir del día siguiente a aquel en que tuvieron conocimiento del fallecimiento o de la declaratoria de invalidez del afiliado, cuando se solicite la redención anticipada de un bono pensional que haya sido o no emitido, el emisor y los contribuyentes pagarán el bono pensional actualizado y capitalizado hasta la fecha de causación de la redención anticipada, es decir la fecha del fallecimiento o estructuración de la invalidez y actualizado desde esta fecha hasta aquella en que se expida la resolución que ordena el pago.

Si la redención anticipada se origina en la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, el bono se actualizará y capitalizará desde la fecha de corte hasta la fecha de la última cotización efectuada al Régimen de Aborro Individual con Solidaridad y actualizado desde esta fecha hasta aquella en que se expida la resolución que ordena

el pago. En los casos en que el afiliado haya solicitado la indemnización sustitutiva, la liquidación y pago de la misma se regirá por las normas vigentes.

De conformidad con los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión estará a cargo de la compañía aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes”.

De acuerdo con lo anterior, es claro, que el precepto que se pide hacer cumplir se encuentra contenido en un acto administrativo vigente, como lo es el Decreto 3798 de 2003.

(...)

Pues bien, en el sub lite la señora Luz Helena Olaya Peláez pretende que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cumplimiento del artículo 15 del Decreto 3798 de 2003, proceda a reliquidar su bono pensional que fue emitido y redimido por la entidad accionada mediante la Resolución No. 13153 del 27 de octubre de 2014, justamente en aplicación del mencionado artículo 15.

Como fundamento de su petición la accionante asegura que el ente ministerial se ha negado a reliquidar su bono pensional, a pesar de las múltiples solicitudes en las que “...reportó la fecha correcta de liquidación al 30 de julio de 2014 de acuerdo a la historia laboral aportada, pero a pesar de esto la Oficina de Bonos Pensionales se ha negado a reliquidar y pagar mi derecho a la devolución de saldos correcta”.

Para la Sala, los argumentos anteriormente expuestos deben ser conocidos por el juez natural, esto es el juez ordinario laboral¹ quien determinará si, le asiste razón a la actora en sus afirmaciones o, a la entidad, asuntos de fondo que no deben ser resueltos a través de la acción de cumplimiento, pues no dependen solamente de la observancia de una ley o acto administrativo.

En consonancia con lo anterior, recuerda la Sala que el fin último de la acción de cumplimiento es procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, en aquellos casos en que las autoridades públicas no dan estricto cumplimiento al deber jurídico o administrativo que les es exigible y que, la controversia propuesta en el caso de la referencia va más allá de exigir el cumplimiento del artículo 15 del Decreto 3798 de 2003 y en tal medida, requiere que el juez natural realice un análisis de fondo a toda la actuación administrativa desplegada.

*De esta manera, para la Sala la petición de la señora Luz Helena Olaya Peláez es **improcedente**, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley 393 de 1997, pues ésta dispone de **otro mecanismo de defensa judicial** para obtener la reliquidación de su bono pensional.*

Ahora bien, debe recordarse que el juez de la acción de cumplimiento, pese a la existencia de un instrumento judicial, podría pronunciarse de fondo en relación con la solicitud, siempre y cuando se acrediten los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio. No obstante, en el caso de la referencia, la parte interesada no probó tales extremos.

En consecuencia de lo anterior, la Sala revocará el fallo del Tribunal Administrativo de Risaralda, para en su lugar, declarar la improcedencia de la acción por no superarse el requisito de subsidiariedad.”

1 De conformidad Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que en su artículo 2º, prevé “...COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: (...) 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan”.

Decisión: “REVOCAR la sentencia de primera instancia del 10 de agosto de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, para en su lugar, DECLARAR LA IMPROCEDENCIA de la acción de cumplimiento, por las razones señaladas en la parte motiva de este proveído.

NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016)
Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00034-01(ACU)
Actor: JAMES PEREA PEÑA
Demandado: PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Asunto: El demandante solicita que en la casa de Nariño se implementen sistemas para el ahorro de agua en la Casa de Nariño. En primera instancia, el Tribunal accede a pretensiones ante la falta de prueba de su cumplimiento.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2.3.- Normas que se solicitan acatar

Ley 373 de 1997¹, artículo 15:

“TECNOLOGÍA DE BAJO CONSUMO DE AGUA. Los ministerios responsables de los sectores que utilizan el recurso hídrico reglamentarán en un plazo máximo de seis (6) meses la instalación de equipos, sistemas e implementos de bajo consumo de agua para ser utilizados por los usuarios del recurso y para el reemplazo gradual de equipos e implementos de alto consumo”.

Decreto 3102 de 1997², artículo 6:

“Todos los usuarios pertenecientes al sector oficial, están obligados a reemplazar, antes del 1 de julio de 1999, los equipos, sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo”.

2.4. Del agotamiento del requisito de procedibilidad

(...)

En este caso, con la demanda se allega escrito, con constancia de radicación que data del 27 de noviembre de 2015 dirigido al Presidente de la República cuyo asunto se trata de “cumplimiento

1 “Por la cual se establece el programa para el uso eficiente y ahorro del agua”

2 “Por el cual se reglamenta el artículo 15 de la Ley 373 de 1997 en relación con la instalación de equipos, sistemas e implementos de bajo consumo de agua”

de un deber legal, normas incumplidas: Ley 373 de 1997 y su Decreto Reglamentario 3102, artículo 6º” y en el cual le requirió “...ordenar a quien corresponda de manera inmediata reemplazar en las baterías sanitarias del Palacio de Nariño, los sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo, para dar cabal cumplimiento a lo que ordena la ley [artículo 6º Decreto 3102 de 1997”.

Si bien no se acompañó con la demanda, no desconoce la Sala que con la impugnación se aportó el Oficio No. 15-00103445/JMSC 111140 de 22 de diciembre de 2015, que anuncia atender la anterior petición del actor, suscrito por el Jefe (E) del Área Administrativa de la Presidencia de la República en los siguientes términos:

“... en la Presidencia de la República se han desarrollado proyectos de inversión enfocados a dotar al edificio de todas las tecnologías necesarias que permitan un uso más eficiente de los recursos naturales. En particular y de acuerdo con su observación, todas las baterías sanitarias de la Casa de Nariño cuentan con tecnologías diseñadas para obtener un bajo consumo de agua. Es así como los lavamanos están dotados con sensores que permiten al usuario activar la salida de agua solamente cuando lo requiere, contando con cierres automáticos evitándose así el desperdicio y consumo innecesario, así mismo los orinales y los sanitarios están dotados con sistemas de sensor que se encuentran conectados a sistemas de bajo consumo que disminuyen la cantidad de agua que es utilizada en cada descarga y que no requieren de contacto manual con la grifería. Adicionalmente a lo anterior se cuentan con sistemas de ahorro de energía como lo son secadores de manos activados por sensor y que se apagan una vez se retira el usuario permitiendo disminuir los tiempos de funcionamiento. La iluminación de todos los baños se encuentran conectada a un sistema de sensores para el control de la misma evitando que las luces se mantengan encendidas cuando el baño se encuentra desocupado o que se queden encendidas cuando no se requieren.

Así las cosas, se puede verificar que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República se encuentra dando cumplimiento tanto a la normatividad legal por usted relacionada, como a la Directiva Presidencial 06 de 2014 mediante la cual se estableció un plan de austeridad, en el cual se encuentra el establecimiento de medidas que aborren y reduzcan los niveles de consumo de agua y energía”.

En consecuencia, la Sala entiende por agotado en debida forma el requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento ejercida por el señor JAMES PEREA PEÑA.

2.5. Solución del caso

Como ya se precisó, el demandante requiere el cumplimiento de los artículos 15 de la Ley 373 de 1997 y 6º del Decreto 3102 de 1997, en el sentido de que en la Casa de Nariño se implementen sistemas e implementos de bajo consumo de agua en baterías sanitarias.

Al respecto, de entrada se debe manifestar que la normativa que se dice incumplida tiene el carácter de ley, el demandante no tiene otro mecanismo de defensa judicial para procurar por su acatamiento, contienen un mandato claro, expreso y exigible en el sentido de imponer en cabeza de “... los usuarios pertenecientes al sector oficial, están obligados a reemplazar, antes del 1 de julio de 1999, los equipos, sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo”.

Ahora en lo relacionado con la posibilidad de que el cumplimiento de las normas que se piden acatar y ello implique un gasto, situación que podría devenir en la improcedencia de la acción de cumplimiento, conviene destacar que la Sala en un caso similar, sentencia de 30 de octubre de 2015³, ya tuvo la oportunidad de referirse al tema en los siguientes términos:

3 Rad. No. 2015-1461-01, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro y reiterada en el Rad. No. 2015-2437-01

“...si bien para la implementación de equipos, sistemas e implementos de bajo consumo de agua se deben realizar las erogaciones dinerarias correspondientes, lo cual en principio podría llevar a la conclusión de que el presente medio de control es improcedente por establecer gastos, lo cierto es que en atención a la finalidad que persiguen dichas normas, como lo es la protección de los recursos hídricos a través de la implementación de dispositivos aborreadores, para la Sala es claro que este requisito de procedencia adjetiva de la acción debe superarse con el fin de satisfacer cabalmente, en los términos explicados por la jurisprudencia de esta Corporación, y por sobre todo lograr la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, dentro de los cuales ocupa lugar privilegiado la materia ambiental y, en este particular, la protección del agua.

Por demás, no puede perderse de vista que el cabal cumplimiento de los artículos 15 de la Ley 373 de 1997 y 6º del Decreto 3102 de 1997, más allá de generar un gasto para la administración lo que conllevan es la materialización de un aborro **(i)** del recurso hídrico en sí mismo y **(ii)** de los gastos de funcionamiento por cuanto los valores que se pagan por concepto del servicio de agua se disminuirán notablemente en los institutos penitenciarios y carcelarios a cargo de las demandadas”.

Lo anteriores argumentos, se reiteran en la presente providencia y, en consecuencia, se entiende por superado el requisito objeto de análisis.

Superado lo anterior, pasa a la Sala a referirse a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, los que, en síntesis, se resumen en que: **i)** en criterio de la demanda no se puede condenar al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República a atender las pretensiones del demandante, porque el demandado es el Presidente de la República y **ii)** en que la “Presidencia de la República ha venido haciendo lo que la ley ordena en la materia”.

i) Con respecto al argumento según el cual el cumplimiento de las pretensiones de la demanda no deben ser exigidas al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en adelante DAPRE, debe señalarse que, según la apoderada de la accionada se suele confundir al Presidente de la República con el DAPRE; sin embargo, en este caso resulta necesario advertir que ese presunto desconcierto puede obedecer al propio actuar de las instituciones.

En efecto, como se advierte de los anexos de la demanda, el escrito mediante el cual se configuró el requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento, está dirigido al Presidente de la República; empero, la respuesta a dicho requerimiento, contrario a explicitar que no estaba dirigido en debida forma ante la falta de competencia del Presidente de la República para atender su petición, fue suscrito por el Jefe (E) Área Administrativa de la Presidencia de la República y en el mismo se afirmó que “... la Presidencia de la República se encuentra dando cumplimiento tanto a la normatividad legal (...) como a la Directiva Presidencial 06 de 2014...”.

Así las cosas, se tiene que ni siquiera en sede administrativa se expuso el argumento según el cual el DAPRE no es el competente para resolver la problemática expuesta por el actor; por el contrario se le indicó al demandante que se estaba cumpliendo con el deber legal exigido.

Ahora si quisiéramos llegar más allá y en la hipótesis de la apoderada de la parte demandada, según la cual el proceso está viciado de nulidad por condenar al DAPRE y no al Presidente de la República como se solicitó en la demanda, para la Sala este argumento carece de vocación de prosperidad, según pasa a explicarse:

Como antes se anotó, si bien el escrito para constituir en renuencia fue dirigido al Presidente de la República el mismo fue atendido por un funcionario de la Presidencia de la República, lo que demuestra que no se puede hablar de falta de constitución en renuencia.

Si abordamos las actuaciones surtidas en el proceso adelantado, en virtud de la presente acción constitucional, se podría decir que en el auto admisorio de la demanda se omitió vincular al DAPRE, posible yerro que no tiene la entidad suficiente para anular lo actuado hasta esta instancia, pues conforme con la contestación de la demanda e incluso del poder allegado, se advierte que la apoderada

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

judicial que acudió al proceso como representante de la demandada actúa como representante tanto del Presidente de la República como del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, es decir que no es dable hablar de falta de representación judicial que pueda afectar su derecho a la defensa, pues dicha profesional, como lo hizo en la apelación, estaba facultada para ejercer los mecanismos que considerara necesarios para demostrar que sus representados no incurrieran en la desatención de la normativa aducida por la parte actora.

En virtud de lo dicho la Sala considera que el argumento de impugnación debe ser denegado.

ii) En lo concerniente a que la “Presidencia de la República ha venido haciendo lo que la ley ordena en la materia”, la Sala debe manifestar que no obra prueba en el expediente que demuestre que el DAPRE ha cumplido con las normas que aduce el demandante como desatendidas como tampoco que en atención de las mismas haya implementado los sistemas y los implementos necesarios para bajar el consumo de agua, pues lo único que reposa es la respuesta que se le dio al actor según la cual “... se han desarrollado proyectos de inversión enfocados a dotar al edificio de todas las tecnologías necesarias que permitan un uso más eficiente de los recursos naturales”; sin embargo, no se aportó ningún medio de convicción que acredite su dicho. Por tanto, no hay razones para acceder a la revocatoria de la decisión apelada.

