

La Acción De Tutela Vs Erario Público

Helver Manuel Mora Montoya¹

Resumen.

La acción de tutela vs erario público, es un artículo de naturaleza jurídica encaminado a exponer una problemática, presentada dentro de algunos casos del Distrito Capital, con ocasión a la concesión de condenas pecuniarias, realizadas por algunos despachos judiciales cuando ejercen funciones constitucionales.

Acá no se debatirá el hecho de si se puede o no, pues para nadie es un secreto que debido a situaciones especiales, particulares y concretas, merecen una protección especial. Sin embargo, el reconocimiento pecuniario, por este medio, ágil, informal y expedito, conlleva a que de cierta manera se desplacen las competencias propias de los jueces naturales, comprometiendo en cierta medida recursos públicos importantes, con asignación definida, en casos donde la Secretaría Jurídica Distrital por intermedio de la Dirección de Gestión Judicial, ha participado. Procesos donde en primera instancia fueron otorgados los derechos y en segunda, revocados de manera parcial, integral o total, pero que por concederse en efectos devolutivos el cumplimiento es inmediato, generando un impacto frente a los recursos públicos con los cuales se debe contar para pagar, pues perseguir la devolución del dinero pagado requiere de una actividad extra de la administración distrital, como es la interposición de demandas, congestionando aún más el aparato judicial.

Ahora bien, todo podría solucionarse aplicando el principio de integración normativa, (marco legal de la acción de tutela y el Código General del Proceso), pues estaría cobijado dentro de un marco de interpretación armónica y constitucional, pues lo más importante es garantizar el debido proceso para las partes dentro del trámite, y el principio de doble conformidad.

Palabras Clave. Tutela, Erario, Exequibilidad, Devolutivo, Suspensivo

Abstract.

The protection action Vs public treasury, is an article of a legal nature aimed at exposing a problem, presented within some cases of the Capital District, on the occasion of the granting of pecuniary sentences, carried out by some judicial offices when they exercise constitutional functions.

Here the fact of whether or not it can be debated will not be debated, because for no one it is a secret that due to special, particular and concrete situations, they deserve special protection, however, pecuniary recognition, by this means, agile, informal and expeditious , leads to a certain

¹ Técnico Operativo Grado 15 Dirección de Gestión Judicial Coordinador Módulo Tutelas Secretaría Jurídica Distrital. Profesional en Derecho, capacitado en Mecanismos Alternativos de solución de Conflictos para ejercer funciones como Conciliador Extrajudicial y Magister en Derecho con énfasis en Derecho administrativo y Ciencias Políticas

displacement of the powers of natural judges, compromising to a certain extent important public resources, with a defined allocation, in cases where the District Legal Secretary, through the Judicial Management Directorate, has participated. Processes where in the first instance the rights were granted and in the second instance, partially, fully or totally revoked; However, because it is granted for refund purposes, compliance is immediate, generating an impact on public resources that must be counted on to pay, since pursuing the return of the money paid requires an extra activity of the district administration, such as the filing of lawsuits, further congesting the judicial apparatus.

Now, everything could be solved by applying the principle of normative integration, (legal framework of the protection action and the General Code of the Process), since it would be covered within a harmonious and constitutional framework of interpretation, since the most important thing is to guarantee the due process for the parties within the procedure, and the principle of double conformity guarantees it.

Keywords. Guardianship, Treasury, Exequibility, Refundable, Suspensory.

Introducción.

Sin duda alguna la acción de tutela o acción de amparo (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), como es conocida en otros países, ha sido y será un logro devenido de una democracia participativa (Quinche, 2018). Producto de una ardua lucha y acuerdo político nacional, que nace como consecuencia del gran impulso generado por unos sectores de la sociedad cansados de ver correr sangre, donde los desacuerdos políticos y el narcotráfico, eran los protagonistas.

