



DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	
Periodo:	Septiembre de 2014	Boletín 9 (parte 2) de 2014

El boletín recoge breves reseñas de algunas providencias en las cuales el funcionario titular del despacho actúa como ponente o expide directamente. Excepcionalmente se insertarán aclaraciones o salvamentos. El texto completo podrá consultarse en línea en documentos PDF (seguir hipervínculo).

ÍNDICE GENERAL

Referencia	Pág.
A. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO	
<u>Ref.: NRD. Fallo. SANCIÓN MORATORIA POR RECONOCIMIENTO Y PAGO EXTEMPORÁNEO DE AUXILIO DE CESANTÍA PARCIAL. PLAZO LÍMITE PARA PAGAR: SESENTA (60) DÍAS SIGUIENTES A LA PETICIÓN (INCLUYE TÉRMINOS PARA DECIDIR LA PETICIÓN Y PARA EJECUTARLA. DESPUÉS DE ORDENADO EL PAGO). INEXISTENCIA DE NOTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN QUE PONE FIN A LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. Oportunidad de la acción.</u>	2
<u>Ref.: Fallo. Acción: nulidad y restablecimiento del derecho. DESCRIPTOR: Reajuste salarial. RESTRICTORES: (1) Militares. (2) Reajuste salarial y prestacional. (3) Soldado voluntario. ASUNTO LITIGIOSO (palabras claves): REAJUSTE SALARIAL Y PRESTACIONAL DE SOLDADO VOLUNTARIO 20%. EL RÉGIMEN DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES NO DESMEJORÓ LAS CONDICIONES SALARIALES NI PRESTACIONALES DE LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS QUE A ÉL SE ACOGIERON. COMPARACIÓN INTEGRAL DE LOS DOS SISTEMAS DE REMUNERACIÓN. Reiteración.</u>	6
<u>REF.: FALLO. ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DESCRIPTOR: NIVELACIÓN SALARIAL. RESTRICTORES: (1) SERVIDOR DE CARRERA. (2) PRINCIPIO DE IGUALDAD. (3) DIFERENCIACIÓN NEGATIVA. ASUNTO LITIGIOSO (PALABRAS CLAVE): NIVELACIÓN SALARIAL: PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCE RELATIVO. TRATO DIFERENCIADO A FAVOR DE QUIEN CONSERVA DERECHOS DE CARRERA. REITERACIÓN. SENTENCIA SUSTITUTIVA DE FONDO, EN CUMPLIMIENTO DE ORDEN CONSTITUCIONAL.</u>	7
<u>Ref.: Fallo. ACCIÓN: NRD (REPARACIÓN). ACCIÓN PRODEDEnte PARA OBTENER EL PAGO DE SERVICIOS PRESTADOS SIN MEDIAR CONTRATO. PRETENSIONES DE ACTIO IN REN VERSO SE VENTILAN POR LA CUERDA DEL CONTENCIOSO DE REPARACIÓN DIRECTA. PRINCIPIO IURA NOVIT CURIAI. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.</u>	8
<u>Fallo. ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DESCRIPTOR: Pensiones. RESTRICTORES: (1) Docentes. (2) Pensión gracia. (3) Descuentos SSS-Salud-. ASUNTO LITIGIOSO (palabras clave): PENSIÓN GRACIA: docentes. DEVOLUCIÓN DEL 12% DESCANTO DE LAS MESADAS PENSIONALES POR CONCEPTO DE SALUD. RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD: NO HA PREVISTO QUE COTICEN SOBRE LA PENSIÓN DE GRACIA. LA LEY 819 DE 2003 LOS REMITIÓ A LA TASA DE COTIZACIÓN. PERO NO DEFINIÓ EL INGRESO BASE DE COTIZACIÓN. OMISIÓN DE LA LEY NO PUEDE SUPLENIRSE CON INTERPRETACIÓN EN CONTRA DEL TRABAJADOR. REITERACIÓN DE LÍNEA. REFUTACIÓN A OBITER CONSEJO DE ESTADO. REITERACIÓN.</u>	10
<u>Ref. Fallo. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN (LEY 797 art. 20). DESCUENTO 12% APORTES PARA SALUD SOBRE PENSIÓN GRACIA. SENTENCIA PROFERIDA POR JUZGADO, APELACIÓN DESIERTA. VIABILIDAD FORMAL SIN SURTIRSE APELACIÓN. INTERPRETACIÓN ESTRICTA RESTRICCIÓN DE CAUSALES DE REVISIÓN. CESACIÓN DEL DESCUENTO DE APORTES: NO CONSTITUYE RECONOCIMIENTOS PERIÓDICOS. DEBIDO PROCESO: CONTROL JUDICIAL PROCEDE AÚN DE OFICIO (GARANTÍA DE DERECHOS FUNDAMENTALES). INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO POR DISCUSIÓN JURÍDICA ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN POR PASIVA: LA DEMANDADA FUE AUTORA DEL ACTO ACUSADO. Improcedente. Reiteración</u>	11
A. CONTRACTUAL	
<u>Ref.: Fallo. ACCIÓN: CONTRACTUAL. CONVENIO DE COOPERACIÓN. MARCO NORMATIVO. EQUILIBRIO DE APORTES. RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO: EN PRINCIPIO IMPROCEDENTE PORQUE LOS APORTANTES ASUMEN RIESGOS CONJUNTAMENTE SIN OBLIGACIONES RECÍPROCAS. EL PRECIO NO ES ELEMENTO DE LA ESENCIA DE ESTE TIPO DE NEGOCIO JURÍDICO. CONVENIO APARENTE: SI HAY PACTO DE COSA POR PRECIO, DEBIÓ MEDIAR PROCESO DE SELECCIÓN OBJETIVA. NOTICIA ÓRGANOS DE CONTROL: PROBABLE VIOLACIÓN DE LA LEY PARA ESCOGER DISCRECIONALMENTE AL PROVEEDOR.</u>	12
<u>Ref.: Fallo. CONTROVERSIA CONTRACTUAL. NULIDAD DE ACTO DE ADJUDICACIÓN Y DEL CONTRATO CONSECUCIONAL. PROPUESTA EN UNIÓN TEMPORAL. PARTICIPE QUE APORTA ÚNICA EXPERIENCIA ESPECÍFICA: LIQUIDACIÓN JUDICIAL TERMINADA ANTES DE INICIARSE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA. DESAPARICIÓN DE LA CONDICIÓN SUBJETIVA DEL PROPONENTE QUE LO HABILITÓ PARA OBTENER EL CONTRATO. Sentencia estimatoria. Pago de las prestaciones ejecutadas: solo cubre productos contractuales debidamente aceptados por el ente contratante.</u>	15



ACLARACIONES Y SALVAMENTOS DE VOTO	
<u>ACLARACIÓN DE VOTO DEL PONENTE. SENTENCIA DEL 18-IX-2014. REPARACIÓN. ACTOR: ESTEWUINSON LINARES CASTRO. DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL. RADICACIÓN: 850013331-701-2012-00008-01. ASUNTO: SENTENCIA DE UNIFICACIÓN, ALCANCES DE LA RATIO DECIDENDI UNIFICADA Y DE LA RATIO GENERAL. CONCURRENCIA DE INDEMNIZACIÓN PREDETERMINADA (A FORFAIT) CON LA REPARACIÓN DE DAÑO MATERIAL POR LUCRO CESANTE. DISCIPLINA DE PRECEDENTES: LA APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL SUPERIOR FUNCIONAL Y LA DISCREPANCIA CONCEPTUAL QUE SUBSISTE.</u>	19
<u>SALVAMENTO DE VOTO. SENTENCIA DEL 18-IX-2014, PONENTE HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL, NRD, RADICACIÓN 850013331001-2012-00023-01. ASUNTO: SOLDADO PROFESIONAL, RETIRO DEL SERVICIO POR DETENCIÓN PREVENTIVA. INEXEQUILIDAD EX POST DE LA CAUSAL DE DESVINCULACIÓN. EFECTOS SOBRE SITUACIONES PARTICULARES SUB JUDICE. REITERACIÓN¹.</u>	21

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ref.: NRD. Fallo. SANCIÓN MORATORIA POR RECONOCIMIENTO Y PAGO EXTEMPORÁNEO DE AUXILIO DE CESANTÍA PARCIAL. PLAZO LÍMITE PARA PAGAR: SESENTA (60) DÍAS SIGUIENTES A LA PETICIÓN (INCLUYE TÉRMINOS PARA DECIDIR LA PETICIÓN Y PARA EJECUTARLA, DESPUÉS DE ORDENADO EL PAGO). INEXISTENCIA DE NOTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN QUE PONE FIN A LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. Oportunidad de la acción.

