



DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	
Periodo:	Noviembre de 2014	Boletín 11 (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.
<u>NULIDAD</u>	
<u>REF.: NULIDAD (AUTOR CONTRA SUS PROPIOS ACTOS). ACTOS MUNICIPALES. AUTORIZACIÓN DE TRANSPORTE MIXTO EN "MOTOCARRO". NATURALEZA DEL ACTO DE AUTORIZACIÓN: EFECTOS TRASCIENDEN LA ÓRBITA PARTICULAR DEL BENEFICIARIO. PROCESO DECISORIO COMPLEJO Y REGLADO: PRETERMISIÓN ABSOLUTA DE LA REGULACIÓN. SE CONFIRMA SENTENCIA ESTIMATORIA.</u>	2
<u>CONTROVERSIAS CONTRACTUALES</u>	
<u>SENTENCIA. MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. DESCRIPTOR: LIQUIDACIÓN JUDICIAL DE CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS. RESTRICTORES: (1) PRODUCTO CONTRACTUAL DEFECTUOSO (2) RESPONSABILIDAD DEL ENTE APORTANTE. ASUNTO LITIGIOSO (PALABRAS CLAVES): OBRAS PÚBLICAS COFINANCIADAS O AUSPICIADAS POR CASANARE. RESPONSABILIDAD POR PLANEACIÓN, CONTRATACIÓN Y EJECUCIÓN IRREGULAR DE PROYECTOS CONSTRUCTIVOS. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LOS TRABAJOS. ASPECTOS PROBATORIOS: IMPOSIBILIDAD DE ESTABLECER LAS CAUSAS DE LAS FALLAS ESTRUCTURALES DE LA OBRA PÚBLICA. PÉRDIDA DE LA COSA EJECUTADA: GRAVA TANTO A QUIEN HIZO LOS APORTES Y NO CONTROLÓ DISEÑOS, CONTRATACIÓN NI EJECUCIÓN, COMO A QUIEN CONTRATÓ LOS TRABAJOS. LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO: NO DEFINE RESPONSABILIDADES FISCALES INSTITUCIONALES, NI LAS PERSONALES DE PARTICIPES DEL PROYECTO.</u>	5
<u>ACLARACIONES Y SALVAMENTOS DE VOTO</u>	
<u>ACLARACIÓN DE VOTO. SENTENCIA DEL 13-XI-2014, PONENTE HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL, RADICACIÓN 85001-3331-702-2012-00021-01. ASUNTO: REPARACIÓN. FALLA MÉDICA. TÍTULO DE IMPUTACIÓN: PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. VALORACIÓN EN SEDE DE NEXO CAUSAL. PERICIA: APRECIACIÓN JUDICIAL; NO LA CONDICIONA LA MEDIACIÓN DE OBJECIONES O REPAROS DE LAS PARTES. DESPLIEGUE DE POTESTADES PROBATORIAS OFICIOSAS DEL JUEZ: PRECISIÓN DE HECHOS ALEGADOS POR LAS PARTES. NO CONVIERTE AL "JUEZ EN PARTE", NI "DA PROBANDO".</u>	8
<u>ACLARACIÓN DE VOTO. SENTENCIA DEL 27-XI-2014, PONENTE HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL, RADICACIÓN 85003333002-2013-00326-01 (UGPP, DESCUENTO 12% SALUD, PENSIÓN GRACIA). ASUNTO: RECTIFICACIÓN DE LÍNEA. PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN TUTELA. ACATAMIENTO FUNCIONAL A LA CORTE CONSTITUCIONAL, SIN PERJUICIO DEL DESACUERDO DOGMÁTICO.</u>	10



NULIDAD

Ref.: NULIDAD (autor contra sus propios actos). ACTOS MUNICIPALES. AUTORIZACIÓN DE TRANSPORTE MIXTO EN "MOTOCARRO". NATURALEZA DEL ACTO DE AUTORIZACIÓN: EFECTOS TRASCIENDEN LA ÓRBITA PARTICULAR DEL BENEFICIARIO. PROCESO DECISORIO COMPLEJO Y REGLADO: PRETERMISIÓN ABSOLUTA DE LA REGULACIÓN. Se confirma sentencia estimatoria.