Por las razones expuestas, la Sala confirmará la providencia impugnada.

(...)

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia dictada el 4 de marzo de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”.

(...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02309-01(ACU)

Actor: ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES DEL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO Y AFINES
“ASONAL JUDICIAL SI”

Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, SALA ADMINISTRATIVA

Asunto: El demandante solicita que se aparte de su cargo a la Directora Ejecutiva de Administración Judicial por alcanzar la edad de retiro forzoso. El a quo de la acción de cumplimiento accedió a las pretensiones.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2.3.- Normas que se solicita acatar

a) Numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996¹

“RETIRO DEL SERVICIO. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos:

(...)

4. Retiro forzoso motivado por edad”.

b) Decreto 1660 de 1978²:

“ARTÍCULO 127. El funcionario o empleado debe retirarse cuando se encuentre en situación de retiro forzoso.

ARTÍCULO 128. La edad de retiro forzoso e de sesenta y cinco (65) años.

ARTÍCULO 130. El funcionario o empleado que llegue a encontrarse en circunstancia de retiro forzoso deberá manifestarla a la corporación o funcionario a quien compete proveer el empleo, tan pronto como ella ocurra.

El retiro forzoso se producirá a solicitud del interesado o del Ministerio Público, o se decretará de oficio por la autoridad nominadora en cuanto haya sido reconocida la pensión que le corresponda. Seis (6) meses después de ocurrida la causal de retiro, este deberá producirse necesariamente, aunque no se haya reconocido la pensión.

ARTÍCULO 131. Las personas retiradas forzosamente por incapacidad física o mental, podrán volver a ser designadas como funcionarios o empleados, siempre que acrediten plenamente su completa

1 Estatutaria de la Administración de Justicia

2 Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal

recuperación o rehabilitación, no hayan llegado a la edad de retiro forzoso y reúnan los requisitos propios del empleo”.

2.4. Del agotamiento del requisito de procedibilidad

(...)

1. En este caso, obra en el expediente copia de la petición suscrita por el demandante y dirigida al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa³, por medio del cual solicitó “...el cumplimiento al mandato contenido en el artículo 149 de la Ley 270 de 1996 (...) en concordancia con lo mandado en los artículos 128 y 130 del Decreto 1660 de 1978 (...) y, en consecuencia con ello, se declare la insubsistencia inmediata de sus funciones de la doctora **Celínea Oróstegui de Jiménez**”.

También se allegó al plenario el Oficio No. PSA 15-3396 de 10 de agosto de 2015⁴, por medio de la cual se le informa el solicitante que:

“Su petición de este cinco (05) de agosto no ha podido ser abordada por la Sala Administrativa, por cuanto uno de los H. Magistrados se declaró impedido y los tres restantes no hacemos el quórum requerido para decidir por encontrarse la Sala limitada por el número legal de Magistrados, desde cuando el año pasado el H. Consejo de Estado declaró la nulidad de las dos (2) elecciones conferidas a los dos (2) señores Ex Presidentes de la Corte Suprema de Justicia, en la Sala Administrativa.

Con todo, bonro su petición informándole que la doctora **CELÍNEA ORÓSTEGUI DE JIMÉNEZ** arguyó no encontrarse obligada al retiro por usted pedido, por estar ocupando una dignidad de creación posterior a la Constitución de 1991; siendo invocable su fuerza para las instituciones de origen anterior a la Constitución. En apoyo de su tesis trajo el debate a su edad hecho en el seno de la comisión interinstitucional a la hora de ternarla.

En la confección de la terna no tuvo ni tiene ninguna injerencia la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura”.

De las anteriores transcripciones advierte la Sala que, como lo concluyó el a quo, el actor no agotó el requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento respecto de los artículos 127 y 131 del Decreto 1660 de 1978, ya que en su petición no aludió a su contenido; por tanto, el rechazo de la acción respecto de estos preceptos deberá confirmarse.

De igual manera se tiene que la respuesta proferida por la demandada, incluso en los términos allí descritos, en los que por razones de su funcionamiento interno no pudo dar respuesta de fondo, resulta suficiente para tener como acreditado el requisito de renuencia que impone el ejercicio de la acción de cumplimiento, en los términos descritos en la parte considerativa de la presente providencia. Mismo argumento que sirve de fundamento para resolver la impugnación del Consejo Superior de la Judicatura pues para acreditar el cumplimiento de la exigencia de la procedibilidad basta con no atender las normas que se dicen desacatadas, ya que las razones que esgrime para no atender la normativa exigida, es objeto de análisis de fondo en los casos que la acción de cumplimiento superare los requisitos de procedibilidad.

2. En este mismo sentido, resulta conveniente señalar que no le asiste razón al apoderado de la doctora **Oróstegui de Jiménez** cuando expone que el actor debió constituir en renuencia a su poderdante, ya que su vinculación se ordenó por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, por auto de 25 de enero de 2016, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 393 de 1997, al concluir que tenía interés en las resultas del proceso, en razón de que se trata de la funcionaria que se pide separar de su cargo.

3 Radicada el 5 de agosto de 2015 que obra a folios 35 al 38

4 Folio 34

Así las cosas, no hay lugar a exigir al demandante la constitución en renuencia que pide el recurrente porque se insiste su vinculación obedece a orden judicial y porque en este asunto las obligaciones legales exigidas, al menos desde la óptica del demandante, se imponen en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, por ser autoridad nominadora, y la llamada a acatar con el deber jurídico reclamado por el demandante, por estas razones este reparo carece de vocación de prosperidad.

2.5. Solución del caso

2.5.1. Cuestión previa

2.5.2. La Sala manifiesta que no hay lugar a tener en consideración el escrito presentado el 4 de mayo de 2016, por el apoderado judicial de la tercera interviniente, porque se allegó por fuera del término de tres días, siguientes a la notificación del fallo de primera instancia, dispuesto para su impugnación –art. 26 de la Ley 393 de 1997- y en razón de que el artículo 27 de misma ley no prevé la posibilidad de presentar nuevos elementos de juicio durante el trámite de la segunda instancia.

2.5.2. Respecto de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, expuesta por el apoderado judicial de la tercera interviniente, la Sala manifiesta que el mismo no está llamado a prosperar pues cuando la Ley 393 de 1997, artículo 9º, establece esta causal de improcedencia la prevé para el cumplimiento de las normas que en la demanda se citan como desatendidas; es decir, lo que se debe tener en consideración es si la parte actora cuenta con otra acción judicial para lograr el cumplimiento de las normas que invoca en su demanda.

*Sin embargo, en este caso lo que pretende exponer el recurrente es que se cuestione un acto de nombramiento que data de 2013 donde se debata una presunta inhabilidad por el advenimiento de la edad de retiro forzoso de su poderdante, situación que no guarda relación con el objeto de la acción de cumplimiento, pues se insiste mediante este medio de control se pretende el cumplimiento de normas o actos administrativos que contengan una obligación clara, expresa y exigible, pero no es el escenario jurídico previsto para resolver situaciones que impongan algún grado de debate que no sea en lo referente a que el deber legal reclamado este vigente, sea exigible al demandado y no exista duda de su aplicación al caso sometido a estudio. Además, se destaca que el demandante no le atribuye ningún vicio contra el acto de nombramiento de la doctora **Oróstegui de Jiménez**, por tanto, no se advierte la subsidiariedad alegada.*

En conclusión, la Sala no advierte que para el cumplimiento de las normas que se citan como desatendidas en la demanda, la parte actora cuente con otro mecanismo de defensa judicial.

2.6. Resuelto lo anterior resta a la Sala establecer si la normativa de la cual se pide ordenar su cumplimiento, a saber numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y artículos 128 y 130 de Decreto 1660 de 1978, contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible, en caso afirmativo, se abordará el fondo del debate del presente asunto, de lo contrario será necesario declarar la improcedencia de la acción ejercida por el actor.

En este sentido, considera la Sala que la normativa señalada no contiene una obligación clara, expresa y exigible por las razones que pasan a explicarse:

*Conviene precisar que del análisis de las pretensiones de la demanda y teniendo en consideración la conclusión a la cual se arribó al analizar el agotamiento del requisito de procedibilidad, se tiene que el demandante, con el ejercicio de la presente acción pretende que, en cumplimiento del numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y los artículos 128 y 130 del Decreto 1660 de 1978⁵, **la accionada retire de su cargo a la Directora Ejecutiva de Administración Judicial, por haber alcanzado la edad de retiro forzoso.***

5 Normas transcritas a folios 14 y 15 de esta providencia

Por su parte, la doctora Celínea Oróstegui señala que la normativa invocada en la demanda no resulta aplicable al cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, que desempeña, porque su creación fue posterior a la Constitución Política de 1991 y la edad de retiro forzoso no le aplica, como sucede en los cargos de Magistrados de Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura e incluso el de Fiscal General de la Nación.

Así las cosas, al analizar el contenido del numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996, se advierte que una de las causales de retiro es la de alcanzar la edad de retiro forzoso, por su parte, el Decreto 1660 de 1978 en su artículo 128 señala que a los 65 años se alcanza la edad de retiro forzoso y el 130 dispone que el funcionario o empleado que llegue a la mencionada edad deberá comunicárselo a su nominador; en caso contrario, el retiro lo puede pedir el Ministerio Público o decretarse de oficio por el empleador, pasados seis meses, después de alcanzar la edad requerida.

De entrada, podría afirmarse que no existe duda respecto de la obligación contenida en la normativa expuesta por el demandante; sin embargo, la Sala no puede desconocer que en el presente caso existe un debate jurídico sin definir, respecto de si el Decreto 1660 de 1978 aplica para el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, en razón de que cuando se profirió dicho acto administrativo, el referido cargo no existía, prueba de ello se evidencia al analizar el ámbito de aplicación del mentado decreto, contenido en los siguientes artículos:

“ARTÍCULO 1o. El presente estatuto se aplica a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal, sin perjuicio de lo que dispongan las normas especiales sobre carrera del mismo personal.

CAPÍTULO II. DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS.

ARTÍCULO 2o. Son funcionarios de la Rama Jurisdiccional quienes desempeñen uno cualquiera de los siguientes empleos:

Magisterio de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Tribunal Disciplinario, del Tribunal Superior de Aduanas, del Tribunal Superior del Distrito Judicial o de Tribunal Administrativo.

Juez Superior de Distrito Judicial, Juez Superior de Aduanas, Juez de Circuito, Juez de Menores, Juez Laboral, Juez de Instrucción Criminal, Juez de Instrucción Penal Aduanera, Juez de Distrito Penal Aduanero, Juez Municipal o Juez Territorial”.

De este tenor literal, y en concordancia con lo ya relatado, no resulta claro que la anterior normativa deba aplicarse al cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, pues se insiste ese cargo fue creado con posterioridad al citado acto administrativo y del análisis de las normas invocadas en la demanda, tampoco es dable afirmar, sin asomo de duda, que tenga la virtualidad de afectar la situación de la doctora Celínea Oróstegui, circunstancia que también pone en tela de juicio la exigibilidad de dicha normativa pues de su contenido literal, lo que primero se advierte, es que las disposiciones del Decreto 1660 de 1978, que se citan desatendidas, en nada tienen que ver con el cargo de Director Ejecutivo.

Frente a lo dicho, la Sala no comparte el análisis realizado por el Tribunal para concluir que las normas invocadas en la demanda sí contienen un mandato imperativo e inobjetable, pues al ver la sentencia impugnada, se tiene que se vio obligado a realizar un análisis del contenido de las sentencias C-351 de 1995, que estudió la exequibilidad del numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996, C-037 de 1996, ambas de la Corte Constitucional, que resolvió la demanda presentada contra el artículo 204 de la Ley 270 de 1996, fallos y normas que no fueron invocadas en la demanda como desatendidas y mucho menos respecto de las mismas se constituyó en renuencia al demandado.

Lo anterior implica que no hay certeza en cuanto a la existencia del deber jurídico de retirar de su cargo al Director Ejecutivo de Administración Judicial por haber llegado a la edad de 65 años, ya que justamente está en discusión si la norma que establece dicha causal es o no aplicable al referido cargo.

En otras palabras, lo que impide a la Sala ordenar el retiro pretendido por el actor, es la ausencia de un mandato imperativo frente a la aplicación de la causal de retiro por edad ya que le está vedado al juez de cumplimiento “crear” la obligación cuyo cumplimiento se reclama, ya que al hacerlo se despojaría de tal calidad para convertirse en legislador o administrador.

Cosa distinta, es que el mandato sea claro, imperativo e inobjetable y que no quede duda sobre su aplicación al caso concreto, evento en el cual el juez de cumplimiento, naturalmente, podrá consultar, aplicar y tener en consideración otras normas, con el fin de materializar ese mandato ya existente.

En suma, al juez de cumplimiento solo le está permitido efectuar una integración normativa cuando aquella no tenga por finalidad construir el mandato, la obligación que se pretende cumplir, es decir, solo en eventos en que el mandato resulte claro y de su existencia no se tenga ninguna duda.

Tal aserto resulta aún más palmario si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional expuso en la sentencia C-351 de 1995⁶, que el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, en lo concerniente a la edad de retiro forzoso “no se extiende a la rama judicial”, incluso destacó que era “...teniendo en cuenta que la Constitución de 1991 creó nuevos organismos y autoridades judiciales, y estableció para ellos periodos fijos, poniendo así término al anterior sistema vitalicio, se hace necesaria la expedición de una nueva ley que fije la edad de retiro forzoso para los casos contemplados en ese artículo, tomando en consideración los cambios introducidos en la Constitución Política de 1991”.