Es así que por medio de del Decreto 927 del 03 de mayo de 1990, el presidente de la época Virgilio Barco, da la razón a tan apremiante necesidad de reconocer de manera urgente el fortalecimiento institucional para controlar y prevalecer la situación permanente de perturbación del orden público, generado en gran medida por las consecuentes atrocidades llevadas a cabo por el narcotráfico y demás grupos generadores de terror y muerte.

Decreto Legislativo que tuvo su correspondiente control de constitucionalidad por la sala plena de la Corte Suprema de Justicia, precedida por Dr. Pablo Julio Cáceres Corrales mediante sentencia No 59, (Restrepo, 2018) expediente 2149 (334-E) fechada del 24 de mayo de 1990, que a la postre sería un gran fundamento de origen fáctico y jurídico, para las elecciones, celebradas el 27 de mayo donde además de elegirse a Cesar Gaviria Trujillo, como presidente de la República, tuvo una votación abrumadora (El Tiempo, 1990) para la incursión de una séptima papeleta (Restrepo, 2018) de naturaleza no vinculante, pero de un significado filosófico, que marcaría un antes y un después para nuestro país en la conformación de una Asamblea Nacional Constituyente.

De esta manera y por intermedio del artículo transitorio 5 y 6, la Asamblea Nacional Constituyente, facultó al gobierno nacional para expedir la reglamentación correspondiente, a fin de poder desarrollar y hacer realidad de manera fáctica el uso y aplicación de la acción de tutela. El Decreto Constitucional y Legislativo No 2591 de 1991, por medio del cual “*se reglamenta la*

acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política". (Gómez, 2015, pág. 255), Decreto 306 de 19 de febrero de 1992, "Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991". (Secretaría Jurídica Distrital, 2021), Decreto 1382 de 12 de julio de 2000, "Por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela" (Secretaría Jurídica Distrital, 2021), Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho" (Secretaría Jurídica Distrital, 2021) y finalmente el Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, "Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela" (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2021).

Reglamentación que sin duda alguna ha coadyuvado a hacer efectivos derechos constitucionalmente concedidos por el Legislador, pero que en ocasiones colocan en riesgo recursos con destinación definida, que no se encuentran contemplados dentro de un contingente judicial (Procuraduría General de la Nación, 2013) para atender procesos de tutela.

I. La acción de tutela un logro de la democracia participativa, pero una piedra en el camino para el erario público, cuando se conceden derechos de contenido pecuniario.

El saber constituye por sí mismo un obstáculo contra el delirio omnipotente del dinero y el utilitarismo. Todo puede comprarse, es cierto. Desde los parlamentarios hasta los juicios, desde el poder hasta el éxito: todo tiene un precio. Pero no el conocimiento: el precio que debe pagarse por conocer es de naturaleza muy distinta. Ni siquiera un cheque en blanco nos permitirá adquirir mecánicamente lo que sólo puede ser fruto de un esfuerzo individual y una inagotable pasión (Ordine, 2013, p. 15).

La acción de tutela fue lo más probable, el derecho de acción, el mecanismo o instrumento más importante e innovador para las disposiciones jurídicas de nuestro país. Esta acción pública nace como consecuencia, en gran medida del fenómeno conocido como la séptima papeleta devenida como manifestación pública y democrática (Restrepo, 2018), construida dentro de diversos sectores de la sociedad.

Es quizá el proceso más importante de reforma constitucional de nuestro país, iniciado como manifestación el 11 de marzo de 1990 y hecho realidad el 05 de febrero de 1991 a las 10:30 am cuando con 73 asambleístas, (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), se instala un nuevo poder constituido (C.C, Auto 281/10,2010), que trajo consigo una nueva Constitución y un nuevo paradigma de interpretación, donde el centro de atracción es el la participación democrática y pluralista del conglomerado social (Velásquez, 2013), como diría el maestro Vladimiro Naranjo Mesa.