Nº de Radicación	850013333002-2013-00053-01
Medio de Control	NULIDAD
Demandante	MUNICIPIO DE TRINIDAD
Demandado	MUNICIPIO DE TRINIDAD
Tercero interesado	TRANSPORTES CIELO CIBO S.A.S.
Fecha Providencia: trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014).	

ANTECEDENTES:

Se decide la apelación del tercero interesado contra el fallo estimatorio de primer grado que declaró la nulidad de un acto municipal que lo autorizó para prestar servicio de transporte público mixto en la modalidad de *motocarro*.

El 29 de diciembre de 2011 el municipio de Trinidad concedió habilitación y permiso de operación en la modalidad de servicio público de transporte terrestre automotor mixto con vehículos de tres ruedas (motocarros) a la empresa "X". La empresa habilitada ha solicitado a la administración municipal la fijación de las tarifas para la prestación del servicio pero no han sido establecidas ante la falta de estudios y su aval por parte del Ministerio de Transporte. Según la revisión de archivos institucionales no se encontró expediente de antecedentes, ni dichos estudios elaborados o contratados por el municipio, ni revisión del aludido ministerio.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los actos de autorización emitidos por la Administración a un empresario particular para la prestación de transporte público?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Actos condición</i>	Autorización de transporte público Naturaleza jurídica Actos municipales

TESIS: La doctrina especializada ha denominado esas habilitaciones administrativas (licencias, permisos, autorizaciones a particulares concretos) *actos condición* y ha precisado que exceden la mera órbita de los intereses privados, pues en la medida en que facultan al titular para realizar actividades u ocuparse de servicios que trascienden al *común*, interesan tanto al beneficiario como a *todos* los que puedan resultar concernidos por su ejecución.

ARGUMENTOS:

1. Esta colegiatura en ocasión anterior adujo: "(...) Ha de entenderse que el interés general al que alude la jurisprudencia tiene que considerarse a escala de la órbita territorial de la competencia y del lugar de aplicación del acto: tan importante como lo será para todo el país una disposición del Gobierno que otorga, por ejemplo, una licencia



de minería a cielo abierto en páramos, como para un tunjano cómo se regula la utilización del área urbana respecto de actividades restringidas o sometidas a especiales cuidados tanto de los particulares como de las autoridades. Ahí, también, subyace interés público que resulta ineludible proteger en sede judicial, si alguien somete sus reparos al conocimiento de la jurisdicción”.

2. “Entendido entonces que sí procede el contencioso objetivo de simple nulidad contra esa especie de “actos condición”, que al mismo tiempo que habilitan a su titular para ejercer un derecho o disfrutar una situación administrativa, afectan al común, quedan sin piso las glosas que se han hecho respecto de la oportunidad de la acción (puesto que no opera caducidad) y el interés para obrar o legitimación activa”
3. Lo que entonces se dijo, en el espectro del C.C.A., tiene exactamente la misma valía en el CPACA: en este se introdujeron útiles precisiones técnicas para superar el péndulo jurisprudencial en torno a medios de control, teoría de los motivos y finalidades, actos particulares propiamente dichos y aquellos (de autorización o condición) que desbordan los intereses del titular y se adentran en los de la comunidad.
4. En estricto rigor aquí no se enjuicia un típico acto particular, pues no se limita el acusado a definir una situación administrativa que solo interese al titular que obtiene la autorización, sino que lo habilita para que se ocupe de un **servicio público** cuyos destinatarios o usuarios pueden serlo cualesquiera personas del común.

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Constituye derecho adquirido la autorización que expida la autoridad administrativa para que un empresario particular preste cierta modalidad de transporte público urbano o municipal y está sustraído un acto tal del control judicial de legalidad?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Actos condición	Autorización de transporte público Derechos adquiridos Inexistencia
Actos condición	Autorización de transporte público Control de legalidad Procedencia

TESIS: No. Aunque esa autorización confiere habilitación a un titular concreto y en esa perspectiva le otorga un derecho que condiciona la prestación de un servicio público que tiene como destinataria la comunidad (acto condición), no por ello se torna en *adquirido e inexpugnable frente al control judicial de legalidad*, al que corresponde establecer si se obtuvo conforme al ordenamiento superior, o lo vulneró. Contra la ley nadie adquiere *derechos legítimos*.