Adicionalmente, este fallo se encargó de esclarecer que el legislador tiene potestad para establecer como causal de retiro, los 65 años de edad, en los siguientes términos:

“¿A quién corresponde determinar la edad de retiro forzoso? Obviamente si el constituyente no lo ha hecho, dicha potestad queda deferida al legislador, quien, además, dentro de las facultades asignadas en el artículo 125, puede determinarla para los demás servidores públicos. Así lo ha hecho a través del otorgamiento de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que éste, a su vez, la determine, como lo hizo mediante el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968”.

Y, en lo referente a la aplicación de la edad de retiro forzoso, precisó que:

*“Como se ha señalado anteriormente, la Carta Política establece la edad de retiro forzoso como una de las causales de retiro para los magistrados de las altas Cortes. De ello no se puede colegir que aunque para este caso concreto se haya fijado tal causal en la Constitución, ello sea excluyente para que, a través de la ley, dicha causal se extienda a otros servidores públicos, o que se establezca como regla general para todos ellos. **Quedarían exceptuados aquellos de elección popular, para los cuales se establezca un periodo fijo, como es el caso del presidente y del vicepresidente de la República, de los miembros de cuerpos colegiados, de los gobernadores o de los alcaldes.** En estos casos la razón es la de que no cabría determinar una edad de retiro forzoso para aquellos ciudadanos que por voluntad popular, expresada en las urnas, acto por excelencia a través del cual se expresa la soberanía del pueblo, sean elegidos para un periodo fijo, ya que mediante ese hecho el pueblo directamente está manifestando su deseo de que esa persona -el elegido- y no otra, ocupe el cargo correspondiente y lo desempeñe durante todo el período previamente señalado en la Carta Política. Para estos cargos la Constitución no prevé edad de retiro forzoso.*

⁶ Que declaró exequible el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968

El artículo 31 del decreto 2400 de 1968 no ha perdido vigencia con la expedición de la Carta Política de 1991, porque, como se ha establecido, no la contradice”. (Negrillas fuera de texto).

*Quiere decir lo anterior que la Corte Constitucional determinó que el legislador debe determinar la edad de retiro forzoso de sus magistrados y de los del Consejo Superior de la Judicatura “...en **consideración los cambios introducidos en la Constitución Política de 1991**”, pues la normativa vigente, en lo concerniente a la Rama Judicial, solo aplica para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.*

Tesis que fue reiterada en la sentencia C-616 de 2015 en la que se decidió estarse a lo resuelto en la Sentencia C-351 de 1995, ante la existencia de cosa juzgada constitucional respecto del 1er inciso del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, respecto de la presunta vulneración de los artículos 13 y 25 de la Constitución Política.

Así las cosas, teniendo en consideración que el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, como también ocurre con los magistrados de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, es de creación posterior a la Constitución Política de 1991 y tiene periodo fijo de 4 años, no resulta claro, si para la fijación de la edad de retiro forzoso se debe aplicar la normativa expuesta en la presente demanda de cumplimiento o como lo dispuso la Corte Constitucional en las sentencias antes enunciadas, requiere de regulación por parte del legislador.

Así las cosas, en sede de acción de cumplimiento, la obligación normativa que reclama la accionante, y respecto de las cuales se agotó el requisito de procedibilidad de constitución en renuencia, no es clara pues se hace evidente que no es suficiente con acudir a su contenido para identificar el mandato imperativo exigido, sino que por el contrario se requiere del estudio de otra normativa, e incluso de fallos judiciales, para poder abordar su análisis de fondo.

*Lo antes expuesto, deja en claro que **las normas presuntamente desacatadas no contienen un mandato claro en cabeza de la entidad demandada respecto a si es o no aplicable el retiro forzoso por edad, sino que requiere de un profundo estudio normativo y jurisprudencial que permita concluir que hay lugar a la existencia de una obligación que debe ser atendida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala administrativa.***

Lo anterior resulta plausible en razón, por cuanto en sede de medio de control de cumplimiento, el juez constitucional carece de competencia para realizar análisis normativos dirigidos a dar claridad a los preceptos que en la demanda se citan como desacatados, pues se insiste, esta acción está prevista para ordenar a la autoridad renuente cumplir una obligación que sea clara, expresa y exigible, lo que como antes se demostró no se cumple en el presente caso y lo que se evidencia con el estudio legal y jurisprudencial, que no solicitó el demandante pero que el a quo adelantó de manera oficiosa, labor propia del juez ordinario en la acción correspondiente.

Así las cosas, la presente acción constitucional no resulta procedente para definir la controversia que se presenta en torno al retiro por edad de retiro forzoso de la actual Directora Ejecutiva de Administración Judicial, ya que se insiste la única finalidad de la acción de cumplimiento es obligar el acatamiento de deberes imperativos e inobjetables que resulten omitidos.

Finalmente, debe manifestar la Sala que, si bien, el oficio por medio del cual el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, sirvió para tener como cumplido el requisito de procedibilidad de la presente acción de cumplimiento, es claro, como de su contenido se desprende, que omitió resolver de fondo la petición que se le elevó, por falta del respectivo quorum.

A pesar de lo anterior y toda vez que la situación de integración de la Sala Administrativa ya se encuentra superada, la Sala considera que esa Corporación le corresponde pronunciarse de fondo respecto del requerimiento presentado desde el 5 de agosto de 2015 y de la cual hasta la fecha no ha expresado su postura. En este orden de ideas se exhortará al Consejo Superior de la Judicatura, Sala

Administrativa, para que resuelva la solicitud suscrita por el señor Luis Fernando Otálvaro Calle de la cual se le remitirá copia.

Lo anterior adquiere relevancia, primero, porque al ser el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, el nominador del cargo de Director Administrativo de Administración Judicial, es el competente para pronunciarse respecto de la circunstancia expuesta por el peticionario relacionada con la aplicación de la causal de retiro forzoso para el mentado cargo y, segundo, en razón de que su respuesta bien podría ser pasible del control jurisdiccional, con el ánimo de que sea el juez ordinario quien resuelva la problemática jurídica planteada.

(...)"

Decisión: "CONFIRMAR el numeral 1º de la sentencia dictada el 2 de marzo de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A" en cuanto dispuso el rechazo de la acción de cumplimiento respecto de los artículos 127 y 131 del Decreto No. 1660 de 1978, conforme la parte motiva de la presente providencia.

REVOCAR los numerales 2º y 3º de la misma sentencia y, en su lugar, DECLARAR LA IMPROCEDENCIA de la acción de cumplimiento en lo referente al numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y de los artículos 128 y 130 del Decreto 1660 de 1978, según se expuso en la parte considerativa de esta decisión.

EXHORTAR al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, para que resuelva la solicitud de 5 de agosto de 2015 suscrita por el señor Luis Fernando Otálvaro Calle, de la cual se le remitirá copia.

(...)"

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Con salvamento de voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

**SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA
ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02309-01(ACU)

Actor: ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES DEL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO Y AFINES "ASONAL JUDICIAL SI"

Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, SALA ADMINISTRATIVA

*"(1) La parte actora en la acción de cumplimiento integró una **proposición jurídica completa**, tanto en el escrito por medio del cual constituyó en renuencia a la entidad accionada como en la demanda de cumplimiento, la cual se encuentra constituida por preceptos que contienen el deber claro, expreso y exigible que tiene el nominador; en este caso la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de retirar al funcionario o empleado judicial en quien concurra la causal de desvinculación del servicio, referida al cumplimiento de la edad de retiro forzoso.*

Tales normas que contrario a lo afirmado en la providencia que suscribo con salvamento de voto no presentan vacío o laguna alguna,

(...)

Las normas transcritas contienen: (i) La primera de ellas, la causal de desvinculación de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, por haber llegado a la edad de retiro forzoso; (ii) La segunda, determinación de la edad de retiro en sesenta y cinco (65) años; y (iii) la tercera, la obligación del nominador de retirar del servicio activo a quienes hayan llegado a referida edad.

La proposición jurídica integrada con los preceptos anteriores no permite concluir, como se hizo en la providencia, que no existe en el sub examine un mandado imperativo e inobjetable dirigido a la autoridad accionada, en virtud del cual resulte obligatorio para ésta desvincular a la actual Directora Ejecutiva de Administración Judicial, en tanto la prueba allegada al proceso da cuenta de que se encuentra incurso en la causal de desvinculación referida en la demanda.

*(ii) No es posible afirmar que exista un debate jurídico sin definir, respecto de si el Decreto 1660 de 1978 es o no aplicable al cargo de Directora Ejecutiva de Administración Judicial, por cuanto existe norma estatutaria, contenida en el artículo 149 numeral 4º de la Ley 270 del 7 de marzo de 1996⁷ invocado por el demandante como norma objeto de cumplimiento que, en forma expresa, clara y precisa consagra como causal de retiro para **todos los funcionarios y servidores judiciales** el llegar a la edad de retiro forzoso y, además, establece en el artículo 204 que “Hasta tanto se expida la ley ordinaria que regule la carrera judicial y establezca el régimen para las situaciones laborales administrativas de los funcionarios y empleados judiciales, **continuarán vigentes**, en lo pertinente el Decreto-ley 052 de 1987 y **Decreto 1660 de 1978...**”. (Negrillas fuera de texto).*

Desconocer la claridad de las normas referidas equivale a apartarse de su tenor literal y de su contenido, cuando el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial fue creado por la misma ley estatutaria de administración de justicia que consagra la causal de retiro de forzoso y la vigencia del Decreto 1660 de 1978 que la establece en sesenta y cinco (65) años.

Los presupuestos expuestos no dejan duda alguna sobre la existencia de un mandato imperativo e inobjetable que considero con todo respeto que la Sala mayoritaria desconoce, so pretexto de la existencia de un debate jurídico de imposible presencia a la luz del artículo 27 del Código Civil, en virtud del cual “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.

(...)

(iv) A la suscrita Magistrada no le asiste duda alguna de que la solución contenida en sentencia desconoce la efectividad del principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política; el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como servidores públicos, previsto en el artículo 25 ejusdem y los mandatos constitucionales que ordenan al Estado propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y dar pleno empleo a los recursos humanos.

Lo anterior sobre la base de considerar que los cargos públicos no pueden ser desarrollados a perpetuidad, toda vez que “la teoría de la institucionalización del poder público distingue la función del funcionario, de suerte que éste no encarna la función, sino que la ejerce temporalmente”, de tal manera que resulta razonable y proporcional al fin perseguido que legislador determine una edad máxima para el desempeño de funciones públicas.

(v) Al juez constitucional del cumplimiento no le era dable asimilar el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial con el de Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, sin desconocer la ratio decidendi de la sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996⁸, dictada por la Corte Constitucional, que tiene efectos de cosa juzgada constitucional, en la que se analizó in extenso la figura jurídica de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, creada por la ley

7 Esto es, posterior a la Constitución de 1991.

8 Ibid. Cita 37

estatutaria de la administración de justicia, como un mecanismo efectivo de implementación de las políticas administrativas de la rama judicial, bajo la condición de estar sujeta a las decisiones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, señalando que el funcionario que ocupe el cargo se encuentra **subordinado** a los magistrados de la referida Corporación.

En esta providencia la Corte precisó que si bien el Director Ejecutivo recibe los mismos beneficios laborales que los magistrados, **“no ostenta su mismo rango”**; por lo que se cataloga como un funcionario subeditado a los integrantes de la Sala Administrativa, cuyas responsabilidades deben estar encaminadas a ejecutar las políticas que le han sido definidas por la ley y por la referida Sala del Consejo Superior de la Judicatura, bajo la supervisión y dirección de ese organismo. En esta oportunidad precisó que:

“... como se señaló a propósito del artículo 98, a pesar de disfrutar de las mismas condiciones laborales de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, al director ejecutivo de Administración de Justicia no se le puede adscribir por mandato legal el mismo rango o status de aquellos, pues significaría vulnerar lo previsto en los artículos 254 y 255 de la Carta que les confiere categoría de magistrados únicamente a los miembros de la Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria de esa Corporación”.
(Negrillas fuera de texto)

Lo anterior significa, sin lugar a dudas, que el Director Ejecutivo de Administración Judicial no tiene la categoría de magistrado ni es equiparable a éste, como erróneamente se concluyó en el fallo del cual me aparto, por cuanto está subordinado a la Sala Administrativa que es su superior jerárquico y funcional.

En consecuencia, no es dable afirmar que las demás causales de retiro previstas en la Constitución y en las normas especiales que regulan la materia no sean aplicables al Director Ejecutivo de Administración Judicial, en tanto esto generaría una desigualdad inadmisibles, llegando a tener inclusive mayores prerrogativas que las de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, para quienes aplica la norma que consagra la edad de retiro forzoso.

De otro lado, no se puede olvidar que la figura del **Director Ejecutivo de Administración Judicial no correspondió a una creación constitucional, sino legal**, en tanto se incluyó en la ley estatutaria de administración de justicia y fue declarada exequible por considerar que depende de los Magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, razones suficientes para no otorgarle el mismo trato que a éstos en cuanto a la edad de retiro forzoso se refiere.

En este orden de ideas, resulta evidente que al no tener el mismo rango o status que los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura ni de las Altas Cortes y serle aplicables las causales de retiro previstas en la Constitución y en las normas especiales proferidas al amparo de ésta, dirigidas a funcionarios y empleados de la rama judicial, los preceptos cuyo cumplimiento se solicita son imperativos y la edad de retiro forzoso es la prevista en el artículo 128 del Decreto 1660 de 1978, deviniendo en obligatorio para el nominador la desvinculación de la funcionaria, por haber llegado a la edad de retiro forzoso.