Nº de Radicación	850013331701-2012-00012-01 (2014-00081)
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Demandante	FREDY URIEL SANDOVAL RIVERA
Demandado	MEN- FPSM- Y DEPARTAMENTO DE CASANARE
Fecha Providencia: Cuatro (4) de septiembre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: La Secretaría de Educación de Casanare, en representación del FPSM, reconoció y ordenó el pago de cesantías definitivas a favor del demandante, quien el 29 de julio de 2011, solicitó el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales, pero dicho reconocimiento fue negado mediante Oficio del 21 de agosto de 2011. La anterior decisión no se notificó personalmente al interesado; obra constancia de haber sido recibida una comunicación el 18 de agosto siguiente, pero se desconoce quién la recibió.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿A partir de cuándo corre el término de caducidad de la acción frente a un acto administrativo que pone fin a una actuación administrativa y no se notifica o se notifica irregularmente?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Aspectos procesales	Oportunidad de la acción Notificación de acto administrativo Inexistencia de notificación
Caducidad	Cómputo del término Notificación de acto administrativo Inexistencia de notificación

¹ En igual sentido, salvamentos de voto a las sentencias del 28 de agosto de 2014, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicaciones 850013331702-2011-00015-02, 850013331702-2011-00016-02 y 850013331001-2011-00739-01.



TESIS: El cómputo del término de caducidad en aquellos eventos en que la decisión que pone fin a una actuación administrativa lo es originada en una petición en interés particular que no ha sido notificada o se surte irregularmente su notificación, deberá hacerse a partir de la fecha en que la conducta del interesado permite establecer que *la conoció y que la consiente o la recurra*, esto es, desde cuando se notificó por conducta concluyente.

ARGUMENTOS:

1. Las decisiones que ponen fin a una actuación administrativa deben ser notificadas personalmente en los términos del artículo 44 del C.C.A, de no ser así no hay notificación o la misma resulta irregular, luego será inoponible al interesado.
2. No puede tenerse para efectos del cómputo del término de caducidad en un contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho la fecha en que se comunica al interesado lo decidido, a menos que este convenga en la decisión o utilice en tiempo los recursos legales (artículo 48 del C.C.A), luego si no se dan dichos presupuestos la decisión que tan solo es comunicada no produce efectos legales contra el particular hasta tanto se surta la notificación por alguno de los medios legales.
3. Se tiene en el caso concreto que el acto demandado no fue notificado en debida forma, pues no obra constancia de la notificación personal al interesado, tan solo se comunicó. Para efectos del término de la caducidad de la acción deberá tenerse en cuenta la fecha en que el interesado se tuvo por notificado por conducta concluyente, esto es, el 3 de noviembre de 2011, fecha en que presentó la solicitud de conciliación extrajudicial. Como quiera que en esa misma fecha, por la solicitud presentada, se suspendió el término de caducidad, le asiste razón al recurrente en considerar que la acción no caducó, toda vez que presentó su demanda cuando tan solo había transcurrido un 1 mes y 22 días del plazo fijado para hacerlo oportunamente.

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿La delegación nacional al secretario de educación para decidir acerca de prestaciones sociales docentes incluye la facultad de resolver reclamaciones relativas a sanción moratoria por no pago oportuno de cesantías?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
Sanción moratoria	Naturaleza jurídica Delegación secretario de educación Incompetencia
Cesantías	Delegación secretario de educación Facultades restrictivas Sanción moratoria



TESIS: No, pues aquella no hace parte del núcleo esencial de la prestación social propiamente y por ello las solicitudes relativas a la mora deben dirigirse al FPSM (al ministro directamente o por conducto del administrador fiduciario del Fondo)²; **sin embargo**, con ocasión de las primeras demandas acerca del mismo tema regidas por el modelo procesal de la Ley 1437, dicha posición no se aplica *retroactivamente en perjuicio del derecho de acceso a la Administración de Justicia* y del reconocimiento de los derechos subjetivos, contra quienes en el pasado, confiados en una senda jurisprudencial horizontal segura, acudieron ante la Secretaría de Educación y no ante el FPSM.

ARGUMENTOS:

1. En apariencia se decide un litigio provocado por la actuación de la autoridad territorial sin intervención de la Nación – FPSM; pero tal como ha ocurrido con toda la serie antigua de estos procesos, tanto los peticionarios como la Administración y la judicatura entendieron que esa relación trabada directamente entre el docente y la Secretaría de Educación constituía un vínculo orientado al FPSM en virtud de la aludida delegación para asuntos prestacionales.
2. En virtud de los principios de igualdad y de confianza legítima, no podrá sorprenderse a la parte actora con la aplicación de una solución jurisprudencial reciente, a una demanda presentada en el año 2012³.
3. Se declarará fundada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por Casanare, la cual tiene elementos propios de la discusión procesal, pero también de fondo, por inexistencia de obligación substantiva a su cargo, pues aunque en sentido estricto no media la delegación, el funcionario territorial entendió obrar en nombre del FPSM, supuestamente habilitado por el ministro.

REITERACIÓN:

PROBLEMA JURÍDICO 3: ¿Para determinar si la Administración excedió el plazo nominal de 60 días que tiene para resolver solicitudes de cesantías, hay lugar al cómputo separado del término para decidir y del que corresponde para el pago, una vez en firme el reconocimiento de rigor?⁴

² Fallo líder TAC con la última precisión procesal aludida: sentencia del 4 de julio de 2013, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicación 85001-33-31-002-2010-00416-01. Reiteraciones del 16 de noviembre de 2013, radicación 850013331-701-2011-00691-01; también del 22 de enero de 2014, raditaciones 85001-3331-701-2012-00089-01, 850013331-701-2011-00701-01, del mismo ponente, entre otras. En esa línea se dedujeron los efectos de nueva postura procesal, entre otros, autos del 9 de mayo de 2013, ponente José Antonio Figueroa Burbano, radicado 85-001-3333-002-2013-00041-01. En idéntico sentido, auto de la misma fecha y ponente, radicado 85-001-3333-002-2013-00039-01.

³TAC, sentencia del 22 de mayo de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013331001-2011-00207-01.(PRECEDENTE)

⁴Al respecto se ha dicho que la mora del reconocimiento y la mora del pago deberán separarse como dos etapas diferentes. Si se examina con rigor la metodología de la línea de fallo del Tribunal, no podrán identificarse discrepancias, ni con la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni desconocimiento alguno de la regulación de esta sanción: no se trata de aplicar mecánicamente la cuenta de los 65 días (luego de radicada la solicitud), sino de hacer producir efectos a las dos disposiciones legales que fijan un plazo para resolver la petición y otro más para hacer el pago, desde luego, previa ejecutoria del reconocimiento. TAC **sentencia del 22 de mayo de 2014**, radicado 850013331001-2011-00207-01, ponente Néstor Trujillo González

Asunto objeto de aclaración de voto de Néstor Trujillo González a la sentencia del 11 de septiembre de 2013, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicado: 850013331-703-2012-00090-01.

Precedentes en: sentencia del catorce (14) de junio de dos mil doce (2012) radicado: 850013331001-2009-00192-01 (2012-00068), M.P: Néstor Trujillo González, se discutieron los siguientes problemas jurídicos: **PJ1:** ¿Puede el FPSM excusarse en que los pagos de las cesantías parciales se realizan de acuerdo a la disponibilidad



REITERACIÓN:

PROBLEMA JURÍDICO 4: ¿Puede la entidad excusarse en que los pagos de cesantías se realizan de acuerdo a la disponibilidad presupuestal y atendiendo al turno de radicación de las solicitudes?⁵

Ref.: Fallo. Acción: nulidad y restablecimiento del derecho. DESCRIPTOR: Reajuste salarial. RESTRICTORES: (1) Militares. (2) Reajuste salarial y prestacional. (3) Soldado voluntario. ASUNTO LITIGIOSO (palabras claves): REAJUSTE SALARIAL Y PRESTACIONAL DE SOLDADO VOLUNTARIO 20%. EL RÉGIMEN DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES NO DESMEJORÓ LAS CONDICIONES SALARIALES NI PRESTACIONALES DE LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS QUE A ÉL SE ACOGIERON. COMPARACIÓN INTEGRAL DE LOS DOS SISTEMAS DE REMUNERACIÓN. Reiteración.

Nº de Radicación	850013331701-2013-00001-01
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Demandante	DAVID ALFONSO OCHOA HERNÁNDEZ
Demandado	NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
Fecha Providencia: Cuatro (4) de septiembre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se busca el reajuste salarial y prestacional (equivalente al 20% del básico) de un exsoldado profesional del Ejército que actualmente goza de asignación de retiro, quien ingresó al Ejército Nacional el 29 de abril de 1991 en condición de **soldado regular**. Fue aceptado como **soldado voluntario** desde el 01 de enero de 1993 y retirado de la institución el 25 de octubre de 2011. Indica en el libelo que su cargo y grado desde el 1º de noviembre de 2003 se denominó “**soldado profesional**” implicando una desmejora salarial del 20%, toda vez que para el mes de octubre de 2003, devengaba un sueldo básico de \$531.200 y una vez se le denominó **soldado profesional**, es decir, a partir del mes de noviembre de 2003, se le pagó un sueldo básico de \$464.800.