ARGUMENTOS:

¹ TAC, sentencia del 23 de junio del 2011, ponente Néstor Trujillo González, radicación 150012331000-2005-00082-00 (programa de descongestión del T.A.B.), relativa a la licencia para ubicar una estación de combustibles en perímetro urbano de Tunja.



1. Las aludidas autorizaciones definen situaciones administrativas particulares, en tanto confieren habilitaciones a titulares concretos para realizar actividades reguladas por el Estado; no agotan sus efectos en esa órbita privada, lo que propicia que puedan someterse a juicio por vía del contencioso objetivo.
2. Ni la Carta (Preámbulo y arts. 1º, 2º, 4º, 6º, 58 y 365) ni la ley (CPACA arts. 1º, 34, 41, 88, 91, 93 y 97) confieren a los titulares de tales situaciones subjetivas *derechos adquiridos, menos absolutos*, de los que no puedan ser privados jamás: el ordenamiento ideó mecanismos tempranos para corregir errores o falencias en los procesos decisorios *antes de expedirse las decisiones de fondo*; señaló eventos de revocatoria directa por razones de interés público y excepcionalmente, la *carga de la autoridad de acudir al estrado para quebrar la presunción de legalidad*, cuando el interesado no consiente su retiro unilateral por su autor o el respectivo superior administrativo.
3. Esta jurisdicción fue instituida para garantizar la prevalencia del orden jurídico, entre otras de sus misiones estructurales; para ello está autorizada para suspender y anular los actos de esa especie (arts. 238 de la Constitución; 103, 104, 137, 189, 230 y 231 de la Ley 1437). Tal es la razón de ser de la existencia de un sistema de Justicia independiente que puede y debe ocuparse de todas las expresiones de actividad administrativa del Estado, para velar porque el principio de legalidad sea más que una *declaración programática* y se convierta en un *modo de actuar* de las autoridades.

PROBLEMA JURÍDICO 3: ¿Puede sustituirse el estudio técnico que la regulación exige para expedir autorizaciones en asuntos de transporte público terrestre, así como la validación previa de la autoridad nacional de tránsito y transporte, por el estudio particular que encomiende el empresario privado interesado?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Actos condición</i>	Autorización de transporte público Estudio técnico oficial Sustitución consultor privado

TESIS: No. Si el ordenamiento ha dispuesto que sean las autoridades las que realicen o contraten la ejecución del diagnóstico, identificación de necesidades, condiciones de servicio y demás aspectos que conciernan al *común*, no puede suplirse ese requerimiento con cualquier estudio, por versado que sea el autor, confiado a particulares por empresarios privados interesados en obtener la habilitación.

ARGUMENTOS:

1. Los alcaldes están autorizados por la ley para ocuparse de aspectos operativos del servicio público de transporte en sus respectivas jurisdicciones; no como *delegados* del presidente de la República, sino en virtud de competencias propias otorgadas directamente por el sistema de fuentes. Su ejercicio, como en general el de todas las funciones públicas, tiene que hacerse conforme a la ley, pues las autoridades en un Estado Social de Derecho como el que proclama la Carta de 1991 no pueden hacer lo que les plazca; se trata de competencias que deben otorgarse expresamente, ceñirse a los preceptos que fijan quién, cómo, cuándo y para qué puede ejercer tales atribuciones.



2. En lo propio del asunto que se estudia, el acto acusado fue expedido el 29 de diciembre de 2011. Para esa fecha, en lo relativo al *transporte público terrestre en vehículos homologados de tres ruedas (motocarros)* debía ceñirse al Decreto nacional 4125 del 2008, esa norma estableció una etapa de transición que *expiró* el 31 de diciembre de 2010, conforme a la cual *los empresarios habilitados para prestar servicios de transporte terrestre con motocarros particulares* podían seguir operándolos; pero ni entonces, ni después, se dijo por el ordenamiento que pudieran prestarlos como quisieran o las autoridades otorgar las autorizaciones de plano, saltando todo el protocolo de expedición.