Sin embargo los avatares de la evolución de las sociedades, la demanda de necesidades frente a la política, economía, cultura y demás expresiones de una sociedad, trajo consigo que las disposiciones jurídicas contenidas en la carta magna de nuestro país, generará la necesidad de vaciar *en lo posible*, todos los contenidos normativos establecidos en ese gran acuerdo nacional como lo fue la Constitución Política de Colombia de 1991. Es así que se da lugar a la necesidad de incorporar en ese estatuto constitucional en su artículo 86, un mecanismo judicial como instrumento constitucional para hacer efectivo derechos fundamentales afectados, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

Ponencia presentada por el Dr. Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Jaime Arias López, mediante iniciativa No 81 fechada del 08 de marzo de 1991 (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), con el nombre de protección de derechos constitucionales cuyo primer debate inició el 17 de mayo de 1991, incorporado en la gaceta constitucional con el No 81 (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) y el segundo debate surtido el 03 julio de 1993 identificado con la gaceta No 112 .

Ahora bien, es importante indicar que la Gaceta Constitucional era:

Una publicación periódica que sirvió como órgano divulgativo oficial de la Asamblea Nacional Constituyente. Su primer número salió al público el 5 de febrero de 1991 bajo el nombre de 'Diario de la Asamblea Nacional Constituyente', sin embargo, a partir del número 3 cambia su nombre a 'Gaceta Constitucional'. En sus páginas se publicaron 64 actas de sesiones plenarias, 152 proyectos de ley, 152 ponencias, 112 actas de comisiones, 580 constancias, 76 intervenciones políticas, tres codificaciones de la constitución, el reglamento de la Asamblea, los perfiles profesionales de sus miembros y demás noticias referentes a la Constituyente. El domingo 7 de julio de 1991, la "Gaceta Constitucional" en su número 114, promulgó por primera vez la nueva Constitución Política de la República de Colombia, firmada y aprobada solo tres días antes, el 4 de julio de 1991. "La Gaceta" finalizó con 144 números que se distribuyeron hasta el 31 de diciembre de 1991. En su redacción participaron Edgar Moncayo como director, Jacobo Pérez Escobar como secretario general, Fernando Galvis Gaitán como relator de la Asamblea, Marleny Hernández, Gilberto Martín y Álvaro León Cajiao como periodista. (Banco de la República, 2021)

Finalmente, con el artículo 86 fue aprobada el sábado 29 de junio de 1991 con una votación de 50 votos a favor, según consta en la Gaceta Constitucional No. 142 del 21 de diciembre de 1991 (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), dando nacimiento a una nueva posibilidad de hacer efectivos los derechos contenidos en la norma de normas, la primera versión de Constitución Política de 1991, insertado en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991 (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Donde se resalta el espíritu de la norma cuando en Ponencia para Segundo Debate sobre la Nueva Constitución expresaron:

Estamos aquí frente a otra de las grandes innovaciones que la nueva Constitución incorpora a nuestro Derecho Público. como modalidad específica de lo que internacionalmente, y de manera particular en el derecho hispanoamericano, se conoce como amparo de los derechos. Así como el Habeas Corpus es una protección especial de la Libertad. La acción de tutela tiene como finalidad conceder una protección inmediata para los derechos que, por sugerencia de la Comisión Codificadora, la propia Constitución enumera como susceptibles de protegerse mediante esta acción, por ser de aplicación directa. Se trata de un mecanismo subsidiario, que sin dar origen a jurisdicciones paralelas prevé un procedimiento preferencial y sumario en beneficio de los particulares. Tal como está concebida. esta figura tiene dos propósitos esenciales. Por una parte. como ya se ha dicho. amparar el particular de las conductas lesivas de sus derechos fundamentales. concediéndole esta protección en frente del Estado: y de otra, permitir que, en ciertos y determinados casos, la ley pueda ampliarla respecto de particulares. Un aspecto no menos importante. y que seguramente estará llamado a cumplir un papel protagónico, es el referente al hecho de que, en desarrollo de esta norma, todos los jueces de la República quedan habilitados para ejercer la protección directa de los derechos constitucionales fundamentales. La Carta de Derechos dejara de ser letra fría y distante para convertirse, en virtud de un control de constitucionalidad concreto, en razón de la materia, y difuso, por la multiplicidad de los agentes de control, en Instrumento cotidiano de promoción de los derechos humanos. De allí la trascendencia que tiene la previsión sobre un eventual

pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre las decisiones judiciales de tutela. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, pág. 8)

II. Análisis Casuísticos De Casos.

Dentro de los casos representativos encontrados en el Sistema de Procesos Judiciales SIPROJWEB DC, (Secretaría Jurídica Distrital, 2021) podemos encontrar 4 casos donde se identificaron situaciones particulares y concretas que obedecieron al reconocimiento y pago de sentencias devenidos por órdenes de jueces constitucionales:

2.1. Caso 1: SGA-SJD VS ESLM: (ID-538242).

La acción de tutela No. 2016-00903, impetrada en su momento contra la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, cuya competencia fue asumida por la Secretaría Jurídica Distrital. El objeto de la pretensión era encaminado a solicitar protección especial a la estabilidad laboral reforzada como consecuente de terminación de la planta temporal 2012-2015, programa de gobierno, por una Bogotá Humana. Fecha de interposición: 30/09/2016. Fallo 1ra Instancia Desfavorable: 30/10/2016. No se notificó a la entidad. Orden: Concede derechos, reintegro y pago de salarios dejados de percibir. Condena: \$9.787.578. Interposición de un incidente nulidad e impugnación. 28/10/2016. Auto rechaza incidente nulidad 27/07/2017. Cumplimiento fallo 28/03/2017. Resolución incidente: Decreta nulidad 30/05/2019. Fallo 2da instancia favorable. 28/06/2019. Revoca integral fallo 1ra instancia.

2.2. Caso 2: SSCJ-SJD VS MELC (ID-531819).

La acción de tutela No. 2016-00370, impetrada en su momento contra el Fondo de Vigilancia y Seguridad, cuya competencia fue asumida por la Secretaría Jurídica Distrital. El objeto de la pretensión era encaminado a solicitar la existencia de un contrato realidad, programa de gobierno, por una Bogotá Humana. Fecha de interposición: 17/06/2016. Fallo 1ra Instancia favorable: 24/06/2016. Auto selección Corte Constitucional. 02/12/2016. Sentencia T-723 de 2016. Orden: Concede derechos, reintegro y pago de salarios dejados de percibir. Condena: \$ 37.946.706. Interposición incidente nulidad. 05/05/2017. Sentencia SU-040 de 2018. Cumplimiento fallo 22/05/2017. Fallo sede revisión. 15/07/2018. Revoca parcialmente.

2.3. Caso 3: SDS-SJD VS AMFC (ID 564950).

La acción de tutela No. 2017-00150, impetrada en su momento contra la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, cuya asesoría fue asumida por la Secretaría Jurídica Distrital. El objeto de la pretensión era encaminado a solicitar protección especial a la estabilidad laboral reforzada por culminación de periodo Jefe de control interno, programa de gobierno, por una Bogotá Mejor para Todos. Fecha de interposición: 27/12/2017. Fallo 1ra Instancia Desfavorable: 11/01/2018. Orden: Concede derechos reintegro. No hubo condena, por cuanto en el fallo no indico nada sobre las prestaciones sociales. Se Interpuso la impugnación. 19/01/2018. Cumplimiento fallo 19/01/2018. Fallo 2da instancia favorable. 03/06/2018. Revoca integralmente el fallo 1ra instancia.