En este orden de ideas, a juicio de la suscrita Magistrada, la decisión que correspondía tomar en el radicado de la referencia era la de confirmar la sentencia de primera instancia que había accedido a las pretensiones de la demanda, bajo la consideración de ser el cumplimiento el medio de control idóneo para que la autoridad accionada diera alcance a normas que contienen un mandato imperativo e inobjetable.”

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 15001-23-33-000-2016-00249-01(ACU)

Actor: HELVER FRANCISCO CIPAGAUTA TUTA

Demandado: UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA “UPTC”

Asunto: El demandante aduce que en repetidas ocasiones ha solicitado que se reajuste el valor de las matrículas de conformidad con el estatuto general de 2005. Por su parte la UPTC alude que no existe tal desconocimiento porque se atiende el contenido del Acuerdo 049 de 1994. En primera instancia, el Tribunal accede porque concluye que el acuerdo de 1994 no está vigente.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2.3.- Norma que se solicita acatar

El artículo 83 del Acuerdo 066 de 2005:

“La Universidad establecerá los valores de pago de matrícula de todos los programas académicos atendiendo, prioritariamente, las condiciones socioeconómicas de los estudiantes, y creará estímulos para aquellos de calidades académicas sobresalientes”.

2.4. Del agotamiento del requisito de procedibilidad

(...)

En este caso, con la demanda se allegaron los siguientes escritos:

1. Copia de la petición radicada por el actor el 31 de julio de 2014¹, entre otras presentadas con antelación en el mismo sentido, ante la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, en la que se solicita que esa institución de educación superior, “en cabeza del rector” cumpla con lo ordenado por el artículo 83 del Estatuto General –Acuerdo 066 de 2005-.

2. Oficio No. VA-230 de 22 de agosto de 2014, suscrito por el vicerrector académico de la “UPTC”, en la que se informa al accionado “...el Consejo Superior ha estudiado la posibilidad de ajustar el costo de matrículas para las carreras que menciona en su petición, lo cual requiere e estudios técnicos financieros para establecer si es posible un equilibrio financiero, así como una equidad entre los estudiantes de las mismas”.

De acuerdo con lo expuesto no hay duda que en este caso previo a acudir al ejercicio de la presente acción de cumplimiento, el demandante agotó en debida forma el requisito de renuencia, pues solicitó a la accionada el acatamiento del precepto al que alude en el escrito de la demanda.

1 Folios 14 y 15

2.5. Solución del caso

Mediante el ejercicio de la presente acción de cumplimiento el actor pretende que se ordene “UPTC” que cumpla con el mandato impuesto por el artículo 83 del Acuerdo 066 de 2005, Estatuto General, por su parte la institución educativa sostiene que viene acatando ese precepto en virtud del Acuerdo 49 de 1994 “por el cual se establece el valor y sistema de liquidación de los derechos de la matrícula pecuniaria de los estudiantes de pregrado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia”.

A efectos de dar mayor claridad se transcribirá el precepto que se dice incumplido:

El artículo 83 del Acuerdo 066 de 2005:

“La Universidad establecerá los valores de pago de matrícula de todos los programas académicos atendiendo, prioritariamente, las condiciones socioeconómicas de los estudiantes, y creará estímulos para aquellos de calidades académicas sobresalientes”.

De acuerdo con lo anterior, resulta claro que existe un mandato que debe atender la “UPTC” como lo es establecer el valor de la matrícula de “. . . todos los programas académicos atendiendo, prioritariamente, las condiciones socioeconómicas de los estudiantes”. Tal y como, en debida forma, lo hizo el a quo por “establecer” debe entenderse instituir, ordenar y decretar² y, de acuerdo con la redacción del precepto dicha obligación esta propuesta a futuro. Respecto del cual no se advierte la existencia de otro mecanismo de defensa, para el actor, como tampoco que su acatamiento implique la erogación de gasto alguno para la demandada.

Así las cosas, se tiene que la norma contiene una obligación clara y expresa, en lo relacionado con la exigibilidad, si bien en principio no se advierte la imposición de plazo alguno en el precepto que se dice desacatado, esta Sección en providencia de 3 de diciembre de 2015³, de modificación jurisprudencial, en los casos de ejercicio de potestad reglamentaria, destacó que este requisito debe superarse, al respecto precisó que:

“..es necesario, una vez más, modificar la línea jurisprudencial expuesta, para en su lugar entender que la acción de cumplimiento procede para ordenar el ejercicio de la potestad reglamentaria, en todos los casos en los que el legislador haya impuesto al ejecutivo el deber de reglamentar determinada materia, con independencia de si se impuso término o no al efecto debido a que, como se explicará la ausencia de un lapso específico no puede entenderse como una circunstancia que impida la procedencia de la acción de cumplimiento

(...)

Bajo este panorama, es claro que aunque la acción de cumplimiento sí procede para exigir el ejercicio de la potestad reglamentaria aun cuando el legislador no haya establecido ningún tiempo específico para el efecto, lo cierto es que es físicamente imposible que la obligación contenida en la ley se satisfaga de manera inmediata o a los pocos días de haber sido expedida, y por ello, la acción de cumplimiento solo será procedente después de transcurrido un tiempo prudencial en el que el ejecutivo haya podido adelantar todos los estudios y análisis que son consustanciales al proceso de la reglamentación”. (Negrilla fuera de texto).

El anterior antecedente es plenamente aplicable al presente caso, pues lo que requiere el precepto que se dice incumplido es la regulación del artículo que se dice desacatado.

Lo anterior resulta aún más relevante, si se tiene en consideración que la omisión a la que se alude, está contenida en un artículo que se expidió en 2005, es decir, hace más de 10 años; por tanto, de

2 Como lo define la Real Academia Española, link: <http://dle.rae.es/?id=GilsITP>

3 Rad. No. 2015-00227-01, actor: Darío Gil Londoño, C.P. doctora: Rocío Araújo Oñate

conformidad con la sentencia antes mencionada, el juez de la acción de cumplimiento tiene competencia para estudiar de fondo la pretensión de la demanda al encontrar superados los requisitos de procedibilidad de la acción de cumplimiento.

Luego de lo anterior, la Sala advierte que la decisión del a quo deberá ser modificada y revocada parcialmente, pues resulta evidente que en este caso la obligación impuesta por Estatuto General de la “UPTC” no ha sido acatada.

Como fundamento de la anterior conclusión, resulta preciso manifestar que analizado, en su integridad, el texto del derogado⁴ Estatuto General –Acuerdo 120 de 1993⁵, pero haciendo especial énfasis en el capítulo II, artículos 68 al 72, se tiene que el contenido del precepto que se pide acatar no existía, en los términos dispuestos en el Acuerdo 066 de 2005, su más cercana aproximación era el artículo 70 que disponía “el estatuto estudiantil de la Universidad, reglamentará entre otros los siguientes aspectos: requisitos de inscripción, admisión y matrícula, derechos y deberes, distinciones e incentivos régimen disciplinario y demás aspectos académicos”.

De acuerdo con lo anterior y partiendo del significado, ya expuesto, del término “establecer”, el cual se redactó en tiempo futuro y, tendiendo en consideración el argumento antes mencionado de que esta disposición no estaba contenida en el Estatuto General derogado, resulta evidente que se trata de una obligación impuesta desde el 2005.

Respecto del anterior mandato, de establecer el valor de la matrícula con las condiciones ya expuestas, no resulta plausible aceptar el argumento de apelación del apoderado de la accionada, según el cual el artículo 83 del Acuerdo 066 de 2005 se viene cumpliendo los términos señalados en el Acuerdo 049 de 1994.

Esto en la medida de que: i) se trata de una disposición anterior -1994-, con la cual no se puede atender una compromiso pactado a futuro, en el 2005; ii) el acuerdo de 1994⁶ no expresa que la regulación del valor de la matrícula se haga atendiendo “prioritariamente, las condiciones socioeconómicas de los estudiantes”, condición que impone el Estatuto General de 2005 y; iii) como antes se demostró en el Acuerdo 049 de 1994 este mandato, en los términos plasmados en estatuto actual, no estaba expresamente impuesto en el Estatuto General que le sirvió de fundamento.

Para reforzar la argumentación expuesta, resulta plausible mencionar que el escrito por el cual se constituyó en renuencia a la accionada, su vicerrector afirmó que “...el Consejo Superior ha estudiado la posibilidad de ajustar el costo de matrículas para las carreras que menciona en su petición, lo cual requiere de estudios técnicos financieros para establecer si es posible un equilibrio financiero, así como una equidad entre los estudiantes de las mismas”.

Estudios técnicos de los cuales obra prueba en el expediente a folios 336 al 341 en los que se allegaron copia del contrato interadministrativo No. 198 de 2008 entre la Universidad Nacional de Colombia y la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia que data del 2008 y cuyo objeto era “el estudio de la metodología para el cálculo del valor de la matrícula...”, lo que demuestra el interés de la UPTC de modificar el valor de las matrículas, pero del cual se desconoce su finalización.

Por lo expuesto, y aclarando que no es de la competencia del juez de la acción de cumplimiento pronunciarse respecto de la vigencia o no del Acuerdo 049 de 1994, norma a la que no se alude en la demanda y, si bien, es traído como argumento de defensa de la accionada, basta con señalar, como lo hace esta providencia, si dicho acto tiene la virtualidad de dar cumplimiento al mandato exigido en el artículo 83 del Acuerdo 066 de 2005, lo cual, como ya se concluyó, no se ocurre en este caso, por las razones ya anotadas. La Sala concluye que el fallo recurrido debe ser modificado y revocado

4 Por el Acuerdo 066 de 2005

5 <http://virtual.uptc.edu.co/archivador/archivos/A120-93.pdf>

6 Folios 244 al 247

parcialmente, pues se demostró que el artículo desatendido contiene un mandato claro, expreso y exigible que la “UPTC” hasta la fecha no ha acatado.

*A pesar de compartir la decisión de acceder a las súplicas de la demanda, la Sala **modificará** el numeral segundo de la providencia del a quo en el sentido de que la orden que se dictará a la “UPTC” será que, en un término no mayor a seis meses, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, dé cumplimiento al contenido del artículo 83 del Acuerdo 066 de 2005, para lo cual deberá establecer los valores de cobro de matrícula de todos los programas académicos atendiendo, prioritariamente, las condiciones socioeconómicas de los estudiantes.*

*Lo anterior en razón de que es en esos precisos términos la norma fue redactada y, en atención al mandato claro, expreso y exigible que contiene dicha disposición, sin que sea dable al juez constitucional imponer su propia interpretación o alcance, por este mismo argumento se **revocará** el numeral tercero del fallo recurrido, pues el precepto, que se concluyó incumplido, no prevé la condición que impone en su decisión el Tribunal y, se confirmará en los demás apartes.*

(...)”

Decisión: “MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia dictada el 30 de junio de 2016 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el que quedará así: ORDENAR a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia “UPTC” que, en un término no mayor a seis meses, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, dé cumplimiento al contenido del artículo 83 del Acuerdo 066 de 2005 para lo cual deberá establecer los valores de cobro de matrícula de todos los programas académicos atendiendo, prioritariamente, las condiciones socioeconómicas de los estudiantes.

REVOCAR el numeral tercero del fallo recurrido, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

(...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Ausente con excusa

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2016-01746-01(ACU)

Actor: WILLIAM ALEXANDER RICO COBA

Demandado: LA NACIÓN, MINISTERIO DE TRANSPORTE

Asunto: Confirma sentencia del 15 de septiembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, a través de la cual se negaron las pretensiones de la acción de cumplimiento.

Extracto: *“En el presente evento, pretende el demandante que se ordene al Ministerio de Transporte el cumplimiento del artículo 17 de la Ley 769 de 2002 modificado por el artículo 4 de la Ley 1383 de 2010, en tanto que, según él, dichas disposiciones contienen un mandato de inobjetable cumplimiento por parte de la cartera ministerial, en el sentido de implementar un formato único nacional para la licencia de conducción así como la ficha técnica para su elaboración con los mecanismos de control correspondientes y la inclusión del dispositivo electrónico, magnético u óptico con los datos de registro que permita la lectura y actualización de éstos, para que las nuevas licencias de conducción permitan a la autoridad de tránsito confrontar la identidad del respectivo titular, sin costo alguno.*

(...) De acuerdo con lo anterior, la Sala estudiará si, en efecto, el Ministerio de Transporte ha cumplido con la disposición legal objeto de la presente demanda o si, por el contrario, como lo afirma el recurrente, dicha cartera se ha abstenido de acatar de manera integral la normativa en comento.

(...) Como se lee, la norma en cita establece, a cargo del Ministerio de Transporte, la orden de determinar un formato único nacional de la licencia de conducción así como la ficha técnica para su elaboración y los mecanismos de control correspondientes.

Igualmente, la disposición legal señala, entre otros, que las nuevas licencias de conducción deberán permitir al organismo de tránsito confrontar la identidad del respectivo titular de conformidad con las normas vigentes.

Asimismo, dentro de las características técnicas que deben contener las licencias, deberán incluirse, entre otras cosas, un código de barra bidimensional electrónico, magnético u óptico con datos del registro y un holograma de seguridad.