3. El 22 de febrero de 2010 el Ministerio de Transporte adoptó la *metodología* para que la autoridad competente hiciera el diagnóstico de necesidades de transporte público en la modalidad de motocarros en los municipios menores. El documento anexo a la Resolución 478 de 2010 no varió competencia ni procedimiento. Luego *cuando se expidió el acto acusado era forzoso elaborar el estudio técnico* por la autoridad municipal, someterlo a la aprobación ministerial y *hacer el concurso público* para asignar el servicio.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

SENTENCIA. Medio de control: controversias contractuales. DESCRIPTOR: Liquidación judicial de convenios interadministrativos. RESTRICTORES: (1) Producto contractual defectuoso (2) Responsabilidad del ente aportante. ASUNTO LITIGIOSO (palabras claves): OBRAS PÚBLICAS COFINANCIADAS O AUSPICADAS POR CASANARE. RESPONSABILIDAD POR PLANEACIÓN, CONTRATACIÓN Y EJECUCIÓN IRREGULAR DE PROYECTOS CONSTRUCTIVOS. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LOS TRABAJOS. ASPECTOS PROBATORIOS: IMPOSIBILIDAD DE ESTABLECER LAS CAUSAS DE LAS FALLAS ESTRUCTURALES DE LA OBRA PÚBLICA. PÉRDIDA DE LA COSA EJECUTADA: GRAVA TANTO A QUIEN HIZO LOS APORTES Y NO CONTROLÓ DISEÑOS, CONTRATACIÓN NI EJECUCIÓN, COMO A QUIEN CONTRATÓ LOS TRABAJOS. Liquidación judicial del convenio interadministrativo: no define responsabilidades fiscales institucionales, ni las personales de partícipes del proyecto.

Nº de Radicación	850012333002-2012-00228-00
Medio de Control	CONTROVERSISAS CONTRACTUALES
Demandante	DEPARTAMENTO DE CASANARE
Demandado	MUNICIPIO DE NUNCHÍA .
Fecha Providencia: veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014).	

ANTECEDENTES:

El departamento de Casanare celebró con el municipio de Nunchía convenio interadministrativo cuyo objeto era la construcción del sistema de acueducto interveredal. El municipio contrató su ejecución con un tercero, cuya interventoría fue encomendada a Unión Temporal La Yopalosa, también contratada por el municipio. El departamento ejerció la *supervisión* del proyecto y del convenio, inicialmente con servidores de la Secretaría de Obras Públicas y después, en la etapa final, a través de la Sociedad de Ingenieros de Casanare.

Casanare señaló que no podía liquidar unilateralmente el convenio por no proceder cláusulas excepcionales, que tampoco hubo acuerdo con Nunchía pues si bien se reportaron múltiples actividades, no se entregó el acueducto objeto de la cooperación por diversas fallas técnicas en la ejecución de los trabajos; razones por las cuales elaboró



proyecto de acta de liquidación final y en el balance financiero determinó que no se realizó la inversión de los recursos, quedando un saldo por invertir igual al valor girado.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Se libera de toda responsabilidad respecto de la futura ejecución de trabajos públicos la entidad territorial de mayor complejidad que los financia, en virtud de la celebración de convenios interadministrativos o de cooperación?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Convenios administrativos	Principio de colaboración armónica Producto contractual defectuoso Responsabilidad ente aportante
Convenios administrativos	Principio de concurrencia Producto contractual defectuoso Responsabilidad ente aportante

TESIS: No. En virtud de los principios de concurrencia, subsidiaridad y colaboración armónica, los entes de mayor complejidad y con superior fortaleza organizacional no pueden limitarse a *girar recursos* para financiar obras públicas; deben acompañar los procesos decisorios de contratación y ejecución para garantizar la eficacia de la inversión de esos recursos estatales.