2.4 Caso 4: SGA-SJD VS TJPP (ID-564951).

La acción de tutela No 2018-00001, impetrada en su momento contra la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, cuya asesoría fue asumida por la Secretaría Jurídica Distrital. El objeto de la pretensión, era encaminado a solicitar protección especial a la estabilidad laboral reforzada por culminación de periodo Jefe de control interno, programa de gobierno, Bogotá Mejor para Todos. Fecha de interposición: 04/01/2018. Fallo 1ra Instancia Desfavorable: 18/01/2018. Orden: Concede derechos, reintegro y pago de salarios dejados de percibir. Condena: Sistema no registra. Interposición impugnación. Cumplimiento fallo 25/01/2018. Fallo 2da instancia favorable. 19/02/2018. Revoca integralmente el fallo de 1ra instancia.

Los anteriores casos evidencian algunas situaciones jurídicas, que quizá no son las únicas con idénticas características dentro del Distrito Capital, evidenciando la poca claridad existente, frente a la prohibición de reconocer derechos con contenido pecuniario (C.C., T-043/18,2018), ni mucho menos sus efectos frente a lo que se debe entender por revocación de los fallos en acciones de tutela, pues mientras el Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015 establece: “*Artículo 2.2.3.1.1.6. De los efectos de las decisiones de revisión de la Corte Constitucional y de las decisiones sobre las impugnaciones de fallos de tutela. Cuando el juez que conozca de la impugnación o la Corte Constitucional al decidir una revisión, revoque el fallo de tutela que haya ordenado realizar una conducta, quedarán sin efecto dicha providencia y la actuación que haya realizado la autoridad administrativa en cumplimiento del fallo respectivo*”.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado mediante Ley 2080 de 2021, en su artículo 97, respecto de la revocación de actos de carácter particular y concreto describe:

Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular. Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional. PARÁGRAFO. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.

Pues poco a poco, dicha prohibición está surtiendo una fase de flexibilización, donde la regla general se está volviendo la especialidad, (caso SDIS-SJS vs MYGR ID 543969, condena \$62, 579,80. Sentencia T-443/17), dejando un manto de duda frente a la interpretación de las decisiones judiciales en el actuar por parte de una entidad distrital.

III. La Interpretación Constitucional: El Cura Para El Problema.

Fíjese como el espíritu del legislador estaba encaminado a establecer este mecanismo como una herramienta tendiente, no ha reemplazar las funciones propias de los jueces naturales en sus diferentes competencias, si no por el contrario se construyó como una herramienta, que en palabras del ex asambleísta Dr. Juan Carlos Esguerra, buscaba: “*La acción de tutela es un instrumento completamente nuevo. Su naturaleza es la de proveer protección inmediata a un particular que careciendo de otros medios de defensa adecuados sea perturbado actual o potencialmente en el*

ejercicio de sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución”. (Asamblea Nacional Constituyente, Exposición de Motivos, No 81, Pág. 4, 1991)

Sin embargo, la excesiva flexibilización de las competencias arrojadas bajo los poderes propios que le dio nuestro estatuto constitucional a los jueces constitucionales dentro del marco de protección de los derechos sociales (Landau, 2015), trajo consigo una serie de inconvenientes que han afectado de manera grave, los intereses de entidades públicas los cuales se ven limitados a cumplir la orden de un juez, so pena de incurrir en sanciones que terminan complicando su gestión como funcionarios públicos.

Recursos de carácter público, cuya destinación principal estaban encaminados a ser invertidos en programas y/o proyectos sociales, pero que se ven comprometidos para ser ejecutados en pago de condenas durante el trámite de una acción constitucional como la tutela, que por su naturaleza transitoria, ágil y subsidiaria, no tenía contemplado el reconocimiento de contenidos pecuniarios dentro del trámite, por el contrario estaba prohibido (C.C., T-043/18,2018), pero que de un tiempo para acá con el ir y venir de la jurisprudencia, resultan reconociendo el pago de indemnizaciones por perjuicios causados a los accionantes, como es el caso Alcaldía Mayor de Bogotá vs MELC (C.C, SU-040/18,2018).