REITERACIÓN

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Es jurídicamente viable que el Gobierno, en desarrollo de leyes marco, modifique sistemas de remuneración de los soldados que integran la Fuerza Pública frente a las limitaciones relativas a los

presupuestal y atendiendo al turno de radicación de las solicitudes? **PJ2:** ¿Para determinar si la Administración excedió el plazo nominal de 60 días que tiene para resolver solicitudes de cesantías, hay lugar al cómputo separado del término para decidir y del que corresponde para el pago, una vez en firme el reconocimiento de rigor? **PJ3:** ¿A cargo de quién está el pago de la sanción moratoria originada en el no reconocimiento y/o pago en tiempo de las cesantías parciales previamente solicitadas por una docente que labora en el Departamento de Casanare?

En igual sentido: **sentencia del 10 de febrero de 2011, radicado 2009-00011-01**, M. P Néstor Trujillo González (SENTENCIA FUNDANTE), en la que se discutió la procedencia de la sanción moratoria entre otros asuntos relativos a la vía adecuada para reclamar en sede judicial.

⁵ Como tesis se ha planteado que no. El sistema de fuentes no sometió el reconocimiento y pago de esa prestación social a la disponibilidad presupuestal o de caja del erario; la aplicación del mecanismo de turnos acorde con la radicación de las solicitudes no tiene alcances diferentes a la organización administrativa, sin que por ello pueda condicionarse el derecho del interesado. **Reiteración** reciente en TAC sentencia del 22 de mayo de 2014, radicado 850013331001-2011-00207-01, ponente Néstor Trujillo González



principios de progresividad y condición más beneficiosa al trabajador?⁶

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿El soldado voluntario incorporado al régimen prestacional y salarial propio de los soldados profesionales en virtud del Decreto 1794 de 2000 tiene derecho a conservar la bonificación del 60% del SMLMV que devengaba conforme a la legislación preexistente, junto con las garantías ofrecidas por el nuevo régimen?⁷

REF.: FALLO. ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DESCRIPTOR: NIVELACIÓN SALARIAL. RESTRINGIDORES: (1) SERVIDOR DE CARRERA. (2) PRINCIPIO DE IGUALDAD. (3) DIFERENCIACIÓN NEGATIVA. ASUNTO LITIGIOSO (PALABRAS CLAVE): NIVELACIÓN SALARIAL: PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCE RELATIVO. TRATO DIFERENCIADO A FAVOR DE QUIEN CONSERVA DERECHOS DE CARRERA. REITERACIÓN. SENTENCIA SUSTITUTIVA DE FONDO, EN CUMPLIMIENTO DE ORDEN CONSTITUCIONAL⁸.

Nº de Radicación	850013333002-2012-00022-01
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Demandante	JOSÉ NAÚL MARTÍNEZ ÁVILA
Demandado	MUNICIPIO DE TAURAMENA
Fecha Providencia: Cinco (05) de septiembre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se pretende el reconocimiento de los derechos salariales que devenga un técnico operativo, mayor al de sus pares, por presunta identidad de requisitos para desempeñar el cargo, funciones y nivel de responsabilidades. La entidad demandada aduce que la titular del empleo invocado para la comparación tiene asignación superior a la de los demás técnicos operativos pues conserva un beneficio de carrera, adquirido en otro cargo superior ya suprimido, al haberse incorporado a la planta subsistente sin que pudiera reducirle la remuneración.

REITERACIÓN:

⁶ Como tesis se ha planteado que sí, porque no existe *derecho subjetivo* a la permanencia de un determinado sistema de remuneración, de manera que puede ser variado sin menoscabo de los *derechos ya adquiridos*, esto es, incorporados al patrimonio del servidor público y siempre que no constituyan *regresión* respecto de los beneficios laborales introducidos por el ordenamiento. Sentencia reiterativa del **14 de agosto de 2014**, radicado 850013331001-2012-00135-02, ponente: Néstor Trujillo González; así como en la sentencia del 24 de julio de 2014, radicado: 850013331002-2012-00013-01 del mismo ponente.

⁷ Al respecto se ha dicho que NO. Ante la ausencia de sentencia de unificación sobre el tema, este Tribunal ha considerado que los soldados voluntarios que se acogieron al régimen de los soldados profesionales, a partir del 1º de noviembre de 2003, no tenían derecho a la acumulación del monto de la bonificación preexistente con las nuevas garantías de una verdadera relación laboral, pues el modelo que entonces se introdujo no desmejoró objetivamente su remuneración, integralmente comparados los dos regímenes. **Sentencia reiterativa del 14 de agosto** de 2014, radicado 850013331001-2012-00135-02, ponente: Néstor Trujillo González; así como en la sentencia del 24 de julio de 2014, radicado: 850013331002-2012-00013-01 del mismo ponente.

NOTA: Esta línea jurisprudencial varió posteriormente, en cumplimiento de órdenes constitucionales. La nueva posición (que ordena las nivelaciones pretendidas) puede verse, entre otros, en los siguientes fallos: TAC, sentencia del 12 de febrero de 2015, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicado 850013331002-2013-00008-01. En ella la Sala rectifica por unanimidad la lectura que ha ofrecido en múltiples casos; lo hizo por mandato de fallo de tutela y sentencia del 10 de marzo de 2015, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850013331002-2012-00013-01 fallo sustituto. (Reemplaza la sentencia del 25 de noviembre de 2014, dejada sin efectos por el Consejo de Estado, Sección Quinta en fallo constitucional del 19 de febrero de 2015, radicado 110010315000-2014-02525-01, ponente Alberto Yepes Barreiro).

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 26 de mayo de 2014, radicado 110010315000-2014-00794-00, ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Procede el reconocimiento de una asignación mayor a la devengada en la escala salarial para la nomenclatura del empleo, para igualarla a la que devenga otra persona en uno idéntico al que fue reincorporada por supresión de un cargo de carrera, quien trae dicha remuneración superior en virtud de la preservación de los beneficios que le fueron conferidos en el destino suprimido?⁹

Ref.: Fallo. ACCIÓN: NRD (REPARACIÓN). ACCIÓN PRODEDENTE PARA OBTENER EL PAGO DE SERVICIOS PRESTADOS SIN MEDIAR CONTRATO. PRETENSIONES DE ACTIO IN REN VERSO SE VENTILAN POR LA CUERDA DEL CONTENCIOSO DE REPARACIÓN DIRECTA. PRINCIPIO IURA NOVIT CURIAT. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

Nº de Radicación	850013331701-2012-00085-01
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Demandante	SERCORIENTE LTDA.
Demandado	ALCALDÍA MUNICIPAL DE NUNCHÍA
Fecha Providencia: Dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Afirma el demandante que prestó a la alcaldía de Nunchía desde 6 de mayo hasta el 17 de junio de 2009 los servicios de 180 horas de retroexcavadora en algunas veredas, por solicitud y bajo supervisión directa del alcalde de la época. El 11 de octubre de 2011 la parte actora radicó derecho de petición, con solicitud de pago de tales servicios; obtuvo respuesta, con ocasión de acción de tutela que interpuso, el 20 de marzo de 2012 a través de la cual se negó el pago por ausencia de vínculo legal o contractual con la entidad.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Cuando se alega un presunto enriquecimiento sin causa a favor de la entidad demandada por el no pago de servicios prestados sin mediar vínculo contractual, es procedente hacerlo a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto que ha negado dicho reconocimiento, pedido después de expirado el bienio siguiente a la prestación del servicio?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Aspectos procesales	Servicios sin contrato Acción procedente Petición extemporánea

⁹ Al respecto se ha dicho que no, toda vez que la verificación judicial de las razones por las cuales la persona que ostenta el cargo con el que se compara la actora devenga una remuneración superior a la de sus pares funcionales permitió establecer que el plus que ella obtiene por su trabajo no corresponde a una diferenciación positiva caprichosa sino a la preservación del núcleo esencial de derechos subjetivos que traía consigo en virtud de la incorporación a nuevo empleo como consecuencia de la supresión del suyo en el cual estaba inscrita como titular de carrera.

En igual sentido se consolidó **línea horizontal**; la apertura se hizo en fallo TAC del 19 de septiembre de 2013, expediente 850013331702-2012-00018-01, ponente Carlos Alberto Hernández, con aclaración de voto del magistrado Néstor Trujillo González. Entre otras reiteraciones, con exactamente el mismo marco teórico, presupuestos fácticos para la comparación con el respectivo demandante y conclusiones, pueden verse los siguientes pronunciamientos: sentencia del 20 de febrero de 2014, radicado 850013331001-2012-00012-01 y del 25 de mayo de 2014, radicado 850013331701-2012-00025-01, ponencias de Néstor Trujillo González. Igualmente, del 20 de marzo de 2014, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicación 2012-00004-01.