ARGUMENTOS:

1. Se ha exigido a Casanare, como ente territorial cuya estructura organizacional, capacidad de gestión y de administración, disponibilidad de recursos del presupuesto y de equipos técnicos interdisciplinarios excede con creces a las de cualquiera de los municipios de esta jurisdicción, que *supervise efectivamente* el destino y la suerte de los proyectos de interés común que financia: “*Acorde con el artículo 209 de la Carta Política las entidades territoriales deben colaborar armónicamente para lograr con su esfuerzo conjunto el cumplimiento de los fines del Estado de tal manera que, para el caso, el departamento que se encuentra en mejor condición por su más compleja fortaleza organizacional y capacidad económica, deba contribuir con los municipios para cofinanciar, o cubrir en su totalidad según las necesidades, los proyectos de inversión que se requieran para cumplir los cometidos estatales. Se trata de honrar además los principios de concurrencia y subsidiaridad*”².
2. Se trata de honrar postulados constitucionales para precaver el riesgo de despilfarro de los recursos del tesoro; confiados estos por Casanare a la ligera a cualquiera de los municipios, sin constatar la necesidad por resolver, la mejor manera de atenderla con eficiencia y eficacia, los estudios previos y diseños, la transparencia y adecuados procesos de selección de contratistas, así como la ejecución misma de los contratos, sin que sea relevante de dónde provino la iniciativa, quién haya tenido a cargo los aludidos estudios previos, lo que se destaca es cuando menos la *solidaridad institucional* respecto de las falencias que se presenten.

² TAC, sentencia reiterativa del 10 de abril de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013333002-2012-00045-01. PRECEDENTE



3. La Sala no pretende transformar toda modalidad de cooperación interadministrativa en contratación conjunta llevada a cabo por Casanare y el municipio de turno, pero la compleja situación que se ha revelado en este proceso es propicia para enfatizar que no podrá exonerarse de responsabilidad por las adversidades de los proyectos a quien se limita a actuar como fuera un banquero, sin serlo, cuando omita deberes de control cuya oportuna aplicación habría podido llevar a resultados diferentes.

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Establecido que el municipio receptor de los recursos departamentales destinados a una obra de acueducto los ejecutó, pero que los trabajos no han producido los resultados de ingeniería esperados, hay lugar a que el municipio reembolse todo el aporte departamental, sin establecer técnicamente las causas de la inoperancia del acueducto?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Aspectos probatorios</i>	Producto contractual defectuoso Identificación fallas estructurales Carga de la prueba
<i>Convenios administrativos</i>	Producto contractual defectuoso Identificación fallas estructurales Carga de la prueba
<i>Convenios administrativos</i>	Producto contractual defectuoso Coparticipación estudios previos Responsabilidades conjuntas

TESIS: No. Puesto que el departamento, ente que financió el proyecto, tuvo a la vista los estudios y diseños que hizo preparar el municipio, los validó con su inscripción en los registros de planeación, suscribió el convenio interadministrativo y supervisó o debió supervisar su ejecución, no puede excusarse en lo que haya hecho o contratado el municipio executor para soslayar la entera ineficacia de los controles y acompañamiento técnico al que estaba obligado. La cosa obtenida con ese alto grado de imperfección parece por igual para el municipio contratante y para el ente mayor que lo financió, sin perjuicio de la obligación de ambos de perseguir las responsabilidades de contratista, interventor, supervisores u otros partícipes.

ARGUMENTOS:

1. Cuando los estudios previos y los diseños de trabajos públicos con todos los demás elementos de planeación requeridos, preparados por el municipio en cuyo interés se han de ejecutar, se someten a los filtros técnicos del Banco de Proyectos de Planeación Departamental y son *acogidos* para la pertinente inscripción, Casanare no puede eludir las consecuencias de la defectuosa configuración de esa etapa preparatoria; el paso por el Banco de Proyectos no es una simple revisión documental, enteramente superficial, para cumplir un requerimiento formal.
2. La anterior premisa adquiere aún mayor fortaleza cuando el departamento interviene directamente en el proyecto; esto es, previamente revisa todos los aspectos concernidos para definir el *monto de su aporte* por la vía de un convenio de cooperación o de un contrato interadministrativo, pues en la medida en que apropia



recursos departamentales para financiarlo, tiene que velar integralmente porque estos se inviertan adecuadamente, porque se logre el cometido para el cual se asignaron.