De manera que, la norma cuyo acatamiento se exige por la parte actora, contiene los presupuestos necesarios para acudir al juez de cumplimiento, toda vez que: i) cuenta con fuerza material de ley y ii) el mandato que contiene es imperativo o inobjetable y está en cabeza del Ministerio de Transporte.

(...) Sobre el punto, el tribunal a quo consideró que tales obligaciones habían sido acatadas por el ministerio demandado, comoquiera que, mediante Resolución 623 del 7 de marzo de 2013, se adoptó la ficha técnica del formato único nacional para la licencia de conducción. (...)

No obstante lo anterior, el recurrente insiste que en la actualidad circulan 4 formatos de licencia de conducción en el territorio nacional, de modo que no se cumple de manera real y efectiva con la precitada norma.

Pues bien, al respecto debe aclararse que, aun cuando en el país existen varios formatos de licencias de conducción, aún vigentes, esto se debe a que, el Decreto Ley Antitrámites 19 de 2012, en el artículo 197, que modificó el artículo 22 de la Ley 769 que a su vez había sido modificado por el artículo 6 de la Ley 1383 de 2010, previó lo siguiente:

“Las licencias de conducción para vehículos de servicio particular tendrán una vigencia de diez (10) años para conductores menores de sesenta (60) años de edad, de cinco (5) años para personas entre sesenta (60) años y ochenta (80) años, y de un (1) año para mayores de ochenta (80) años de edad.”

Lo anterior quiere decir que las licencias de conducción, para la fecha en que se expidió el decreto antitrámites en mención, estarán vigentes, independientemente de su fecha de vencimiento, hasta el 2022, o 10 años después de su expedición (cuando esta se obtuvo después del 2013).

(...)Es decir, si bien en la actualidad aún circulan varios formatos de licencias de conducción, lo cierto es que, el Ministerio de Transporte ya definió la ficha técnica y el formato único para la expedición de éste documento, solo que hasta el 2022, cuando terminen de vencer las últimas licencias con formato antiguo, en todo el territorio nacional circulará el formato único nacional de que trata la Resolución 623 de 2013.

En tales condiciones, no le asiste razón al demandante cuando afirma que el ministerio demandado se ha abstenido de cumplir con el mandato relativo a establecer un formato unificado a nivel nacional para efectos de la expedición de la licencia de conducción.

Ahora bien, en lo que respecta a la acusación del actor, según la cual, ninguno de los formatos de licencia que se encuentran vigentes, cuentan con las características técnicas señaladas ni permiten al organismo de tránsito confrontar la identidad del respectivo titular, debe precisarse que el formato único nacional que se definió en la Resolución 623 de 2013, sí contiene las especificaciones técnicas señaladas en la ley, según se aprecia en el anexo técnico que hace parte integral de dicho acto administrativo.

(...)Así las cosas, no encuentra la Sala que el Ministerio de Transporte en la actualidad incumpla con el artículo 17 de la Ley 769 de 2002, en tanto que, como bien lo indicó el a quo, dicha cartera ministerial profirió y adoptó la ficha técnica para la elaboración de la licencia de conducción (formato único nacional) con las condiciones y características que debe contener según el mandato legal.”

Decisión: “Confírmase la sentencia del 15 de septiembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriada esta decisión, devuélvase el expediente al Tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016)
Radicación número: 27001-23-31-000-2015-00090-01(ACU)
Actor: ARMANDO VALENCIA CASAS
Demandado: UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DEL CHOCÓ

Asunto: Sentencia que confirma la decisión de negar cumplimiento por la existencia de otro mecanismo de defensa judicial para obtener el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo.

Extracto: “3.1. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, el señor Armando Valencia Casas pretende el cumplimiento del artículo 64 de la Ley 30 de 1992 cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 64. El consejo superior universitario es el máximo órgano de dirección y gobierno de la universidad y estará integrado por:

- a. El Ministro de Educación Nacional o su delegado, quien lo presidirá en el caso de las instituciones de orden nacional;
- b. El gobernador, quien preside en las universidades departamentales;
- c. Un miembro designado por el Presidente de la República, que haya tenido vínculos con el sector universitario;
- d. Un representante de las directivas académicas, uno de los docentes, uno de los egresados, uno de los estudiantes, uno del sector productivo y un ex rector universitario, y
- e. El rector de la institución con voz y sin voto.

Parágrafo 1º En las universidades distritales y municipales tendrán asiento en el consejo superior los respectivos alcaldes quienes ejercerán la presidencia y no el gobernador.

Parágrafo 2º Los estatutos orgánicos reglamentarán las calidades, elección y periodo de permanencia en el consejo superior, de los miembros contemplados en el literal d) del presente artículo.

De acuerdo con lo anterior, es claro, que el precepto que se pide hacer cumplir se encuentra contenido en una norma con carácter de ley, como lo es la Ley 30 de 1992.

De otra parte, frente a la solicitud de cumplimiento de la sentencia C-589 de 1997 la Sala reitera que este medio de control no es idóneo para deprecar el acatamiento de fallos judiciales, sin embargo ello

no es óbice para sostener que el presente asunto se trata de analizar el presunto incumplimiento del artículo 64 de la Ley 30 de 1992 bajo el entendimiento dado por la Corte en la sentencia que declaró exequible dicho precepto.

Finalmente, en cuanto a la pretensión de cumplimiento de un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, se insiste en que por mandato del artículo 1º de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento solo procede para obtener el acatamiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos. Los conceptos que emite la referida Sala no son ni lo uno ni lo otro. Recuérdese además que según el artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, “los conceptos de la Sala no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario”. En consecuencia, para estos efectos la acción de cumplimiento no es procedente. (...)

3.3. De la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para obtener el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento no procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento de defensa judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo que de no proceder el juez, se cause un perjuicio grave e inminente para el accionante.

De igual forma, esta Sección en reiterada jurisprudencia¹ ha desarrollado “la existencia de otro mecanismo judicial”, como causal de improcedencia de la acción de cumplimiento, en aquellos casos en los que no se acredite un perjuicio irremediable.

Así, en sentencia de 24 de mayo de 2012, se reiteró que “la razón de ser de esta causal de improcedencia es garantizar que la resolución de las diferencias jurídicas sea efectuada por el juez natural, bajo el trámite que el ordenamiento jurídico ha establecido como propio para ello y evitar la alteración de las competencias que han sido radicadas en las diferentes jurisdicciones. No puede entenderse que el Constituyente haya creado la acción de cumplimiento como un instrumento paralelo a los medios judiciales ordinarios; por ello la causal señalada, le imprime a la acción de cumplimiento el carácter de mecanismo residual y subsidiario. En el evento consagrado como excepción, la norma habilita al Juez de la acción de cumplimiento para que, pese a la existencia de un instrumento judicial, se pronuncie de fondo en relación con la solicitud, pero siempre y cuando se acrediten los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio”².

Pues bien, en el caso bajo estudio la actora pretende que se cumpla el artículo 64 de la Ley 30 de 1992 y en consecuencia, sea retirado el gobernador del Chocó del Consejo Directivo de la Universidad.

Como fundamento de su petición el accionante señaló, que la Universidad Tecnológica del Chocó es del orden nacional y que por mandato de la referida norma, en los Consejos Directivos de los centros universitarios autónomos de dicho nivel, el gobernador no tiene asiento.

La Sala considera, al igual que el Tribunal de primera instancia, que los argumentos expuestos en la demanda de cumplimiento deben ser conocidos por el juez natural. Veamos:

No es de recibo el argumento del actor según el cual, no es procedente impetrar una demanda en ejercicio del medio de control de simple nulidad por cuanto la Sección Primera de esta Corporación ya se pronunció en el sentido de indicar que el gobernador no tiene asiento en la Universidad Tecnológica del Chocó.

1 Cfr. Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2010-02067-01(ACU), M.P. Alberto Yepes Barreiro, Sentencia de 23 de agosto de 2012, radicado n° 25000-23-31-000-2012-00425-01(ACU). M.P. Mauricio Torres Cuervo, Sentencia de 21 de junio de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2006-01095-01(ACU). M.P. Mauricio Torres.

2 Cfr. Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2010-02067-01(ACU), M.P. Alberto Yepes Barreiro.

El tribunal, contrario a lo afirmado por el actor, sí analizó dicho planteamiento, y concluyó que como en dicho proceso la Sección Primera declaró la nulidad del Acuerdo No. 0015 de 2005, y el actor censura el Acuerdo No. 0020 de 2011, se trata de situaciones jurídicas distintas.

En efecto, para la Sala no cabe duda de que:

(i) La Sección Primera en sentencia de 5 de septiembre de 2013³ declaró la nulidad del Acuerdo No. 0015 de 24 de febrero de 2005, expedido por el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica del Chocó “Por el cual se reforma el estatuto profesoral de la Universidad Tecnológica del Chocó ‘Diego Luís Córdoba’”.

En dicho proceso, el demandante que es el mismo de la presente acción de cumplimiento, pretendió que se decretara la nulidad del citado Acuerdo, debido a que la sesión del Consejo Superior Universitario de la Universidad en la que se aprobó dicho Acuerdo, fue presidida por el señor Julio Iburguen Mosquera, en calidad de gobernador del Chocó.

La Sección Primera, consideró que:

“... el argumento de la parte demandada no es de recibo porque la aplicación del principio de autonomía universitaria, no justifica que la Universidad viole las normas superiores que reglan su funcionamiento, así mismo, si bien es válida la justificación que expresó la Universidad Tecnológica del Chocó al declarar que el señor Gobernador se encontraba actuando de buena fe, no quiere decir ello, que no se tengan que reconocer y cumplir las normas de carácter vinculante que no pueden ser desconocidas al realizar un Consejo Superior Universitario y, máxime cuando lo que está en juego es el servicio público de la educación. (...)

... es claro para la Sala que se vulneró la norma antes citada, toda vez que, en ningún momento se vislumbra que se pueda designar a persona diferente al Ministro de Educación o a su delegado para fungir como presidente del Consejo Superior de la Universidad, tal y como sucedió en el sub lite, en donde, se designó como presidente, se reitera, al señor Julio Iburguen Mosquera, Gobernador del Chocó.

Cabe resaltar entonces, como por medio de la voluntad particular de los intervinientes en el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luís Córdoba”, se está modificando una norma de carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento, lo que no resulta aceptable desde de ningún punto de vista, toda vez que, de permitirse, cualquier otra Universidad del Orden Nacional podría hacer lo mismo, generando entonces un caos en la prestación del servicio público de la educación, que al tener dicho carácter todos sus procedimientos deben ceñirse obligatoriamente a toda normativa legislativa y constitucional que le sea aplicable, en aras de garantizar la transparencia en la prestación del mismo.”.

De acuerdo con lo anterior, la Sección Primera se ocupó de analizar si la designación del gobernador como presidente del Consejo Superior de la Universidad, debía anularse en razón a que dicha entidad es del orden nacional. La respuesta fue claramente negativa. Sin embargo, es claro que, contrario a lo dicho por el señor Valencia Casas, en dicha sentencia nunca se afirmó que el gobernador no hiciera parte del órgano de dirección universitario.

(ii) En el presente asunto, el actor censura la composición del Consejo Directivo de la Universidad contenida en el Acuerdo No. 0020 de 2011 “Por el cual se expide el Estatuto General de Universidad (sic) Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luís Córdoba”, el cual incluye al gobernador como miembro, pero no presidiéndolo, pues tal atribución corresponde al Ministro de Educación o su delegado.

(iii) Conforme lo expuesto, se advierte que la Sección Primera, en el proceso referido, no se ocupó de analizar la legalidad del Acuerdo No. 0020 de 2011, por lo tanto, y teniendo en cuenta que no

3 Radicación No. 2009-00470-00, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno.

está probado que haya sido suspendido provisionalmente o anulado por el juez de lo contencioso administrativo, se presume legal.

(iv) Los fundamentos de la presente acción en realidad constituyen censuras frente a la legalidad del numeral 3º del artículo 24 del Acuerdo No. 0020 de 2011 que señala que el gobernador del Chocó integra el Consejo Superior de la Universidad.

En consecuencia, bien puede el actor formular demanda de simple nulidad si considera que el artículo 24 de los estatutos viola el artículo 64 de la Ley 30 de 1992 en los términos en que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-589 de 1997, pues no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada.

Así las cosas, será el juez ordinario de lo contencioso administrativo quien determinará si el hecho de que el gobernador del Chocó integre el Consejo Superior Universitario –sin presidirlo-, de la Universidad, trasgrede el artículo 64 de la Ley 30 de 1992.

En efecto, nótese que la finalidad del actor es demostrar la ilegalidad de la norma estatutaria de integración del máximo órgano de dirección y gobierno del ente universitario.

En otras palabras, nos encontramos ante una verdadera demanda de nulidad y “disfrazada” del medio de control de cumplimiento.

La Sala insiste en que no es posible enervar las causales propias del medio de control de nulidad simple, previstas en el artículo 137 del CPACA, como por ejemplo la relativa a la expedición con infracción de las normas en que debería fundarse o en forma irregular, a través del ejercicio del medio de control de cumplimiento.

En este contexto, la Sala le recuerda a la parte actora, que tal y como lo concluyó la Corte Constitucional en Sentencia C-193 de 1998 “tan importante es que el constituyente reconozca formalmente los derechos como que arbitre el correlativo instrumento para su protección. De este modo el derecho y la garantía se integran en un todo. Los instrumentos de protección son variados, de acuerdo con la específica finalidad que ellos persiguen, cada uno de ellos tiene una función tutelar. Por lo tanto, el orden y la seguridad jurídicos imponen que la utilización de dichos medios se haga en forma racional, de manera que no se interfieran o anulen entre sí y no se les reste su eficacia. En tal virtud, no es admisible que el legislador cree instrumentos sucesivos o paralelos para la protección de los derechos” (Negrillas propias de la Sala).