Esta Corporación profirió sentencia el 28 de noviembre de 2013 a través de la cual revocó la providencia apelada y declaró configurada las excepciones de proposición jurídica incompleta y caducidad de la acción y, en consecuencia, terminado el proceso. En la providencia sustitutiva de fondo se concluyó que no existe una situación de discriminación o violación de los derechos laborales del actor para dar lugar a reconocer la nivelación salarial pedida, por lo que se revocó la sentencia proferida por el juez de primera instancia quien accedió a las pretensiones de la demanda. (La aclaración es necesaria únicamente en la inhibitoria que anuló el Consejo de Estado pues es la que toca el problema procesal).



Servicios sin contrato	Acción procedente Actio in rem verso Caducidad
-------------------------------	--

TESIS: No. El origen del daño que se alega determina cuál es la vía procesal correcta y cuáles las pretensiones que puedan deducirse; si el daño se deriva directamente de un acto administrativo que se considera ilegal, se demanda a través del ejercicio de la acción (o medio de control) de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 del C.C.A.), pero si proviene de un hecho, omisión, operación administrativa, ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra, lo será la de reparación directa.

ARGUMENTOS:

1. Existe sentencia de unificación del Consejo de Estado en la que se definió que la acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del C.C.A. es la idónea para pretender el reconocimiento del enriquecimiento sin causa en los casos en que proceda y, en consecuencia, obtener la respectiva compensación (el monto del enriquecimiento y nada más), siempre claro está que efectivamente concurra un enriquecimiento a favor de una entidad pública, con un empobrecimiento correlativo para quien lo alega, la ausencia de causa que justifique ese desequilibrio patrimonial y que no exista una acción distinta para restablecer el equilibrio¹⁰.
2. Es la fuente del daño la que determina la acción (medio de control en CPACA) que debe incoarse para buscar la indemnización de perjuicios; si la escogida no fue la adecuada, debe ser inadmitida la demanda para corrección y si ello se pasó por alto, siendo admitida y tramitada, cuando sea imposible enderezar el curso del debate en virtud del principio *iura novit curia*, debe proferirse sentencia inhibitoria por ausencia de uno de los requisitos sustanciales indispensables para poder decidir de fondo el asunto, que lo es el adecuado ejercicio de la acción o la “demanda en forma”.
3. Ha sostenido el Consejo de Estado: *“Al efecto cabe tener en cuenta que esta Corporación ha precisado que persisten algunos requisitos indispensables para proferir una decisión de fondo, como lo es que la acción contencioso administrativa se ejerza con sujeción a los requisitos que prevé la ley para su procedencia¹¹, sin perjuicio de que, como lo explica la doctrina, el juez cumpla con la obligación ‘de declarar la razón por la cual no puede proveer’¹².”*
4. En cuanto a la aplicación del principio *iura novit curia*, en virtud del cual el juez tiene un margen razonable de interpretación del libelo frente a los hechos alegados y probados por la parte actora y la definición de la norma o el régimen jurídico aplicable al caso, ello no puede ni debe confundirse con la total modificación de la causa *petendi* y tampoco del *petitum*; serán las particularidades de cada caso las que

¹⁰ Consejo de estado, Sala Plena de la Sección tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2012, ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicado 730012331000-2000-03075-01 (24897).

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de julio de 2002, exp. 20746, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2010, exp. 17.811.



den o no lugar a su aplicación; el Consejo de Estado ha precisado que este principio no supe la indebida escogencia de la acción o causa petendi la cual resulta inmodificable por vía de laxa interpretación del libelo¹³.

Fallo. ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DESCRIPTOR: Pensiones. RESTRICTORES: (1) Docentes. (2) Pensión gracia. (3) Descuentos SSS-Salud. ASUNTO LITIGIOSO (palabras clave): PENSIÓN GRACIA: docentes. DEVOLUCIÓN DEL 12% DESCANTADO DE LAS MESADAS PENSIONALES POR CONCEPTO DE SALUD. RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD: NO HA PREVISTO QUE COTICEN SOBRE LA PENSIÓN DE GRACIA. LA LEY 819 DE 2003 LOS REMITIÓ A LA TASA DE COTIZACIÓN, PERO NO DEFINIÓ EL INGRESO BASE DE COTIZACIÓN. OMISIÓN DE LA LEY NO PUEDE SUPLIRSE CON INTERPRETACIÓN EN CONTRA DEL TRABAJADOR. REITERACIÓN DE LÍNEA. REFUTACIÓN A OBITER CONSEJO DE ESTADO. REITERACIÓN.

Nº de Radicación	850013331001-2013-00146-01 (2014-00106)
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Demandante	MIGUEL ÁNGEL VARGAS TORRES
Demandado	CAJANAL EN LIQUIDACIÓN - UGPP (SUCEOR PROCESAL)
Fecha Providencia: Once (11) de septiembre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Quien demanda es un docente en Casanare; obtuvo pensión de gracia a cargo de CAJANAL, por servicios prestados desde febrero de 1975, mediante Resolución del 20 de febrero de 2002, efectiva a partir del 17 de octubre del 2000, reliquidada en el año 2006; en dicho acto, ordenó deducir de cada mesada el valor correspondiente para los servicios médico-asistenciales, acorde con la Ley 100/93.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿La pensión de gracia que devenga un docente puede ser afectada por descuentos con destino al sistema general de la seguridad social en salud, acorde con el modelo de sostenibilidad que introdujo la Ley 100 de 1993?¹⁴

¹³ Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 12 de mayo de 2011 y 11 de abril de 2012, ponente: Mauricio Fajardo Gómez, radicación 47001-23-31-000-2001-00399-01(26758) y 76001-23-25-000-1997-04462-01(21186).

¹⁴ Al respecto se ha dicho que No. Desde hace más de tres años, en múltiples ocasiones se ha reiterado que *no existe norma expresa alguna que imponga esa carga* a los beneficiarios de la *gracia* que por liberalidad la Nación les confirió desde el año 1913, progresivamente extendida, porque no es una *pensión gobernada por el sistema de Ley 100* en torno a la cual se han producido diversas novedades legislativas, pero ninguna explícita que afiance el aludido descuento; ni siquiera la Ley 812 del 2003, porque esta niveló el *monto* (porcentaje) de los aportes que deben hacerse por los destinatarios del régimen especial de la Ley 91 de 1989 (era del 5% en el FPSM) con los que deben hacer todos los del régimen contributivo de la Ley 100 (12 o 12,5%).

En igual sentido sentencias del 6 de febrero de 2014, expedientes 8500133330012013-00068-01, 8500133330012013-00072-01 y 8500133330012013-00073-01, sentencia del 13 de febrero de 2014, expediente 850013331701-2012-00039-01 (2013-594), y sentencia de esta misma fecha, radicado 2012-00045-01, ponente: Néstor Trujillo González. **Las últimas reiteraciones del 5 de junio de 2014** expediente 850013333002-2013-00127-01 (2014-060) ponente Néstor Trujillo González, sentencia del 15 de mayo del mismo año expediente 850013331002-2012-00071-01, y del 13 de marzo de 2014, expediente 850013333001-2012-00151-01 (2013-621), del mismo ponente. Igualmente, sentencia del 5 de marzo de 2014, ponente José Antonio Figueroa Burbano, radicados 85001- 3331-701- 2012 – 00040- 01y 85001- 3331-002- 2012 – 00041-01.

Nota: se advierte que esta línea horizontal tuvo que abandonarse por mandato del juez constitucional. De la nueva línea rectificada hacen parte, entre otros, los siguientes fallos: Apertura de nueva línea TAC, sentencia 27 de noviembre de 2014, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicado 85001-3333-002-2013-00326-01 (con aclaración de voto de Néstor Trujillo González). Reiteración en sentencias del 10 de marzo de 2015, expediente 850013331001-2010-00092-01 y de revisión del 16 de abril de 2015, radicación 85001 2333000- 2014- 00127-00 y del 23 de abril de 2015, radicado 850012333000-2014-00111-00, ponente José Antonio Figueroa Burbano; además, sentencia del 30 de abril de 2015, radicado 850013331001-2013-00327-01, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, sentencia del 7 de mayo de 2015, ponente Néstor Trujillo González, radicación: 850013333001-2014-00020-01



Ref. Fallo. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN (LEY 797 art. 20). DESCUENTO 12% APORTES PARA SALUD SOBRE PENSIÓN GRACIA. SENTENCIA PROFERIDA POR JUZGADO, APELACIÓN DESIERTA. VIABILIDAD FORMAL SIN SURTIRSE APELACIÓN. INTERPRETACIÓN ESTRICTA RESTRICATIVA DE CAUSALES DE REVISIÓN. CESACIÓN DEL DESCUENTO DE APORTES: NO CONSTITUYE RECONOCIMIENTOS PERIÓDICOS. DEBIDO PROCESO: CONTROL JUDICIAL PROCEDE AÚN DE OFICIO (GARANTÍA DE DERECHOS FUNDAMENTALES). INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO POR DISCUSIÓN JURÍDICA ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN POR PASIVA: LA DEMANDADA FUE AUTORA DEL ACTO ACUSADO. Improcedente. Reiteración

Nº de Radicación	850012333-000-2014-00142-00
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Demandante	UGPP
Demandado	ANA SILVIA PÉREZ MÁRQUEZ
Fecha Providencia: Once (11) de septiembre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se trata de un recurso extraordinario de revisión propuesto contra un fallo de juzgado administrativo de este Distrito, proferido en primera instancia, cuya sentencia quedó en firme sin que se presentara recurso alguno. Se invocaron causales del art. 20 de la Ley 797 del 2003.