3. La *supervisión* no es un simple *adorno* de los proyectos. Así haya mediado *interventoría*, contratada para el caso por el municipio ejecutor, la función de control que retuvo Casanare debió acompañar *todo el proceso decisorio contractual* del municipio menor, Nunchía, de **sexta categoría**, de manera que se asegurara de obtener un *contratista idóneo*, un *interventor confiable y competente*, así como de velar porque los diseños fueran adecuados, se hicieran oportunamente los rediseños que determinaran los hallazgos de campo, se ejecutaran a la perfección y en los comités de obra y escenarios contractuales se tomaran y documentaran todas las demás decisiones técnicas.
4. Esperar a la fase de liquidación del convenio, varios años después de iniciadas actividades, para tomar contacto con la realidad, lamentarse de las fragilidades generales del proyecto y de su ejecución y pretender ignorar todo lo ocurrido, de lo que tenía Casanare la obligación de enterarse *en tiempo real, día por día*, constituye una irresponsabilidad institucional de gravísima magnitud. Y tiene que provocar efectos jurídicos en la liquidación del convenio, sin perjuicio de averiguaciones disciplinarias, fiscales y penales contra la pluralidad de eventuales infractores.

ACLARACIONES Y SALVAMENTOS DE VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO. Sentencia del 13-XI-2014, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicación 85001-3331-702-2012-00021-01. ASUNTO: REPARACIÓN. FALLA MÉDICA. TÍTULO DE IMPUTACIÓN: pérdida de oportunidad. Valoración en sede de nexa causal. Pericia: apreciación judicial; no la condiciona la mediación de objeciones o reparos de las partes. Despliegue de potestades probatorias oficiosas del juez: precisión de hechos alegados por las partes. No convierte al “juez en parte”, ni “da probando”.

Nº de Radicación	85001-3331-702-2012-00021-01
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	GLORIA INÉS CONTRERAS HERRERA y otros
Demandado	FIDUPREVISORA S.A y otro
Fecha Providencia: trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014).	

ANTECEDENTES: La parte actora imputó a los demandados (Fiduprevisora como administradora del sistema de seguridad en salud de los docentes y dos prestadores privados del servicio asistencial) omisiones en el diagnóstico, manejo clínico y remisión de una paciente con embarazo de alto riesgo, cuyo desenlace lo fue óbito intrauterino.

El desarrollo probatorio indicó que se trató de embarazo con varias complicaciones tempranas, amenazas de aborto, gestante diabética, cuadros infecciosos, entre otros, que consultó en la IPS y se diagnosticó *trabajo de parto prematuro*, que se contuvo con medicamentos; la evolución intrahospitalaria fue tórpida. Cuando se preparaba remisión al servicio de referencia con UCI neonatal, para precaver adecuada atención del recién nacido, si fuera el caso frente a la inminencia de parto prematuro, se constató muerte en útero.



PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Hay lugar a acudir al título de imputación *pérdida de oportunidad* en perspectiva de nexos causal, en un evento de omisiones en el diagnóstico, manejo clínico y remisión de una paciente con embarazo de alto riesgo, cuyo desenlace lo fue óbito intrauterino?

TESIS: Sí; sin embargo, debe aclararse que la pérdida de oportunidad en el enfoque de *nexo causal* **no es el remedio a la ausencia de prueba**, ni puede desconocer la evidencia técnica que *descarta* la presunta falla asistencial como *causa* del daño.