Ahora bien, este artículo no pretende de ninguna manera deslegitimar el uso de este maravilloso instrumento, por el contrario, se expone frente a la opinión pública, la necesidad de evidenciar las problemáticas que se presentan desde una perspectiva del día a día a partir de la praxis de la gestión pública de la Dirección de Gestión Judicial de la Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá, cuando se comprometen recursos de todas las personas que pagan sus impuestos en la ciudad de Bogotá Distrito Capital.

3.1. Interpretación del alcance del efecto devolutivo en las acciones de tutela.

En virtud del inexorable reconocimiento que por vía de acción de tutela que se viene realizando por parte de algunos despachos judiciales, “*invadiendo funciones propias del juez natural*”, en especial en cuanto al cumplimiento de fallos de tutela donde se ordena el reintegro y su consecuente pago de emolumentos dejados de percibir desde el momento de una supuesta afectación y como quiera que han existido varios casos que en decisión de primera instancia se conceden los derechos, se le da la orden a la entidad accionada de reintegrar y pagar lo dejado de percibir por el accionante, se cumple el fallo y de manera posterior en sede de segunda instancia se revoca la decisión. Sin embargo la entidad condenada en primera instancia, ha hecho esfuerzos presupuestales para dar cumplimiento al fallo; y como quiera que en las acciones de tutela no se tiene contemplado la disposición de una apropiación presupuestal autónoma (contingente judicial), se expone la necesidad de proponer desde una hermenéutica constitucional (Quiroga, 2019) y armónica un análisis respecto del alcance de los efectos devolutivos (C.C, T-068/95,1995) en acciones de tutela.

En ese orden de ideas, se entiende que la acción de tutela es mecanismo contemplado en el artículo 86 de la constitución política de Colombia, diseñado para buscar la protección de derechos de reconocimiento constitucional y convencional a los individuos, cuando éstos se consideren

vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad, particular pública o privada.

Lo anterior no contempla ningún tipo de discusión siempre y cuando se cumplan los demás presupuestos jurídicos del Decreto Legislativo 2591 de 1991. No obstante, es importante lograr establecer el verdadero sentido del legislador, en cuanto a los efectos en que se deben de conceder las impugnaciones, especialmente cuando se conceden unos derechos fundamentales que trae consigo la condena y consecuente reconocimiento que por acto administrativo debe de hacer la entidad condenada para dar cumplimiento a la orden judicial, pues de conformidad con el espíritu del legislador, se estableció que *“Debe recalcar el carácter transitorio de la decisión del juez y el hecho de que en la misma no se define el fondo del asunto. Estamos frente a un mecanismo excepcional y sumario para una protección inmediata de los derechos, dejando a salvo la posibilidad que tienen las partes para recurrir a las vías ordinarias cuando ello es necesario para la definición del derecho controvertido”*. (Asamblea Nacional Constituyente, Informe de Ponencia No. AGN/D-060, Pág. 17, 1992).

Sin embargo: ¿Cómo se recupera el dinero pagado a un accionante cuando en sede de 1ra instancia fue reconocido un derecho de carácter pecuniario y en sede de segunda instancia fue revocada la decisión a favor de la entidad accionada?, ¿Cuál es el verdadero alcance de la acción de repetición, si el objeto del pago se debió al cumplimiento de una decisión judicial, y el ordenamiento jurídico (Ley 1437 de 2011, artículo 164, ¿Literal c), establece que *“¿Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe?”*.

En ese mismo orden de ideas y de conformidad en lo dispuesto en el Artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, el cual determina que frente al cumplimiento del fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora, lo que hace inferir que frente al cumplimiento de la sentencia que concede los derechos, debe entenderse en el efecto devolutivo; es decir y en términos del Código General del Proceso en su artículo 323, se menciona que en *“Efectos en que se concede la apelación. Podrá concederse la apelación: 2. En el efecto devolutivo. En este caso no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso”*, es decir se interpretaría de manera literal que la sentencia debe de cumplirse sin demora.