La ciudadana X obtuvo sentencia estimatoria proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Yopal, por la cual se declaró la nulidad del acto administrativo expedido por CAJANAL en cuanto dispuso descontar aportes (12%) para salud sobre una pensión de gracia, se ordenó cesar el descuento y reintegrar al actor (del ordinario) los que se efectuaron. La UGPP, en calidad de sucesor procesal de CAJANAL EICE liquidada, expidió el acto administrativo de ejecución del fallo. Al proceso ordinario cuya sentencia se pretende quebrar fue convocada CAJANAL, contestó oportunamente la demanda y no fue apelada la sentencia estimatoria.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Es viable el recurso extraordinario de revisión, por las causales del art. 20 de la Ley 797, contra una sentencia de primera instancia que no fue recurrida o cuya apelación se declaró desierta por incumplimiento de cargas de quien acude por esa vía especial?¹⁵

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Procede examinar presunta violación del debido proceso respecto de un fallo acusado que ordena la devolución de los descuentos por concepto de salud en pensión gracia, por vía de recurso extraordinario de revisión, por las causales del art. 20 de la Ley 797, pese a que no se trató de reconocimientos periódicos?¹⁶

¹⁵ Como tesis se ha planteado que sí; aunque parezca un contrasentido permitir que se sustituya el debate propio de la segunda instancia, de una manera que premia la negligencia procesal de la parte vencida, la ley no condicionó el recurso extraordinario aludido a que se hayan agotado en debida forma los recursos ordinarios que procedían contra la sentencia acusada. Línea reiterativa. Sentencia del 19 de junio de 2014 radicado [850012333002-2014-00025-00](#), ponente Néstor Trujillo González; en igual sentido, entre otras, sentencias del 21 de agosto de 2014, radicaciones 2014-00108-00, 2014-00110-00 y 2014-00087-00, del mismo ponente.

¹⁶ El Tribunal ha respondido de forma afirmativa. Puesto que el debido proceso es un derecho de estirpe fundamental y su guarda constituye deber aún oficioso de los jueces, conforme a los preceptos de la Carta y el art. 103 de la Ley 1437, hay lugar a examinar el cargo relativo a su presunta violación, aunque la sentencia acusada no haya ordenado el reconocimiento de prestación periódica alguna. Se evidencia que no hay violación al debido proceso por discusión jurídica acerca de la legitimación por pasiva y además la demandada fue actora del acto acusado. Línea reiterativa. Sentencia del 19 de junio de 2014 radicado [850012333002-2014-00025-00](#), ponente Néstor Trujillo González; en igual sentido, entre otras, sentencias del 21 de agosto de 2014, radicaciones 2014-00108-00, 2014-00110-00 y 2014-00087-00, del mismo ponente.



CONTRACTUAL

Ref.: Fallo. ACCIÓN: CONTRACTUAL. CONVENIO DE COOPERACIÓN. MARCO NORMATIVO. EQUILIBRIO DE APORTES. RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO: EN PRINCIPIO IMPROCEDENTE PORQUE LOS APORTANTES ASUMEN RIESGOS CONJUNTAMENTE SIN OBLIGACIONES RECÍPROCAS. EL PRECIO NO ES ELEMENTO DE LA ESENCIA DE ESTE TIPO DE NEGOCIO JURÍDICO. CONVENIO APARENTE: SI HAY PACTO DE COSA POR PRECIO, DEBIÓ MEDIAR PROCESO DE SELECCIÓN OBJETIVA. NOTICIA ÓRGANOS DE CONTROL: PROBABLE VIOLACIÓN DE LA LEY PARA ESCOGER DISCRECIONALMENTE AL PROVEEDOR.

Nº de Radicación	850013331703-2011-00009-01
Medio de Control	CONTRACTUAL
Demandante	CORPORACIÓN GERENCIAL DE PROYECTOS
Demandado	MUNICIPIO DE MANÍ
Fecha Providencia: Dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se controvierte la afectación del equilibrio económico y financiero con ocasión de la ejecución de un “convenio interadministrativo” celebrado entre las partes, cuyo objeto final era la inversión de recursos públicos para construcción de 46 unidades básicas de vivienda en el municipio de Maní.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿En el marco de la ejecución de un convenio de cooperación que tuvo por objeto aunar esfuerzos técnicos, financieros y administrativos para la construcción de unidades básicas de un proyecto de vivienda procede restablecer el equilibrio económico presuntamente afectado a un aportante?

DESCRITORES	RESTRICTORES
Controversias contractuales	Convenio de cooperación Equilibrio financiero Improcedencia
Convenio de cooperación	Responsabilidad conjunta Equilibrio financiero Improcedencia

TESIS: Por regla general no, pues cada aportante asume los riesgos inherentes a su participación y, en general, todas las responsabilidades son conjuntas. El convenio especial de cooperación es una de las modalidades permitidas para la asociación entre el Estado y los particulares con el fin de cumplir con objetivos de carácter general, ya sean sociales, culturales o de colaboración estratégica a diferencia del contrato estatal donde el Estado garantiza las utilidades al contratista, en el convenio no existe ese tipo de garantía puesto que ninguna de las partes recibe remuneración por la labor desarrollada.

ARGUMENTOS:

Nota: se advierte que el aspecto de fondo considerado en esta línea horizontal tuvo que abandonarse por mandato del juez constitucional. De la nueva línea rectificadas hacen parte, entre otros, los siguientes fallos: TAC, providencia del 16 de abril de 2015, ponente José Antonio Figueroa Burbano, radicado: 85001- 2333-000- 2014 – 00127- 00 (cambio de línea); providencia del 28 de mayo de 2015, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicación: 85001-2333-000-2014-00126-00.



1. El artículo 28 de la Ley 80 de 1993 prevé que en materia de contratos estatales un principio general de interpretación del contrato hace que se tengan en cuenta “la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” pues es de su esencia la equivalencia entre las prestaciones recíprocas; pero esa técnica de protección del precio en principio no es aplicable a los convenios porque las partes no se están prestando servicio alguno una a la otra, a cambio de un pago.
2. En los convenios lo que debe haber es una distribución de actividades con el fin de desarrollar un objetivo común, cuyo beneficiario por regla general es diferente a quienes participan en la alianza, de manera que los cooperantes podrán hacer aportes enteramente asimétricos en dinero, trabajo, conocimientos, bienes, servicios, etcétera, sin que sea exigible equivalencia alguna entre las obligaciones asumidas por las partes.
3. Como en el convenio las partes no reciben remuneración por la labor que desarrollan, el Estado no está obligado a garantizar retorno de capital, inversión o utilidades al cooperante o aportante, a diferencia de lo que ocurre en el contrato estatal, pues en este cuando se rompe el equilibrio contractual por razones que sean ajenas al contratista, la entidad estatal debe restablecerlo indemnizándolo o compensándolo.
4. Se ha indicado que en principio la pretensión típicamente contractual no será viable entre cooperantes en virtud de la imposibilidad de configurar indebido desplazamiento patrimonial en provecho de uno de ellos y a costa del otro; la **cooperación**, cuando realmente de ella se trate, presupone *esfuerzo conjunto, aporte conjunto, administración conjunta y responsabilidad igualmente conjunta*, todo ello en pro de objetivos comunes que desbordan los intereses directos de los partícipes. Luego si la ejecución de un proyecto compartido sufre alteraciones relativas a planeación, plazo o cualquier otra contingencia inherente a los procesos decisorios que debieron adoptarse por los cooperantes, todos ellos son igualmente responsables.
5. Menos si se ha tratado de la prolongación de actividades de carácter administrativo, de gestión, debida diligencia o similares que el partícipe presuntamente *empobrecido* o perjudicado se ha obligado a aportar. El riesgo de su propio aporte corre enteramente por su cuenta. Otra cosa podría considerarse si se demuestra que efectivamente, por hechos imputables exclusivamente a los demás partícipes, ha tenido que tomar a su cargo obligaciones que excedan de los compromisos que haya adquirido.

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Quien haya suscrito un *convenio aparente de cooperación*, al cual subyace una simple relación contractual típicamente conmutativa, podría aducir las técnicas de protección del precio por desequilibrio financiero respecto de su presunto aporte?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
<i>Convenio de cooperación</i>	Cooperación aparente fraudulenta Equilibrio financiero Culpa exclusiva de la víctima



Cooperación aparente fraudulenta	Selección objetiva burlada Equilibrio financiero Culpa exclusiva de la víctima
---	--

TESIS: No. La contratación estatal es solemne y está precedida de procesos de selección objetiva, por regla general, cuyos cometidos esenciales lo son procurar los mejores precios y condiciones y propender por igualdad de oportunidades para contratar con la Administración, como uno de los mecanismos de redistribución del ingreso. Quien contrata fraudulentamente se expone a su propio mal, por desconocimiento de dichos principios.