ARGUMENTOS:

1. Con diferencias de matices abstractos o en su aplicación a casos complejos, la Corporación viene decantando el marco teórico de esta técnica de juzgamiento, tanto en lo que corresponde al *nexo causal*, como al *daño autónomo*: “La pérdida de oportunidad tiene la doble connotación anunciada: *daño autónomo*, pero también *técnica de imputación*, como una variante de la falla del servicio que se pondera en sede de *nexo causal*, cuando no exista certeza en torno a la relación entre la actividad médico asistencial y el daño a la salud – para el caso – o respecto de la probabilidad razonable de haberse logrado el resultado esperado desde la arista positiva. (...) Nótese que no se trata de suponer simplemente, ni de exigir certeza de *nexo causal* entre daño y demoras. Lo primero no pasaría de conjeturar cuando nada se sabe; lo segundo, daría lugar a la plena atribución del resultado lesivo indeseado (“*pérdida de la ganancia*” y *reparación integral*). La *pérdida de oportunidad* se sitúa en un punto intermedio en el que la evidencia y el conocimiento científico disponibles hacen probable que pudiera evitarse el desenlace adverso, de haberse actuado con mayor prontitud”³.
2. Ha existido una línea conductora, que se perfecciona progresivamente, para diferenciar la *pérdida de oportunidad* como título de imputación en la identificación del *nexo causal* entre el *hecho lesivo* atribuido a la parte demandada y el *daño antijurídico*, con claras cargas probatorias a quien demanda; y dicha *pérdida* como *daño autónomo*. No basta demostrar lo segundo; el juicio de responsabilidad presupone probar *daño*, *nexo causal* y *actividad reprochable* de la Administración.
3. En el caso concreto los hallazgos del comité para casos especiales de la demandada Colombiana de Salud S.A. revelan que algunos exámenes no se hicieron oportunamente o se omitieron; que los registros de HC están incompletos (algunos resultados no están en la HC digital, sino en la física y no se aportaron) y que al parecer no había suficiente fortaleza de los protocolos de la Clínica Casanare para manejo de estos eventos de *alto riesgo de embarazo con cuadro diabético gestacional y amenaza de parto pretérmino*. Pero de ello no se puede inferir *nexo causal* entre la atención médico asistencial, el óbito intrauterino y la *pérdida de oportunidad*; no hay evidencia científica para esa inferencia.
4. Se reitera la convicción técnica y política del imaginario de un *juez activista* siempre en pos de la Justicia material, en mayúsculas, sin reato alguno; tanto más cuando la iniciativa probatoria del juez y el manejo de utensilios variados de hermenéutica le permitan reforzar la protección de las víctimas.

³ TAC, sentencia del 9 de octubre de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013331002-2010-00462-01. Salvó voto el magistrado José Antonio Figueroa Burbano, en lo esencial porque no compartió algunas premisas acerca de los interrogantes ¿por qué se repara? Y ¿cómo se repara? Lo relativo a *nexo causal* no provocó disidencia.



ACLARACIÓN DE VOTO. Sentencia del 27-XI-2014, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicación 850013333002-2013-00326-01 (UGPP, descuento 12% salud, pensión gracia). ASUNTO: Rectificación de línea. Precedente constitucional en tutela. Acatamiento funcional a la Corte Constitucional, sin perjuicio del desacuerdo dogmático.

Nº de Radicación	850013333002-2013-00326-01
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Demandante	LILIA BLANCO DE LÓPEZ
Demandado	UGPP
Fecha Providencia: veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014).	

ANTECEDENTES: El Tribunal Administrativo de Casanare ha sostenido sistemáticamente, hasta la fecha, la opción interpretativa en virtud de la cual *no procede* descontar aportes para seguridad social en salud con destino al FOSYGA respecto de la *pensión gracia*, por no estar sometida a las regulaciones de Ley 100 y por haber desaparecido el motivo determinante de la sujeción que tuvo a dichos aportes a cargo del pensionado mientras CAJANAL le prestó a los docentes y pensionados docentes los servicios de salud.

Esta vez la Corporación opta por unanimidad por plegarse al *precedente directo con analogía fáctica y conceptual cerrada* plasmado por la Corte Constitucional en la sentencia T-546 de 2014, en la cual se sostiene que *el descuento del 12% aludido debe hacerse con destino al FOSYGA en virtud del principio de solidaridad*, criterio que según el parecer de esa Corte *tienen que aplicar los jueces ordinarios de instancia*, so pena de *violar el debido proceso y el derecho de acceso a la Administración de Justicia*, por incurrir en *defecto substantivo* por interpretación inexacta del sistema de fuentes⁴.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿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?⁵

TESIS: Sí, en **acatamiento a un precedente constitucional vinculante**; sin embargo, se deja registrada la disidencia en abstracto, pues lo que siempre señaló este Tribunal fue *inexistencia del precepto legislado que diga que el docente de gracia tiene que cotizar al FOSYGA*, pues *nunca estuvo sometido al sistema de pensiones de Ley 100*, menos para hacer más gravosa su situación laboral con desmedro de las garantías del art. 53 de la Carta, por vía jurisprudencial.