En consonancia con lo anterior, insiste la Sala en que el fin último de la acción de cumplimiento es procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, en aquellos casos en que las autoridades públicas no den estricto cumplimiento al deber jurídico o administrativo que les es exigible por lo que la controversia propuesta en el sub lite va más allá de exigir el cumplimiento de la Ley y en tal medida, requiere que el juez natural realice un análisis de fondo al artículo estatutario que regula la integración del Consejo Superior Universitario.

En ese sentido, considera la Sección que el accionante cuenta con la posibilidad de presentar demanda en ejercicio del medio de control de nulidad simple con el fin de controvertir el acto administrativo - Acuerdo No. 0020 de 2011.

*Así las cosas, para la Sala la petición del señor Valencia Casas es **improcedente**, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, pues este cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para controvertir la legalidad del acto administrativo censurado.*

Abora bien, el juez de la acción de cumplimiento, pese a la existencia de un instrumento judicial, podría pronunciarse de fondo en relación con la solicitud, siempre y cuando se acrediten los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio. No obstante, en el caso de la referencia, la parte interesada no solo no probó tales extremos, sino que además el juez tampoco los advierte.

Alberto Yepes Barreiro

*Finalmente, es importante precisar que el a quo incurrió en una imprecisión al “negar” la presente acción de cumplimiento por no superar el requisito de subsidiariedad, pues en dicho evento debe **declararse** la improcedencia. Empero, la Sala confirmará la sentencia impugnada en razón a que se mantiene la decisión de no ordenar el cumplimiento, pero por diferentes razones, que conllevan a que se nieguen las pretensiones de la demanda.”*

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia de 22 de febrero de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo del Chocó.

NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

En firme esta sentencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016)
Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00159-01(ACU)
Actor: ANA MILENA CABALLERO MORERA
Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE TRANSPORTE

Asunto: Sentencia que confirma la decisión de ordenar al Ministerio de Transporte regular las condiciones, características de seguridad y el rango de precios al usuario dentro del cual se deben ofrecer los servicios que prestan los Centros de Enseñanza Automovilística, los de Reconocimiento y Evaluación de Conductores, los de Diagnóstico Automotor, y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción expresado en salarios mínimos diarios vigentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1753 de 2015, y modifica el término otorgado por el a quo para cumplir dicho mandato.

Extracto: “3. Análisis del caso concreto

La Sala entrará a decidir si en el presente caso se cumplen todos los presupuestos necesarios para que prospere la acción de cumplimiento.

3.1. En el asunto que ocupa la atención de la Sala y de acuerdo con la pretensión formulada en la demanda, la parte actora pretende el cumplimiento del artículo 30 de la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país””, cuyo tenor literal es el siguiente:

ARTÍCULO 30. DETERMINACIÓN DE TARIFAS Y TASA POR SERVICIOS QUE PRESTEN LOS ORGANISMOS DE APOYO. *Modifíquese el artículo 20 de la Ley 1702 de 2013, el cual quedará así:*

“Artículo 20. Determinación de tarifas por servicios que presten los organismos de apoyo. El Ministerio de Transporte definirá mediante resolución, en un plazo no mayor a noventa (90) días contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las condiciones, características de seguridad y el rango de precios al usuario dentro del cual se deben ofrecer los servicios que prestan los Centros de Enseñanza Automovilística, los de Reconocimiento y Evaluación de Conductores, los de Diagnóstico Automotor, y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción expresado en salarios mínimos diarios vigentes. Se efectuará un estudio de costos directos e indirectos considerando las particularidades, infraestructura y requerimientos de cada servicio para la fijación de la tarifa. Para la determinación de los valores que por cada servicio deben transferirse al Fondo Nacional de Seguridad Vial, se aplicará el siguiente procedimiento:

- 1. Se tomará el valor del presupuesto de la Agencia Nacional de Seguridad Vial ejecutado en el año inmediatamente anterior, certificado por el responsable del presupuesto.*
- 2. Se definirá el número de servicios acumulados en el mismo período por los cuatro (4) grupos de organismos de apoyo (Centros de Enseñanza Automovilística, los de Reconocimiento de Conductores, los de Diagnóstico Automotor y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción), dividiendo el valor del numeral precedente en el número de servicios.*
- 3. El producto de dividir la operación se tendrá como base del cálculo individual de cada tasa.*
- 4. La tasa final de cada servicio corresponderá al cálculo individual multiplicado por factores numéricos inferiores a uno (1) en función de la pertenencia de cada usuario o de su vehículo (en el caso de los Centros de Diagnóstico Automotor) a grupos de riesgo con base en criterios como edad, tipo*

de licencia, clase de vehículo, servicio u otros que permitan estimar el riesgo de accidente, tomados con base en las estadísticas oficiales sobre fallecidos y lesionados. Los factores serán crecientes o decrecientes en función de la mayor o menor participación en accidentes, respectivamente.

5. Una vez definido el valor de la tasa individual, esta se acumulará al valor de la tarifa para cada servicio.

En ningún caso la tasa final al usuario podrá superar medio (0,5) salario mínimo diario en las tarifas que cobren los Centros de Reconocimiento de Conductores, de Diagnóstico Automotor y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción y un (1) salario mínimo diario en los Centros de Enseñanza Automovilística.

Se determinará el porcentaje correspondiente que se girará con destino al Fondo Nacional de Seguridad Vial y la parte que se destinará como remuneración de los organismos de apoyo de que trata este artículo.

PARÁGRAFO 1o. La Agencia Nacional de Seguridad Vial, con cargo a los recursos mencionados en el presente artículo y los demás ingresos del Fondo Nacional de Seguridad Vial, podrá apoyar a las autoridades de tránsito que requieran intervención con base en sus indicadores de seguridad vial, así como a la Policía Nacional a través de convenios que tendrán por objeto, tanto las acciones de fortalecimiento institucional, como las preventivas y de control, incluyendo, cuando proceda, el uso de dispositivos de detección de aquellas infracciones de tránsito que generen mayor riesgo de accidente.

PARÁGRAFO 2o. La Agencia Nacional de Seguridad Vial transferirá al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, uno coma cinco (1,5) salarios mínimos mensuales legales vigentes (smmlv) por cada necropsia médico legal registrada en el mes anterior por causa o con ocasión de accidentes de tránsito, una vez remita la información de fallecimientos y lesiones bajo las condiciones de reporte fijadas por el Ministerio de Transporte. Los valores estarán destinados al financiamiento de las actividades médico legales y de información relacionadas con accidentes y hechos de tránsito”.

3.2. De la renuencia

La Sala estudiará en primer lugar si la accionante cumplió con el deber de probar que se constituyó en **renuencia** al Ministerio de Transporte antes de instaurar la acción de la referencia, para lo cual, se debe analizar el contenido del escrito que antecede la presente acción, a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación que ha sido uniforme en señalar:

El segundo inciso del artículo 8º de la Ley 393 de 1997 dispone que la acción de cumplimiento procede cuando se ha demostrado la renuencia del demandado a cumplir con el deber legal o administrativo omitido, lo cual sólo puede excusarse cuando se sustenta en la demanda la inminencia de un perjuicio irremediable que exige la intervención inmediata de la orden judicial.

Para entender a cabalidad este requisito de procedencia de la acción es importante tener en cuenta dos supuestos: De un lado, la reclamación del cumplimiento y, de otro, la renuencia.

El primero, se refiere a la solicitud dirigida a la autoridad o al particular que incumple la norma, la cual constituye la base de la renuencia, que si bien no está sometida a formalidades especiales, se ha considerado que debe al menos contener: **La petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo**; el señalamiento preciso de la disposición que consagra una obligación y la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento.

Por su parte, la renuencia al cumplimiento puede configurarse en forma tácita o expresa, puesto que se presenta cuando el destinatario del deber omitido expresamente ratifica el incumplimiento o si transcurridos 10 días desde la presentación de la solicitud, la entidad o el particular guardan silencio con relación a la aplicación de la norma. Esto muestra que el requisito de procedencia de la acción prueba la resistencia del destinatario de la norma a cumplir con ella.

Así las cosas, para probar la constitución de la renuencia expresa es necesario analizar tanto la reclamación del cumplimiento como la respuesta del destinatario del deber omitido, puesto que la primera delimita el marco del incumplimiento reclamado. Y, para demostrar la renuencia tácita es necesario estudiar el contenido de la petición de cumplimiento que previamente debió formular el demandante, pues, como se dijo, aquella define el objeto jurídico sobre el cual versará el procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos.¹

Al amparo de esa decisión, se examinará el contenido de la solicitud presentada en ejercicio del derecho de petición radicado en el Ministerio de Transporte el 27 de noviembre de 2015 en los siguientes términos: “Atentamente solicito a su despacho se dé cumplimiento al Artículo 30 de la Ley 1753 de 2015 frente a la Determinación (sic) de tarifas y tasa (sic) por servicios que presten los organismos de apoyo y se defina mediante resolución las condiciones, características de seguridad y el rango de precios al usuario dentro del cual se deben ofrecer los servicios que prestan los Centros de Enseñanza Automovilística, los de Reconocimiento y Evaluación de Conductores, los de Diagnóstico Automotor, y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción expresado en salarios mínimos diarios vigentes”.

El Subdirector de Tránsito del Ministerio de Transporte, dio respuesta mediante oficio de 9 de diciembre de 2015 en los siguientes términos: “...le informamos que mediante Resolución No. 0003318 del 14 de septiembre de 2015, el Ministerio de Transporte estableció las condiciones, características de seguridad y rangos de precios al usuario para servicios prestados por Centros de Diagnóstico Automotor. En lo relacionado con los Centros de Reconocimiento de Conductores se está trabajando para que la respectiva resolución sea expedida antes de finalizar el año en curso. Con respecto a las pruebas teórica y práctica, se encuentra en ejecución un convenio entre el Ministerio de Transporte y la Universidad Nacional de Colombia para la elaboración del banco de preguntas de la prueba teórica, para la prueba práctica se espera que esté reglamentada para el año 2016. De lo anterior se concluye que el Ministerio de Transporte está dándole cumplimiento a lo establecido en el artículo 30 de la Ley 1753 del 09 de junio de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo) quedando por reglamentar otros aspectos a la luz de la norma.”

Con base en lo anterior, encuentra la Sala que sí se acreditó el requisito de procedibilidad frente al artículo 30 de la Ley 1753 de 2015, porque de manera clara y expresa se pidió su cumplimiento y coincide con la pretensión de la demanda. La entidad si bien dio respuesta dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación del escrito, puso de presente que no ha cumplido a cabalidad la norma en comento, lo que es suficiente para tener por demostrado el requisito de procedibilidad en estudio.

3.3. Para la Sala es claro que la presente acción no se encuadra en ninguno de los supuestos que la harían improcedente: la señora Caballero Morera no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para que el Ministerio efectúe la determinación de tarifas por servicios que presten los organismos de apoyo. Tampoco se advierte que la actora pretenda el reconocimiento de un derecho subjetivo, ni la protección de derechos fundamentales. Finalmente, la norma no establece gastos.

3.4. Analizado el contenido del artículo 30 de la Ley 1753 de 2015 es evidente que contiene un mandato imperativo, inobjetable y actualmente exigible así:

- *Autoridad que tiene a cargo el deber: Ministerio de Transporte*
- *Plazo: no mayor a 90 días contados a partir de la entrada en vigencia de la ley. Según el artículo 267 la Ley 1753 de 2015 entró a regir a partir de su publicación, la cual se efectuó el 9 de junio de 2015 en el Diario Oficial No. 49.538. En ese orden, el plazo de 90 días venció el 21 de octubre de 2015².*

1 Sección Quinta, providencia de 24 de junio de 2004, Exp. 2003-0724, C.P. Dr. Darío Quiñones Pinilla.

2 Debe tenerse en cuenta que la norma estableció el término en días por lo que se deben contar solo los hábiles de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 4 de 1913 “Sobre régimen político y municipal” que dispone: “En los plazos de

- *Obligación: “El Ministerio de Transporte definirá las condiciones, características de seguridad y el rango de precios al usuario dentro del cual se deben ofrecer los servicios que prestan los Centros de Enseñanza Automovilística, los de Reconocimiento y Evaluación de Conductores, los de Diagnóstico Automotor, y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción expresado en salarios mínimos diarios vigentes...”*

3.5. Frente al cumplimiento de la norma, el Ministerio aceptó tanto en la respuesta que dio a la solicitud presentada por la actora, como en la contestación de la demanda e incluso en la impugnación, que aquél ha sido parcial pues se trata de regular aspectos técnicos que por tanto requieren de expertos con conocimientos especializados, elaboración de estudios previos y la socialización de los proyectos de actos con la ciudadanía en los términos del numeral 8º del artículo 8º del CPACA³.

Justamente, la impugnación se circunscribe a solicitar ampliación del plazo concedido por el tribunal -3 meses-, pues a su juicio es insuficiente para concluir el proceso de regulación en los términos que impone el artículo 30 de la Ley 1753 de 2015.