ARGUMENTOS:

1. La solemnidad de la contratación estatal es incompatible con cualquier práctica orientada a burlar los principios y si quien dice haber sido perjudicado con un desequilibrio financiero (menoscabo del precio) obtuvo el contrato irregularmente favorecido con la adjudicación, su mala fe deberá ser sancionada pecuniariamente: las consecuencias de su conducta correrán por su cuenta y riesgo.
2. La Constitución Política faculta a la Administración en sus diferentes niveles para suscribir convenios de cooperación, para los cuales la elección del cooperante se hace de manera directa sin que medien procesos objetivos de selección, pero es inadmisibles que dicha opción legal se convierta en una práctica para evadir los mecanismos propios de selección del contratista previstos en el Estatuto de Contratación Estatal, mediante el artificio de un *aporte simbólico en especie* puesto a cargo del cooperante particular, que puede ser un simple distractor, de imposible verificación, sin simetría alguna con el aporte estatal y lo que pueda esperarse de la *administración y ejecución* del proyecto supuestamente común, entregado por esa vía a los empresarios privados.
3. Para esta colegiatura no bastará que se *diga* en un presupuesto oficial o en análisis de precios que la *administración* o en general el AIU los cubrirá el cooperante particular; para el adecuado control fiscal, penal y contencioso administrativo de cooperaciones meramente aparentes, será necesario que los *costos directos*, cuyo monto entrega el Estado al cooperante, se confronten con los *precios corrientes de plaza*. Esto es, debe ser absolutamente clara y susceptible de comprobación por medios ordinarios de prueba, pericia incluida en caso de duda razonable, la *ventaja* que el Estado recibe del modelo de cooperación, el *ahorro real*, en precio, tiempo, calidad, conocimiento, transferencia de tecnología, etcétera.
4. No puede pretender quien voluntariamente ofertó ante la invitación que le cursó la entidad territorial para “aunar esfuerzos” en torno a la ejecución de un proyecto de cooperación, aspirar a que sea tratado como un verdadero contratista que se ha *ganado el negocio en franca lid*, al que el Estado, en virtud del artículo 28 de la Ley 80 de 1993, sí está obligado a restablecerle el equilibrio financiero del contrato.
5. Esas prácticas elusivas del ordenamiento han sido severamente reprochadas por esta Corporación, cualquiera que sea su modalidad; así por ejemplo, en el espectro análogo de aparentes convenios interadministrativos para entregar los recursos a *operadores* con régimen contractual más flexible, o desplazar la responsabilidad por la pretermisión del principio de selección objetiva a entes o dependencias



más frágiles, se ha dicho: “El convenio interadministrativo no puede degradarse para convertirse en instrumento de elusión de las responsabilidades de quien apropia los recursos económicos; menos aún en una vía indirecta hacia una especie de testaferrato administrativo que traslada a otros las responsabilidades inherentes a las actividades de contratación y ejecución interponiendo el velo de la cooperación”¹⁷.

Ref.: Fallo. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. NULIDAD DE ACTO DE ADJUDICACIÓN Y DEL CONTRATO CONSECUCIONAL. PROPUESTA EN UNIÓN TEMPORAL. PARTICIPE QUE APORTA ÚNICA EXPERIENCIA ESPECÍFICA: LIQUIDACIÓN JUDICIAL TERMINADA ANTES DE INICIARSE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA. DESAPARICIÓN DE LA CONDICIÓN SUBJETIVA DEL PROPONENTE QUE LO HABILITÓ PARA OBTENER EL CONTRATO. Sentencia estimatoria. Pago de las prestaciones ejecutadas: solo cubre productos contractuales debidamente aceptados por el ente contratante.

Nº de Radicación	850012333002-2013-00221-00
Medio de Control	CONTRACTUAL
Demandante	MUNICIPIO DE MANÍ
Demandado	UNIÓN TEMPORAL MANÍ (PARCOR LTDA. y ROCCIA S.A.S.)
Fecha Providencia: Veinticinco (25) de septiembre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se controvierte la validez del acto de adjudicación de un concurso de méritos, así como del contrato consecuencial de consultoría. Según la teoría de caso de la demandante, después de haber adjudicado y suscrito el contrato de consultoría el 5 de junio de 2013 con UNIÓN TEMPORAL MANÍ, recibió aviso del liquidador de HIDROTEC S.A.S. acerca de probables irregularidades respecto de la participación de dicha sociedad en la partícipe ROCCIA S.A.S., tanto en lo relativo a la conformación de esta última y si, por consiguiente, era admisible la experiencia aportada por HIDROTEC, única que se hizo valer y cuya calificación permitió a la UNIÓN obtener el contrato.

A lo anterior se sumó el posteriormente conocido estado de liquidación de HIDROTEC, culminada por la Superintendencia de Sociedades por acto administrativo inscrito el 24 de julio de 2013, con cancelación de su matrícula mercantil en esa misma fecha, así como presuntas inconsistencias en su representación legal.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Puede un partícipe de unión temporal conformada para proponer y contratar consultoría con el Estado hacer valer la experiencia aportada por un accionista o socio suyo que estaba en proceso de liquidación judicial, culminada después de suscrito el contrato pero antes de iniciar su ejecución?

DESCRITORES	RESTRICTORES
Controversias contractuales	Propuesta conjunta Experiencia específica del proponente Partícipe en liquidación judicial

¹⁷ Se abordaron aspectos de los convenios, entre otros, en fallos TAC del 14 octubre de 2010, radicado 850012331002-2008-00115-00; del 10 de febrero del 2011, radicado 850012331002-2006-00388-00, ponencias del magistrado Néstor Trujillo González y del 14 de agosto de 2013, ponente Carlos Alberto Hernández, expediente 85001-2331-001-2011-00135-00. TAC, sentencia del 10 de abril de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850013333002-2012-00045-01 (PRECEDENTE MÁS RECIENTE)



Contrato de consultoría	Propuesta conjunta Experiencia específica del proponente Participe en liquidación judicial
--------------------------------	--

TESIS: No. Tratándose de contratos de consultoría, para cuyo adecuado desarrollo uno de los componentes más relevantes es el *conocimiento especializado* derivado de la *experiencia certificada* a cada uno de los partícipes, es inadmisibles que se tenga por tal la que haya podido acumular una empresa en estado de liquidación, cuya vida jurídica expira en la etapa de perfeccionamiento del contrato y antes de iniciarse la actividad de ejecución.

ARGUMENTOS:

1. El Decreto 734 de 2012 diferencia nítidamente entre *experiencia del proponente* y la *experiencia del equipo de trabajo*; la primera es una *condición preexistente* propia del proponente, sin la cual *no podrá obtener el contrato*, puesto que constituye el presupuesto fáctico del que la entidad puede inferir razonablemente que tendrá la capacidad técnica de acometer la consultoría con buen suceso. Se trata de un factor que tiene que *verificarse* pues *habilita* al interesado para competir por el contrato.
2. Solo quien ha sido *habilitado*, porque cumple con el requisito de *experiencia probada* que le permitió ganar el contrato de consultoría, podría *sustituir parcialmente integrantes de su equipo de trabajo*, preservando la *experiencia del mismo*, previa autorización de la entidad contratante. Lo que no podría en caso alguno hacerse respecto de la *experiencia del proponente*, se enfatiza, *porque o la tiene y queda habilitado para contratar; o no la tiene y no puede obtener el contrato*.
3. Lo que aquí realmente concurre es una *causal de nulidad absoluta del contrato*, consecuencial a la *nulidad del acto de adjudicación*. La pretermisión del deber de selección objetiva contraviene el derecho público de la Nación, desconoce abiertamente mandatos explícitos del Estatuto de Contratación, así como principios y valores constitucionales. Puesto que la Ley 1437 (art. 137 inciso 2º) expresamente recogió la añeja causal de nulidad por *infracción directa a las normas a las que debían sujetarse los actos administrativos*, verificado que en un proceso de selección de contratistas se infringió abiertamente el principio y deber de selección objetiva, porque se asignó el contrato a quien *carecía de la habilitación que la ley y las condiciones del proceso exigieron*, no queda solución jurídica diferente a la de anular el acto de adjudicación y, consecuencialmente, el contrato mismo.

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Hay lugar al pago de las actividades o reembolso de gastos en que haya incurrido el contratista de consultoría, cuando media declaración judicial de nulidad absoluta del contrato, sin que se hayan entregado productos contractuales aceptados por la Administración?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
Contrato de consultoría	Reembolso de gastos Nulidad del contrato Inexistencia de productos



Nulidad del contrato	Contrato de consultoría Reembolso de gastos Inexistencia de productos
-----------------------------	---

TESIS: No. Pese a que un contrato nulo, conforme a la teoría general de nulidades de esa especie, *no produce efectos* y tan solo daría lugar a las restituciones recíprocas, la ley de contratación estatal ofrece una solución distinta y permite *pagar los productos que la Administración haya recibido efectivamente y beneficien al Estado*. Luego si no hay producto útil, no puede haber pago, por tratarse la de consultoría de una obligación de resultados.