ARGUMENTOS:

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-546 de 2014, ponente Gloria Stella Ortiz Delgado. Adoptada por la Sala Sexta de Revisión, con *dos votos*.

⁵ Como tesis se ha planteado 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%).

Esta vez la Corporación opta por unanimidad por plegarse al *precedente directo con analogía fáctica y conceptual cerrada* plasmado por la Corte Constitucional en la sentencia **T-546 de 2014**, en la cual se sostiene que *el descuento del 12% aludido debe hacerse con destino al FOSYGA en virtud del principio de solidaridad*, criterio que según el parecer de esa Corte *tienen que aplicar los jueces ordinarios de instancia*, so pena de *violar el debido proceso y el derecho de acceso a la Administración de Justicia*, por incurrir en *defecto substantivo* por interpretación inexacta del sistema de fuentes.



1. La Corte Constitucional ubica en el principio de solidaridad la razón de ser de la contribución a cargo del pensionado de gracia, pues según su lectura de preceptos de la Carta y de la propia Ley 100, *todos los pensionados* tienen que costear sus pensiones, su salud y subsidiar a quienes reciben los segundos beneficios sin capacidad contributiva, entre otros lineamientos que deriva del análisis finalista y sistemático de las fuentes. Lo que no precisa la Corte es por qué se aparta de la solución legislada expresa que restringe ese *aporte por solidaridad* a quienes *devengan un cierto monto de pensión* (art. 280 Ley 100), como sí lo venía haciendo este Tribunal, dejando a salvo la obligación para quienes tengan pensiones superiores a 4 SMLMV (Ley 100, art. 27), incluidos los de sistemas especiales, por mandato legal expreso.
2. Nótese que el art. 204, al que también remite el art. 280, tiene un punto de partida para regular los aportes por solidaridad: *que se trate de obligados a cotizar para el régimen contributivo de salud*; respecto de los *docentes*, ellos cotizan y lo hacen al FPSM sobre sus asignaciones y la pensión ordinaria. Pero no existe norma legal que extienda ese mandato al ingreso por pensión de gracia, porque *nunca* cotizaron a CAJANAL para financiarla; ni lo han hecho al FPSM para cobertura en salud.
3. De manera que si el Congreso definió quiénes deban contribuir al fondo de solidaridad en FOSYGA, sin quebrar por fallo abstracto la constitucionalidad de esa ley, o determinar la pertinencia de la vía de excepción (art. 4º de la Carta), no se entiende cómo la interpretación concreta en sede de tutela pueda construir nueva subregla con carácter vinculante, por una sala de revisión; ni siquiera proviene por vía de sentencia de unificación. Pero es lo que se ha hecho y ordenado acatar.
4. Loable el propósito de extender los efectos del principio de solidaridad para la sostenibilidad del sistema de pensiones, como lo viene haciendo la jurisprudencia constitucional acudiendo a múltiples herramientas hermenéuticas, incluso algunos pronunciamientos del Sistema Interamericano de Justicia. Pero no a costa de los derechos sociales de trabajadores estatales con remuneración exigua, como suele ocurrir con los *docentes pensionados de gracia*, pese al perentorio sistema de garantías que consagra el art. 53 de la Carta, que recoge diversos preceptos del bloque de constitucionalidad en asuntos laborales. La Ley 100, art. 280, dictaminó que solo los pensionados que superan la cota de 4 SMLMV, además de cotizar sus pensiones y su salud, deban contribuir con un plus de aporte a la subcuenta de solidaridad del FOSYGA.

Preparó: Eliana Andrea Combariza Camargo, auxiliar judicial

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