3.6. En atención a lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 21 de la Ley 393 de 1997, la Sala ampliará el término concedido por el a quo teniendo en cuenta que la entidad accionada demostró que ha adelantado gestiones para cumplir con la obligación que tiene a su cargo pues expidió la Resolución No. 0003318 de 2015; publicó el proyecto de resolución por medio de la cual se establecen las condiciones, características de seguridad y rangos de precios al usuario para servicios prestados por centros de reconocimiento de conductores y se modifica la Resolución 217 de 2014; suscribió el contrato de servicios de consultoría con la Universidad Nacional de Colombia cuyo objeto es “realizar la revisión técnica y psicométrica de un banco de 400 preguntas sobre los conocimientos requeridos para que las personas puedan obtener una licencia de conducción”; y diseñó varios módulos de encuestas referidos a los centros de enseñanza automovilística.

Lo anterior significa que la entidad accionada en la medida de sus posibilidades, pues nadie está obligado a lo imposible, ha venido cumpliendo el deber que la ley le impone y que requiere no solo estudios técnicos que demandan tiempo sino también la socialización con la ciudadanía que implica conceder un plazo para que los interesados presenten opiniones, observaciones y sugerencias y un término para darles respuesta y posteriormente tomar la decisión definitiva.

Así las cosas, resulta razonable ampliar el plazo otorgado por el a quo, para que en el término de 6 meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia el Ministerio de Transporte culmine la regulación que tiene a su cargo y expida las correspondientes resoluciones en los términos del artículo 30 de la Ley 1753 de 2015, razón por la cual modificará la sentencia impugnada en lo que pertinente.”

Decisión: “MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de 23 de febrero de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B dentro de la acción de cumplimiento promovida por la señora Ana Milena Caballero Morera en contra del Ministerio de Transporte, el cual quedará así:

días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario...”

3 ARTÍCULO 8o. DEBER DE INFORMACIÓN AL PÚBLICO. Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos: (...)

8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general.

“En consecuencia, ORDENAR al Ministerio de Transporte que, dentro de los seis (06) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia culmine la regulación que tiene a su cargo y expida las correspondientes resoluciones en los términos del artículo 30 de la Ley 1753 de 2015.”

CONFIRMAR en lo demás, la sentencia impugnada.

ORDENAR al Ministerio de Transporte que vencido el término concedido en el numeral primero de esta providencia, remita un informe al juez de primera instancia de este proceso, en el que dé cuenta del cumplimiento de la orden que le fue impartida.

NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

En firme esta sentencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 20001-23-33-000-2016-00371-01(ACU)

Actor: CARLOS ANDRÉS GALESO MORALES

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS - UARIV

Asunto: Sentencia que revoca decisión de primera instancia, para en su lugar ordenar al Director (a) Técnico (a) de Reparación de la UARIV, el cumplimiento del deber consagrado en el oficio con número de radicado 201572011421471 de 29 de julio de 2015 y, en consecuencia, pague de manera real y efectiva al señor Carlos Andrés Galeso Morales, la suma de dinero equivalente a 27 salarios mínimos legales mensuales vigentes por indemnización administrativa, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Extracto: “3. *Análisis del caso concreto*

3.1. Lo que se pide cumplir

El actor pretende el cumplimiento del oficio con número de radicado 201572011421471 de 29 de julio de 2015, suscrito por María Eugenia Morales Castro en su calidad de Directora Técnica de Reparación de la UARIV (fl. 11-14).

En dicho oficio se da respuesta a una petición elevada por el accionante acerca de cuánto y cuándo se le reconocerá y ordenará el pago de la indemnización por vía administrativa en el marco de la reparación integral. (...)

De acuerdo con lo anterior, se tiene que se pide el cumplimiento de un acto administrativo, por tanto, el primer requisito se encuentra satisfecho.

3.2. De la renuencia

El inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1997 en concordancia con el numeral 5º del artículo 10 ibídem, estableció como requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento, que con la demanda el actor aporte la prueba de haber requerido a la entidad demandada en forma directa y con anterioridad al ejercicio de la acción, el cumplimiento del deber legal o administrativo presuntamente desatendido por aquélla y, que la entidad requerida se ratifique en el incumplimiento o guarde silencio frente a la solicitud. De esta manera quedará acreditada la renuencia de la respectiva autoridad administrativa y el actor podrá ejercer la acción de cumplimiento.

Para la satisfacción de este requisito de procedibilidad es importante tener en cuenta, como lo ha señalado la Sala, que “el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento”¹.

Por lo tanto, la Sección debe estudiar si el solicitante acreditó que constituyó en renuencia a la autoridad demandada antes de presentar la acción. Para ello se analizará el contenido del escrito remitido a la señora Paula Gaviria, entonces Directora de la UARIV, radicado el 13 de mayo de 2016 en la Dirección Territorial Cesar y La Guajira de la entidad, en el que solicitó:

1 Consejo de Estado, Consejero Ponente Mauricio Torres Cuervo, providencia de 20 de octubre de 2011, Exp. 2011-01063.

“... atender y respetar la fecha de pago dispuesta por la entidad referenciada para el día 30 de junio de 2016 bajo el código GAC-160630.237. Para ello demando que se me notifique por escrito y por la vía más expedita (correo electrónico: cgaleso@gmail.com) el procedimiento para recibir tal pago...” (Fl. 17-19).

Por su parte, la Directora Técnica de Reparación de la UARIV emitió respuesta mediante oficio radicado 201672030850021 de 1º de agosto de 2016, el cual claramente fue expedido excediendo el término de 10 días a que hace mención el artículo 8º de la Ley 393 de 1997. En ese orden, transcurridos 10 días sin haber obtenido respuesta el actor pudo haber promovido la acción de cumplimiento habiendo agotado el requisito de procedibilidad.

Por tal razón, esta Sala considera que, una vez analizados el escrito referido y la respuesta dada por la autoridad accionada, el requisito de procedibilidad sí se acreditó.

Por último resulta relevante para la Sala precisar que la renuencia debe entenderse como la negativa del ente accionado frente a la solicitud de cumplimiento de la disposición, bien porque no dé respuesta oportunamente, o porque aunque sea emitida en tiempo, resulte contraria al querer del ciudadano.

3.3. De la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para obtener el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento no procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento de defensa judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo que de no proceder el juez, se cause un perjuicio grave e inminente para el accionante.

De igual forma, esta Sección en reiterada jurisprudencia² ha desarrollado “la existencia de otro mecanismo judicial”, como causal de improcedencia de la acción de cumplimiento, en aquellos casos en los que no se acredite un perjuicio irremediable.

Así, en sentencia de 24 de mayo de 2012, se reiteró que “la razón de ser de esta causal de improcedencia es garantizar que la resolución de las diferencias jurídicas sea efectuada por el juez natural, bajo el trámite que el ordenamiento jurídico ha establecido como propio para ello y evitar la alteración de las competencias que han sido radicadas en las diferentes jurisdicciones. No puede entenderse que el Constituyente haya creado la acción de cumplimiento como un instrumento paralelo a los medios judiciales ordinarios; por ello la causal señalada, le imprime a la acción de cumplimiento el carácter de mecanismo residual y subsidiario. En el evento consagrado como excepción, la norma habilita al Juez de la acción de cumplimiento para que, pese a la existencia de un instrumento judicial, se pronuncie de fondo en relación con la solicitud, pero siempre y cuando se acrediten los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio”³.

El a quo consideró que el documento cuyo cumplimiento se solicitó es un título ejecutivo y por tanto, el actor debió acudir a la acción ejecutiva, lo que sumado a la inexistencia de un perjuicio irremediable, lo llevó a concluir que la presente acción de cumplimiento es improcedente.

Al respecto, la Sala pone de presente que no existe certeza acerca de que el acto administrativo cuyo cumplimiento se deprecia, reúna los requisitos para ser considerado como título ejecutivo, en los términos del artículo 297 del CPACA:

2 Cfr. Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2010-02067-01(ACU), M.P. Alberto Yepes Barreiro, Sentencia de 23 de agosto de 2012, radicado n° 25000-23-31-000-2012-00425-01(ACU). M.P. Mauricio Torres Cuervo, Sentencia de 21 de junio de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2006-01095-01(ACU). M.P. Mauricio Torres.

3 Cfr. Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2010-02067-01(ACU), M.P. Alberto Yepes Barreiro.

“ARTÍCULO 297. TÍTULO EJECUTIVO. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.
2. Las decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas queden obligadas al pago de sumas de dinero en forma clara, expresa y exigible.
3. Sin perjuicio de la prerrogativa del cobro coactivo que corresponde a los organismos y entidades públicas, prestarán mérito ejecutivo los contratos, los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo a través del cual se declare su incumplimiento, el acta de liquidación del contrato, o cualquier acto proferido con ocasión de la actividad contractual, en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones.
4. Las copias auténticas de los actos administrativos con constancia de ejecutoria, en los cuales conste el reconocimiento de un derecho o la existencia de una obligación clara, expresa, y exigible a cargo de la respectiva autoridad administrativa. La autoridad que expida el acto administrativo tendrá el deber de hacer constar que la copia auténtica corresponde al primer ejemplar.”

Para que el acto administrativo contenido en el oficio de 29 de julio de 2015 de la UARIV, pudiera considerarse como un título ejecutivo susceptible de ser objeto de una acción ejecutiva, tendría que corresponder a una copia auténtica con constancia de ejecutoria de la cual no se tiene evidencia, máxime cuando se trata de un oficio emitido en cumplimiento de una orden judicial de tutela y no en el marco de un procedimiento administrativo propiamente dicho.

En ese sentido, considera la Sección que no es posible sostener categóricamente, como lo hizo el a quo, que el accionante cuenta con la posibilidad de presentar demanda ejecutiva, con el fin obtener el cumplimiento del acto administrativo mencionado.

En ese orden, y aun si se considera que el actor sí tiene otro medio de defensa judicial, lo cierto es que de ello se derivaría un perjuicio grave e inminente para el actor, quien se encuentra en situación de desplazamiento forzado, lo cual lo hace sujeto en condiciones de vulnerabilidad, lo que se agravaría si se le somete a los trámites y erogaciones propias de adelantar un nuevo proceso judicial, como por ejemplo, los honorarios de un abogado.

Además, debe tenerse en cuenta, como lo dice la UARIV, que la indemnización tiene un espíritu de acción transformadora de manera que es vital para que el actor y su familia superen su situación de desplazamiento, que puedan recibirla.

3.4. La norma cuyo cumplimiento se solicitó implica un gasto ya apropiado

En cuanto a este presupuesto de procedibilidad de la acción de cumplimiento, la Sala coincide con lo dicho por el a quo puesto que en este caso, la erogación que implica el pago de la indemnización administrativa por desplazamiento forzado al accionante y su núcleo familiar, implica la obligación de ejecutar un gasto.

Ello es así, porque el 29 de julio de 2015 la entidad expidió el oficio que contiene la obligación de pagar 27 smlmv el 30 de junio de 2016, es decir, con un año de anticipación al plazo establecido e indicó que fijó esa fecha en atención a su capacidad presupuestal anual que le asigna el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Lo anterior significa que la UARIV tiene presupuestado el pago de la indemnización al actor y su núcleo familiar, lo cual se corrobora con la respuesta dada a la demanda de cumplimiento, en la cual afirmó que solo hace falta la actualización de la información para proceder al pago.

3.5. De la existencia de un mandato imperativo e inobjetable

La finalidad de la acción de cumplimiento es que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial competente para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, tal como lo dispone el artículo 87 constitucional. Sin embargo, a través de esta acción no es posible ordenar ejecutar toda clase de disposiciones, sino aquellas que contienen prescripciones que se caracterizan como “deberes”⁴. Los deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional son los que albergan un mandato perentorio, claro y directo a cargo de determinada autoridad, un mandato “imperativo e inobjetable” en los términos de los artículos 5, 7, 15, 21 y 25 de la Ley 393 de 1997.

Abora bien, el artículo 5º de la Ley 393 de 1997 señala que la presente acción se dirigirá contra la autoridad a la que corresponda el cumplimiento de la norma con fuerza material de ley o acto administrativo, es decir, impone al demandante la carga de establecer, tanto para la constitución en renuencia y la interposición de la demanda, la autoridad pública o el particular en ejercicio de funciones públicas que debe cumplir la norma.

No obstante, el inciso final impone al juez el deber, en todo caso, de notificar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido.

Es decir, si el demandante yerra al determinar la parte obligada a cumplir el precepto, o si la norma cuyo cumplimiento se pretende no indica de manera expresa la autoridad que tiene a su cargo hacerlo efectivo, el juez deberá estudiar el conjunto de normas que integran el sistema jurídico vigente, identificarla y vincularla al proceso.

Igual deber tendrá el juez si la autoridad que señala la norma cuyo cumplimiento se pretende, fue suprimida, fusionada o escindida, caso en el cual tendrá que efectuar el estudio respectivo para identificar, en la actualidad, qué autoridad debe cumplir la norma correspondiente.

No puede afirmarse, entonces, la inexistencia de un mandato imperativo e inobjetable cuando la norma cuyo cumplimiento se pretende requiera del análisis de otros preceptos o no precisa la autoridad obligada, pues lo que realmente aquella debe prescribir es un “deber”.

Los deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional son los que albergan un mandato perentorio, claro y directo. Así, por ejemplo, si la norma consagra una facultad o su ejercicio es discrecional, no se cumplirá el requisito bajo estudio.

En el presente caso, la norma que se pide cumplir está contenida en un acto administrativo emanado de la entidad demandada en la que ella misma señaló el plazo para efectuar el pago de la indemnización administrativa a que tiene derecho el actor junto con su familia, en cuantía de 27 smlmv.