ARGUMENTOS:

1. El legislador colombiano permite, como excepción a la teoría general de la nulidad de los negocios jurídicos, que el contrato anulado produzca ciertos efectos; por ello, el contratista *podrá obtener el pago* de los productos contractuales que efectivamente haya ejecutado y **entregado a entera satisfacción de la entidad contratante**, según los términos del art. 48 de la Ley 80 de 1993.
2. La Sala enfatiza que **tiene que haber producto efectivamente recibido y aceptado por la Administración**; con mayor razón tratándose de *consultoría*, pues su núcleo esencial excede con creces de las simples *actividades*. En ella el Estado no adquiere *insumos*, tales como disponibilidad de equipo humano de trabajo, uso de instalaciones o equipos materiales, recopilación de información, preparación de informes, reportes preliminares, etcétera. *Producto contractual terminado y recibido a entera satisfacción, producto pagado*. Nada más.
3. El *beneficio* que la Administración debe reportar no es *cualquier utilidad* o provecho que pueda obtener a partir de lo entregado por el contratista: la ley exige categóricamente que **la prestación ejecutada y recibida sirva para satisfacer un interés público**, de manera que no hay cabida para la subjetividad, el voluntarismo ni la liberalidad de las autoridades. Desde luego, las decisiones que se adopten deben estar sustentadas en hechos objetivamente verificados y de ello tendrán que ocuparse los órganos de control, pues sería exótico que a pesar de la nulidad absoluta del contrato, quienes a ella hayan dado lugar resulten finalmente favorecidos porque de todas maneras se ejecuta el contrato y se paga el precio.
4. La prédica restrictiva acerca de lo que pueda entenderse por *producto contractual*, a diferencia de simples actividades orientadas a la ejecución, la ha trazado esta corporación en varias ocasiones, así: “*contratado un producto terminado, como obligación de resultado, no es suficiente realizar múltiples actividades que desembocaron apenas en entregas parciales de segmentos de un sistema que debía ser integral (completo) e integrado (capaz de funcionar en relación con otros) al sistema de información de la entidad contratante, bajo los estándares de la regulación y las especificaciones sobre alcance de las obligaciones de la contratista*”¹⁸.

¹⁸ TAC, fallo del 29 de agosto de 2007, Néstor Trujillo González, e850012331003-2002-00002-00. Expresa reiteración en sentencia del 20 de septiembre de 2007, radicación 850012331003-2002-00131-00;



PROBLEMA JURÍDICO 3: ¿Por las mismas razones que una empresa que se acoge a procesos de reorganización puede contratar con el Estado, otra que haya entrado en liquidación judicial podrá seguir adquiriendo obligaciones o ejecutando las que tenga contratadas, hasta cuando termine el trámite y se cancele su matrícula mercantil?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Controversias contractuales	Capacidad para contratar Partícipe en liquidación judicial Inhabilidad contraer nuevas obligaciones
Propuesta conjunta	Capacidad para contratar Partícipe en liquidación judicial Inhabilidad contraer nuevas obligaciones

TESIS: No. El ordenamiento diferencia nítidamente los eventos en que la unidad económica productiva *tiene posibilidades de salvamento*, para preservar su valor en cuanto pueda generar riqueza y empleo, de aquellas situaciones en las que el fin sea inexorable, o deba protegerse la buena fe de quienes pudieran negociar con ella y la salud general de la economía del país.

ARGUMENTOS:

1. La misma Ley 1116 consagra expresas y claras restricciones para que la empresa que llega a estado de liquidación pueda realizar actos o celebrar contratos diferentes a la realización de sus haberes y el cumplimiento de obligaciones en la liquidación misma, pues las medidas de salvamento económico han quedado excluidas; ya la etapa de *reactivación empresarial* ha concluido infructuosamente o ni siquiera pudo intentarse.
2. La conclusión contraria carece de sustento en la sentencia C-620 del 2012: esta se ocupó de protecciones al *deudor* que entra en procesos de *reorganización empresarial* (o los concordatarios de antaño a que se refiere el art. 17 de la Ley 80), acorde con el régimen de salvaguardas de la Ley 1116; situación bien distinta de la que ocurre cuando se inicia la *liquidación judicial*, la que sobreviene porque el *rescate* de la unidad económica ya no es viable.
3. En la fecha en que se introdujo la propuesta, HIDROTEC ya había entrado al estado de liquidación, tenía liquidador registrado y *no podía haber seguido ejerciendo su objeto social*, luego nada podía aportar en términos de experiencia de proponente a ROCCIA y esta a su vez a la unión temporal conformada para participar en el proceso de selección que dio paso al contrato de consultoría. Aquí no se trata de vicio de consentimiento, como adujo la pasiva; tampoco de estar o no habilitado ROCCIA por mandato legal para celebrar contratos o unirse para proponer conjuntamente, sino de la imposibilidad de admitir la experiencia de HIDROTEC en estado de liquidación, como aportante de ese *conocimiento* que pudiera habilitar a la naciente ROCCIA por tener menos de tres años de constituida, pues en el marco abstracto se indicaron las razones que impiden que una sociedad que se encuentra en semejante situación, con su vida jurídica ya enteramente efímera, pueda agregar valor (conocimiento o experiencia) al *proponente* que aspira a obtener el contrato.



4. La Sala no desconoce que el *conocimiento* o la experiencia de consultoría puede reposar en las *personas naturales* que conforman las sociedades o sus equipos de trabajo, como también en la recopilación corporativa de prácticas, técnicas, investigaciones, etcétera, que recogen los frutos del ingenio humano, los cuales pueden constituir *bienes inmateriales valiosos*¹⁹. Pero la experiencia que ROCCIA quiso hacer valer no fue la de dichas personas naturales, que no son sus socios o accionistas, sino la de la jurídica HIDROTEC en proceso de extinción de su personalidad; luego ni podía la partícipe ROCCIA apropiarse los *saberes humanos* por vía refleja, ni tampoco el *activo inmaterial* de la sociedad en liquidación.

ACLARACIONES Y SALVAMENTOS DE VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL PONENTE. SENTENCIA DEL 18-IX-2014, REPARACIÓN. ACTOR: ESTEUINSON LINARES CASTRO. DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL. RADICACIÓN: 850013331-701-2012-00008-01. ASUNTO: SENTENCIA DE UNIFICACIÓN, ALCANCES DE LA RATIO DECIDENDI UNIFICADA Y DE LA RATIO GENERAL. CONCURRENCIA DE INDEMNIZACIÓN PREDETERMINADA (A FORFAIT) CON LA REPARACIÓN DE DAÑO MATERIAL POR LUCRO CESANTE. DISCIPLINA DE PRECEDENTES: LA APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL SUPERIOR FUNCIONAL Y LA DISCREPANCIA CONCEPTUAL QUE SUBSISTE.

Nº de Radicación	850013331-701-2012-00008-00
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	ESTEUINSON LINARES CASTRO
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Fecha Providencia: Dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se controvierte la presunta responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la afectación psicológica padecida por un conscripto mientras se encontraba prestando servicio militar obligatorio. El fallo determinó concurrencia de causas y condenó. Se discutió concurrencia de indemnización predeterminada con la reparación por lucro cesante en un evento de discapacidad leve.

PROBLEMA JURÍDICO 3: ¿Es consistente con la teoría de daños reparar dos veces el *lucro cesante*, en vez de incluir en la reparación el daño *inmaterial* por menoscabo de derechos constitucionales, tales como la libertad de optar profesión u oficio?²⁰

TESIS: No. Estimo enteramente fundado *hacer concurrir la indemnización predeterminada, la satisfacción de los perjuicios morales y la plena reparación de otras especies de daño extrapatrimonial*, tales como: daño corporal, daño estético, daño a la salud, daño fisiológico, daño psíquico u otras contingencias que genéricamente se pueden agrupar en la nomenclatura usual de *alteraciones de las condiciones de existencia* o de *daño a la vida de relación*, para anclar todas las *fuentes jurídicas* de las indemnizaciones **directamente en la Carta de Derechos**. De dicha

¹⁹ Suele denominarse con la expresión *know how*, esto es, un *saber hacer* metódicamente identificado, trazado y conservado como fuente impersonal de conocimiento, que pueda enseñarse y replicarse conforme a estándares técnicos.

²⁰ En el mismo sentido se aclaró voto en el mes de septiembre de 2014: **ACLARACIÓN DE VOTO**. Sentencia del 18-IX-2014, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, reparación. Radicación: 850013331702-2012-00102-01. Muerte Copiloto; **ACLARACIÓN DE VOTO**. Sentencia del 18-IX-2014, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, reparación. Radicación: 850013331-701-2010-00292-01. Accidente de tránsito Policía.



manera, también constituye daño resarcible la pérdida o reducción de la **libertad de optar**, temporal o definitivamente, por ocupaciones o actividades productivas diferentes.

ARGUMENTOS:

1. Considero en un plano abstracto académico que esta problemática puede abordarse de otra manera, sin menoscabo del derecho de la víctima a obtener reparación integral. La obligación de pago tiene un solo origen, el hecho lesivo único que produce el daño resarcible cuyo componente material (deterioro de la renta) también es único²¹; por ello el Tribunal había centrado su atención no en la f fuente normativa diferente que en cada caso autoriza hacer o exigir el pago, sino en la singularidad del hecho lesivo y del daño resarcible, pues sin depender de cuál sea el fundamento jurídico de cada modalidad de pago, tienen ambos idénticas finalidad: reponer la renta erosionada, lo que dio lugar a excluir la concurrencia de dos indemnizaciones que en esencia tienen la misma justificación: un hecho imputable al Estado.
2. De dicha manera, también constituye daño resarcible la pérdida o reducción de la **libertad de optar**, temporal o definitivamente, por ocupaciones o actividades productivas diferentes, sin las restricciones que derivan de una condición de *merma leve de la capacidad laboral que no da derecho a pensión*, con mayor razón si el índice es alto y se produce estado de invalidez; así con total coherencia seguiría siendo claro que **si no hay disminución real de la renta**²² como consecuencia del *daño*, no hay lugar a reparar a título de *lucro cesante*, porque esta especie indemnizatoria tiene la inequívoca finalidad de sustituir precisamente la fuente de ingresos constituida por el trabajo personal. Pero ello no impedirá la *plena reparación de otros daños por hechos lesivos*, ya no en la cuerda del *lucro cesante* como perjuicios materiales que deduce el superior funcional, sino en la de los *inmateriales*, por afectación de otros bienes jurídicos quebrantados por el hecho imputado a la Administración.
3. No encuentro en la sentencia 31.172 unificación de *ratio* en lo relativo a la concurrencia de la indemnización predeterminada con la de lucro cesante, pues el Consejo de Estado expresamente advirtió desde el enunciado general de la misma cuál sería su objeto²³, así: “La Sala unificará su posición jurisprudencial en torno al reconocimiento de perjuicios morales en eventos de lesiones personales y en la liquidación excepcional del daño a la salud”. Además lo reiteró en la parte resolutive así: “TERCERO: Unificar la jurisprudencia de la Sala en cuanto a la reparación de los perjuicios inmateriales, concretamente sobre el perjuicio moral en caso de lesiones personales y en la liquidación excepcional del daño a la salud”.

²¹ Las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, 113-115 del 19 de agosto de 2004; 16.051 del 22 de marzo del 2007; 15.967 del 8 de noviembre del 2007; 15.595 del 20 de febrero del 2008; 16.817 del 1º de octubre de 2008; 16.745 del 22 de abril de 2009 y 18.697 del 26 de enero del 2011, todas ellas, remiten a una diferenciación de la *causa* entendida como *f fuente jurídica* que da lugar al pago: laboral una, responsabilidad extracontractual la otra, tratadas *f fuente y causa* como equivalentes. La última, por lo demás, retoma la interesante diferenciación que se había hecho, entre otros, en el fallo del 4 de junio del 2008, R. Saavedra, radicado 52001233100019960752601, cuando la otra indemnización deviene de un seguro de daños y el asegurador se subroga en la acción del perjudicado.

²² La que el *causante*, víctima directa fallecida entregaba a sus deudos, sustituida por ejemplo por la pensión; o que el lesionado producía para sí mismo, reemplazada totalmente por el otorgamiento de la prestación predeterminada, entre otros eventos estudiados en el pasado.

²³ Sección Tercera, sentencia de unificación 31172 del 28 de agosto de 2014, ponente Exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz., radicación 50001231500019990032601



SALVAMENTO DE VOTO. SENTENCIA DEL 18-IX-2014, PONENTE HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL, NRD, RADICACIÓN 850013331001-2012-00023-01. ASUNTO: SOLDADO PROFESIONAL, RETIRO DEL SERVICIO POR DETENCIÓN PREVENTIVA. INEXEQUIBILIDAD EX POST DE LA CAUSAL DE DESVINCULACIÓN. EFECTOS SOBRE SITUACIONES PARTICULARES SUB JUDICE. REITERACIÓN²⁴.

Nº de Radicación	850013331001-2012-00023-01
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Demandante	JHON ALEXÁNDER CASTELLANOS
Demandado	NACIÓN – MIN. DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Fecha Providencia: Dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Un soldado profesional fue desvinculado de las filas en julio de 2011, por haber completado más de 60 días en situación de detención preventiva, acorde con la causal prevista en el art. 8º (ordinal –a- numeral 3) del Decreto 1793 del 2000. Demandó en el 2012 y entre los cargos, propuso discusiones acerca de la constitucionalidad del precepto que aplicó la Administración, por contrariar garantías relativas a la presunción de inocencia.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Se ajusta al ordenamiento el retiro de un soldado profesional desvinculado de las filas por haber completado más de 60 días en situación de detención preventiva acorde con la causal prevista en el art. 8º (ordinal –a- numeral 3) del Decreto 1793 del 2000, precepto **posteriormente** declarado inexecutable por la Corte Constitucional?

TESIS: No. Aunque en cada caso deben examinarse las particularidades de los hechos, si la discusión judicial estaba en curso cuando sobrevino la declaratoria de inexecutable de la causal de retiro, deben aplicarse los efectos del fallo abstracto, para obrar como si tratara de excepción de inconstitucionalidad, antes del pronunciamiento de la Corte Constitucional.

ARGUMENTOS:

1. Por mayoría se optó por desestimar las pretensiones porque en la época en que se produjo el acto acusado la causal que aplicó el Ejército estaba prevista en el ordenamiento; aunque fue retirada después, mediante sentencia C-289 del 2012, se dijo que por tratarse de inexecutable simple, rige hacia el futuro, sin que pueda inaplicarse el precepto porque ya ha sido juzgado por la Corte.
2. Pero encuentro que esa línea no puede aplicarse literalmente, sin examinar contextos, porque se corre el riesgo de incurrir en injusticia material, como paso a exponerlo mediante una comparación de escenarios probables: "(...) **A demanda e invoca la inaplicación por inconstitucional de la norma en virtud de la cual se afectó algún derecho suyo; antes de proferirse sentencia ordinaria la Corte declara inexecutable la norma acusada. El juez ordinario niega**

²⁴ En igual sentido, salvamentos de voto a las sentencias del 28 de agosto de 2014, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicaciones 850013331702-2011-00015-02, 850013331702-2011-00016-02 y 850013331001-2011-00739-01.



pretensiones, porque el fallo abstracto carece de efectos retroactivos. Solución que puede ser legal, pero encierra insoslayable injusticia material”.

3. Ciertamente se ha diferenciado siempre entre la declaratoria de nulidad, que constata la existencia del *vicio en el acto* desde su nacimiento, y la de inexecutableidad, que no *constituye* el quebranto de la fuente superior sino que *declara su preexistencia*, igualmente *en la norma quebrada*, porque por razones de “seguridad jurídica”, que no pasan de la conveniencia, se entiende que la presunción de conformidad con la Carta dejará a salvo todos los efectos que antecedieron al fallo constitucional.
4. Pero esa visión formal no debería mantenerse incólume, sin siquiera criticarse ni revisarse epistemológicamente, porque propicia situaciones rayanas en lo ilógico, como la que se considera en este salvamento de voto. Más le habría valido al actor, frente a la proverbial tardanza de un fallo ordinario, que a nadie se le hubiera ocurrido demandar el art. 8º del Decreto 1793 del 2000; o que la Corte no hubiera producido su sentencia abstracta mientras estaba en curso el ordinario contencioso, porque por exactamente las mismas razones que dedujo la providencia de primer grado a nivel dogmático para identificar la contrariedad de la subregla con la Carta, habría tenido que aplicarse la excepción de inconstitucionalidad.
5. Encuentro factible una vía intermedia, que concilia las tensiones que evidencio en los párrafos anteriores: *declarada executable la norma*, ningún juez diferente a la Corte misma podrá desconocer esa decisión y, desde luego, la excepción autorizada por el art. 4º de la Constitución no puede siquiera asomarse; *pero declarada inexecutable la norma*, cualquier juez que tenga pendiente decidir debates sometidos a consideración de la Justicia por hechos o decisiones producidas mientras dicho precepto estuvo vigente y amparado por la presunción de constitucionalidad, *deberá inaplicarlo* con fundamento en el art. 4º de la Carta, no exactamente porque se pretenda extender automáticamente hacia el pasado los efectos *erga omnes pro futuro* del fallo abstracto de la Corte, esto es, no bastaría la invocación de esa decisión del órgano límite, sino que habría acudir *en cada caso oportunamente llevado al estrado a los mismos argumentos* que dieron lugar a retirar el precepto acusado del ordenamiento.

Preparó: Eliana Andrea Combariza Camargo, auxiliar judicial

Revisó y validó: Néstor Trujillo González, magistrado (trujicon@gmail.com)