Así, no cabe duda que la misma UARIV se impuso una obligación expresa, clara y exigible, pues así lo señaló en el oficio con número de radicado 201572011421471 de 29 de julio de 2015, suscrito por María Eugenia Morales Castro en su calidad de Directora Técnica de Reparación de la UARIV, en el que:

(i) Se indicó con claridad el monto a pagar, cuando señaló que “Verificada la información suya que reposa en el Registro Único de Víctimas – RUV... hemos determinado que los integrantes del hogar víctima, que aparecen registrados tienen derecho a recibir 27 salarios mínimos legales mensuales vigentes....

(ii) Estableció la fecha en que debía efectuarse el pago:

⁴ Deber: Aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas. (Diccionario de la Real Academia Española).

... como quiera que la orden judicial nos indica fijar una fecha cierta de pago, sin hacer una revisión previa de los criterios de priorización que el Gobierno Nacional ha definido en la Resolución 090 de 2015 para hechos distintos a desplazamiento forzado y en el Decreto 1377 de 2014 boy Decreto 1084 de 2015 para desplazamiento forzado, y teniendo en cuenta la capacidad presupuestal anual con la que cuenta la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas que ha sido asignada por el Ministerio de Hacienda en cumplimiento del Plan de Financiación de la Ley 1448 de 2011, sólo le es posible a la Unidad para las Víctimas, asignar un turno para otorgar la indemnización para el día **30 de Junio de 2016** bajo el código GAC-160630.237, toda vez que el pago de la indemnización administrativa prioritario está supeditado a la verificación de los criterios de priorización”. (Negrilla y subraya del texto original).

De otra parte, se observa que la obligación es actualmente exigible puesto que el plazo fijado por la UARIV se encuentra vencido y el pago no se ha efectuado, tal como lo manifestó en la contestación de la demanda, en la cual señaló que el pago se puede efectuar una vez el actor allegue los soportes de las fechas de nacimiento de los miembros del grupo familiar (destinatarios): María Angélica Arias Picon y Carmen Raquel Morales de Galezo.

Por las anteriores consideraciones, la Sala revocará el fallo de primera instancia para, en su lugar, ordenar el cumplimiento del acto administrativo referido y, en consecuencia, la UARIV una vez el actor allegue dichos soportes, deberá efectuar el pago de la indemnización administrativa (27 smlmv) al actor, dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que el señor Carlos Andrés Galeso Morales allegue los soportes respectivos.”

Decisión: “REVOCAR la sentencia de 8 de septiembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, para en su lugar ORDENAR al Director (a) Técnico (a) de Reparación de la UARIV, el cumplimiento del deber consagrado en el oficio con número de radicado 201572011421471 de 29 de julio de 2015 y, en consecuencia, pague de manera real y efectiva al señor Carlos Andrés Galeso Morales, la suma de dinero equivalente a 27 salarios mínimos legales mensuales vigentes por indemnización administrativa, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Para efectos del cumplimiento efectivo de la orden contenida en el numeral anterior, CONCEDER el término de diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que el señor Carlos Andrés Galeso Morales allegue los soportes mencionados en la parte considerativa de esta providencia.

NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

En firme esta sentencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

Índice Analítico

Acciones de tutela

A

Acción de tutela

Efectos definitivos 73

Acción de tutela contra providencia judicial 38

43, 48, 55, 60, 87, 97, 109, 114, 121, 130, 141, 147, 154, 156, 169, 179, 184

Legitimación en la causa por activa 92

Herederos del demandante del proceso ordinario 92

Providencia cuestionada resuelve recurso extraordinario de revisión 102

Acto de trámite o preparatorio

Definición 114

Acto definitivo

Concepto 114

Acuerdo municipal

Observaciones del Gobernador 87

Adecuada aplicación normativa 97, 124

Anulación de cláusula compromisoria 126

Ausencia de configuración del defecto por desconocimiento del precedente 163

Ausencia de defecto procedimental absoluto 130

Ausencia de defecto sustantivo 97, 124

Ausencia de vulneración del derecho a la defensa 87, 97

Ausencia de vulneración del derecho al debido proceso 87, 97

Ausencia de vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia 87, 97

B

Bonificación por servicios

<i>Marco normativo</i>	60
<i>Ingreso base de liquidación en el Régimen especial de la Rama Judicial</i>	60

C

Caducidad de la acción ejecutiva	55
Carencia actual de objeto de la acción de tutela por daño consumado	201
Comisión Interamericana de Derechos Humanos	
<i>Trámites internos</i>	141
<i>Comunicación interestatal</i>	141
Comunicados de prensa de la Corte Constitucional	
<i>Ausencia de efectos vinculantes</i>	162
Comunidad indígena	
<i>Lugares sagrados</i>	190
Consentimiento previo, libre e informado de la comunidad indígena respecto de los proyectos que la afecten	204
Consulta previa con carácter posterior	191
Crisis humanitaria por masacre	
<i>Víctimas</i>	141
Culpa exclusiva de la víctima	
<i>Inexistencia</i>	48, 152

D

Decisión inhibitoria

<i>Por indebida escogencia de la acción</i>	130
---	-----

Defecto fáctico	
<i>Eventos de configuración</i>	48, 158
Defecto fáctico por indebida valoración probatoria	148,
155, 158, 171	
Defecto fáctico por omisión en la valoración probatoria	154
Defecto procedimental absoluto	
<i>Noción</i>	130
Defecto sustantivo	19,
38, 55, 60, 109	
Defecto sustantivo por indebida aplicación normativa	114, 121
<i>Caducidad de la acción de reparación directa</i>	92
Defecto sustantivo por indebida interpretación normativa	141
Defecto sustantivo	
<i>Ausencia de configuración</i>	138
Demanda	
<i>Rechazo</i>	138
Derecho a la consulta previa de comunidad indígena	204
Derecho a la educación	134
<i>Carácter prestacional</i>	193
<i>Menor en condición de discapacidad</i>	134
Derecho a la educación superior	
<i>Requisitos para acceder al programa “Ser pilo Paga 2”</i>	194
Derecho a la salud	
<i>Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad</i>	175
<i>Epidemia de varicela</i>	175
<i>Demora injustificada en la prestación de atención médica</i>	170
Derecho a la salud de recluso	170, 174

Derecho de petición	
<i>Noción</i>	34
<i>Presupuestos esenciales</i>	34
Derecho internacional humanitario	141
Derechos del nasciturus	25
Derechos humanos	
<i>Violación</i>	141
<i>Sistema regional de protección</i>	141
Desconocimiento del precedente	19,
55, 60, 149, 170, 179	
Dictamen de balística	
<i>Valoración errónea</i>	152
Dictamen pericial	
<i>Valoración de la corrección de la prueba de balística</i>	102
E	
Efectos de los fallos emitidos por la Corte Constitucional	19
Estabilidad laboral reforzada	
<i>Fuero de maternidad</i>	25
Estado de cosas inconstitucional	
<i>Sistema penitenciario y carcelario</i>	174
Exceso ritual manifiesto	185
Eximente de responsabilidad	
<i>Hecho de la víctima</i>	48
F	
Falla en el servicio	
<i>Indebido manejo de información</i>	181

I

Ingreso Base de liquidación 19, 160

J

Jurisprudencia

Concepto 169

Justicia ambiental

Concepto 206

Dimensiones: distributiva y participativa. 206

M

Medida de protección extraordinaria 73

N

Nexo de causalidad

Prueba 148

Notificación electrónica 97

O

Observaciones del Gobernador

Fijación en lista: oportunidad procesal de interesados para intervenir 87

P

Pago de prestaciones laborales 68

Pensión gracia	
<i>Requisitos</i>	124
<i>Tipos de nombramiento de docentes</i>	124
Pérdida de oportunidad	
<i>Concepto</i>	170
Plazas para la prestación del servicio social obligatorio	
<i>Profesión médica</i>	34
Precedente	
<i>Concepto</i>	169
<i>Fuerza vinculante</i>	161
Prevalencia del derecho de acceso a la administración de justicia sobre las formalidades procesales	186
Principio de confianza legítima	159
Principio del efecto útil	
<i>Orden de dejar sin efectos providencia judicial objeto de revisión en el recurso extraordinario de revisión</i>	102
Problema jurídico	
<i>Modificación por parte del ad quem para garantizar la protección de los derechos fundamentales</i>	102
Procedencia de la acción de tutela para obtener el cumplimiento de sentencia judicial	73
Procedimiento administrativo sancionatorio de carácter migratorio	199
Procedimiento de consulta previa	29
Programa de alimentación escolar	
<i>Parámetros y estándares técnicos administrativos establecidos por el Ministerio de Educación Nacional</i>	134
Programas de crédito educativo condonable	
<i>Ser Pilo Paga 2</i>	193
<i>Fondo de reparación para el acceso, permanencia y graduación en educación superior de la población víctima del conflicto armado. Convocatoria 2016</i>	193

Prueba indiciaria

Insuficiencia para desvirtuar formalidades y solemnidades contractuales 157

Prueba recobrada

Requisito de la causal: prueba documental 102

R

Recurso extraordinario de revisión

*Causal: Nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no
procede recurso de apelación - Requisitos* 43

Causales de procedencia 130

Reglas del recurso de anulación contra laudos arbitrales 126

Reliquidación de la pensión 60

*Vulneración de derechos fundamentales durante el trámite administrativo
por incumplimiento de sentencias declarativas* 73

Relleno sanitario

Concepto 204

Requisito de subsidiariedad en acción de tutela cuando se procura defensa del derecho

a la consulta previa 29

Requisito de inmediatez 102, 188

Flexibilización de los requisitos 60

Requisito de subsidiariedad

Flexibilización de los requisitos 60

Requisito de subsidiariedad en acción de tutela contra acto administrativo cuando se vulnera

el derecho a la consulta previa 188

Requisitos para acceder al título de idoneidad en la carrera de medicina 34

Responsabilidad del Estado por el hecho del legislador

Evolución 38

Eventos en que se ha deducido la responsabilidad del Estado 38

Elementos: Daño antijurídico e imputación 38

S

Silencio Administrativo negativo

Carga de la prueba 138

Acto Administrativo ficto o presunto 138

Sujeto de especial protección constitucional

Menor en situación de discapacidad 134

Población desplazada 195

Mujer indígena 188

Adulto mayor en precario estado de salud y difícil situación económica 73

Estado de vulnerabilidad 134

Principio de protección reforzada 186

T

Territorio indígena

Concepto 29

Territorio tradicional y ancestral de comunidad indígena

Concepto 190

Título valor

Sentencia judicial 55

Tránsito constitucional 109

V

Valor probatorio de noticias, opiniones, reportajes, columnas en diversos medios

de comunicación 180

Valoración probatoria

Yerro de carácter grave y ostensible 48

Omisión de valorar las pruebas en conjunto 48

Testigo de oídas 147

Vía de hecho 48

Violación directa de la Constitución

Ausencia de configuración 138

Vulneración al derecho de acceso a la administración de justicia 126

Vulneración del derecho a elegir y ser elegido 156

Vulneración del derecho a la consulta previa de comunidad indígena 29, 188

Vulneración del derecho a la dignidad humana 73

Vulneración del derecho a la educación superior 193

Vulneración del derecho a la igualdad 173, 182

Vulneración del derecho a la seguridad social 25, 73

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva 68, 109

Vulneración del derecho al debido proceso 19,

38, 48, 55, 60, 109, 114, 121, 126, 141, 147, 152, 156, 158, 171, 183

Vulneración del derecho al debido proceso de migrantes 200

Vulneración del derecho al mínimo vital 73

Vulneración del derecho de petición 34

Índice Analítico

Acciones de cumplimiento

A

Acto administrativo	252
<i>Requisitos para que sea considerado título ejecutivo.</i>	252
Agotamiento del requisito de procedibilidad	224
Ampliación del plazo para el cumplimiento de la norma	248

C

Cargo de director ejecutivo de administración judicial	228
<i>Periodo.</i>	228
Constitución en renuencia de la autoridad.	224, 228

E

Edad de retiro forzoso	226
Educación Superior	233
<i>Cobro de la matrícula de los programas académicos atendiendo las condiciones socioeconómicas de los estudiantes</i>	233
Exhorto	228

F

Finalidad de la acción de cumplimiento	211, 243
Formato único nacional para la licencia de conducción	237

I

Implementación de equipos y sistemas de bajo consumo de agua	211
Improcedencia de la acción de cumplimiento	225
<i>Inexistencia de obligación, clara, expresa y exigible</i>	225
<i>Ausencia de mandato imperativo</i>	225
Improcedencia de la acción de cumplimiento por falta de agotamiento del requisito de subsidiariedad	216, 241
Improcedencia de la acción de cumplimiento para el reconocimiento de derechos subjetivos	216
Integración normativa	227

L

Legitimación en la causa por pasiva	221
--	-----

P

Petición de cumplimiento	246
<i>Contenido</i>	246
Procedencia de la acción de cumplimiento	254
<i>Norma que se pide acatar implica gasto ya apropiado</i>	252
Protección de los recursos hídricos	210

R

Reliquidación de bono pensional	216
Renuncia	224, 246
<i>Definición</i>	246
<i>Formas de configuración: tácita o expresa</i>	246
Requisitos de procedibilidad de la acción de cumplimiento	246
<i>Reclamación del cumplimiento</i>	246

S

Solicitud de retiro del Gobernador del Chocó del Consejo Directivo de la Universidad Tecnológica del Chocó.....	240
--	-----

T

Cambio de baterías sanitarias en la Casa de Nariño	219
--	-----