No obstante, si se realiza una interpretación sistemática, con el artículo 305 ibídem, se establece:

Procedencia. Podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez ejecutoriadas o a partir del día siguiente al de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso, y cuando contra ellas se haya concedido apelación en el efecto devolutivo. Si en la providencia se fija un plazo para su cumplimiento o para hacer uso de una opción, este solo empezará a correr a partir de la ejecutoria de aquella o de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso. La condena total o parcial que se haya subordinado a una condición solo podrá ejecutarse una vez demostrado el cumplimiento de esta. (L.1437/11, 2011).

Lo que hace inferir o entrever si se quiere, dentro de un marco de interpretación constitucional (Olano, 2005) y contextual en los casos referenciados, que no sería necesario materializar de prima facie, el pago de los emolumentos reconocidos en la sentencia de primera

instancia por el juez constitucional, hasta tanto no se encuentre ejecutoriada la sentencia (efectos suspensivos), pues se estaría vulnerando el principio constitucional al Debido Proceso de la entidad accionada.

Por otro lado, llama la atención que las altas corporaciones tales como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, ha expresado que se pueden aplicar principios del Estatuto Procesal General con el fin de garantizar, entre otros el derecho de acceso a la administración de justicia:

Al respecto, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia la Corte Constitucional 1 y el Consejo de Estado 2 han admitido la procedencia del recurso de súplica en dos casos: i) ante el rechazo de la acción de tutela y ii) el rechazo de la impugnación. Aunado a lo anterior, también debe tenerse en cuenta que el artículo 4 del Decreto 306 del 19 de febrero de 1992 prevé que en el trámite tutelar es posible dar aplicación a los principios generales del Código General del Proceso 3. 12. En consecuencia, en aplicación del Código General del Proceso y en aras de garantizar los principios pro homine y pro actione que rigen el trámite constitucional, así como el derecho de acceso a la administración de justicia del actor, se dará trámite al recurso de súplica presentado por el accionante. (C.E, Sección Tercera, No 11-001-03-15-000-2020-00361-00, Pág. 3-4, 2020).

De modo que y según información de los casos elegidos como muestras con similares circunstancias fácticas y jurídicas, se puede partir de ideas, para estructurar una política de prevención del daño antijurídico, frente a casos en que se condenen a entidades distritales pecuniariamente por este medio.

3.2. Recuperación del erario público por vía judicial.

Otra de las alternativas propuestas como medio para tratar de recuperar lo pagado como consecuencia de un fallo de tutela es recurrir a la vía judicial, que si bien es cierto está constituido como una posibilidad, de nuevo el aspecto de la interpretación sale a relucir como un instrumento encaminado a romper el paradigma de ¿cómo cobrar? lo pagado de lo no debido, a partir del principio de enriquecimiento sin causa.

En ese orden de ideas, es importante mencionar que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 2080 de 2021, establece en su artículo 164 respecto de la oportunidad para presentar la demanda, que la misma puede llevarse a cabo en cualquier tiempo, en su literal C cuando “*se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe*”, la posibilidad de recuperar lo pagado en cumplimiento de un fallo de tutela ejercitando el medio de control de lesividad (C.E, Sección Segunda, No 25000-23-25-000-2011-00609-02,2014), por cuanto para este tipo de situaciones no existe término de caducidad. Al respecto La Corte Constitucional expresó:

El hecho de que el PAR hubiere cancelado sumas de dinero a favor de algunos peticionarios en cumplimiento de las sentencias de instancia, a pesar de que las mismas eran objeto de revisión por la Corte, no impacta la resolución a los problemas jurídicos que se plantearon, ni tampoco significa que se omitió resolver algunos de los extremos de la litis. La Sala Plena no dispuso la restitución de dineros a favor del PAR de TELECOM, porque dicha entidad puede hacer uso de los instrumentos legales que tiene a su disposición para lograr la devolución de lo pagado con fundamento en el principio del enriquecimiento sin causa, en tanto la fuente de la obligación desapareció. Bastaba con revocar todas las órdenes de las

sentencias de instancia para entender que los pagos efectuados en virtud de las mismas carecen de justificación legal y constitucional, por lo que la restitución de las cosas al estado inicial debe procurarse mediante los mecanismos dispuestos en el ordenamiento jurídico para ello. (C.C, Auto No 503/15, Pág.23-24, 2015).

Sin embargo, el verdadero objeto del litigio se centrará en poder quebrantar la presunción de buena fe, que trae el artículo respecto de referido, que impide de cierta manera ejercitar el derecho de acción de la entidad condenada, pero que gracias al Tribunal de cierre de la jurisdicción Constitucional, ha dado apertura a la posibilidad de interpretar el principio de buena fe, no como un derecho sino como una obligación para las partes, pues es entendible y dable afirmar como lo expresa la alta corporación que:

La buena fe no solo se reclama a las autoridades públicas, imponiéndoles la obligación de abstenerse de modificar abruptamente sus decisiones, sino que también se predica de los particulares. Esta busca materializar la confianza mutua, lo cual exige una disposición respetuosa y leal de ambas partes: “La buena fe incorpora el valor de la confianza. En razón a esto, tanto la administración como los administrados deben actuar conforme a las exigencias de la buena fe, sin olvidar “Que el derecho nunca debe ser manejado de espaldas a su fundamento ético que debe ser el factor informante y espiritualizador”. Lo anterior implica que, así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencia”. (C.C, SU-182/19. Párr. 134, 2019).

De modo que sigue erigiéndose a la interpretación del discurso “*quien por fuerza propia tiene la facultad de hacer cambiar una decisión a través de la argumentación jurídica*” (Mora, 2021, pág. 17) como el arma de todo buen abogado.

Ahora bien, fíjese todo lo que se tendría que hacer, los gastos en que debe de incurrir la entidad, para cobrar lo no debido, a causa de una decisión judicial que en el debate ante un juez natural conllevaría unos 10 años, (C.E, Sección Segunda, No 66001233100020100013102,2017), tiempo promedio del medio de control nulidad y restablecimiento del derechos vs 10 o 20 días (Decreto 2591 de 1991 artículos 29 y 32), y de manera eventual 6 meses desde el momento de su interposición hasta una eventual revisión de una tutela, cuando de manera práctica, se podría prevenir mediante lo expuesto en acápite anteriores.

Ahora bien y como quiera que es por disposición legal el que determina el efecto en que se conceden los fallos de tutela, pues debe ser por el mismo medio que debe de reglamentarse los efectos suspensivos que trae consigo la aplicación del artículo 323 del Código General del Proceso, que a la letra expone: “*En el efecto suspensivo. En este caso, si se trata de sentencia, la competencia del juez de primera instancia se suspenderá desde la ejecutoria del auto que la concede hasta que se notifique el de obediencia a lo resuelto por el superior. Sin embargo, el inferior conservará competencia para conocer de todo lo relacionado con medidas cautelares*”.

Especialmente cuando afirma en el numeral 3 que: “*(...) Las apelaciones de las demás sentencias se concederán en el efecto devolutivo, pero no podrá hacerse entrega de dineros u otros bienes, hasta tanto sea resuelta la apelación (...)*”. (Negrilla fuera del texto original). Y eso sólo puede materializarse mediante una modificación del artículo 27 del Decreto 2591, demandando en acción pública de inconstitucionalidad, solicitando a la Corte Constitucional que

declare una exequibilidad condicionada, aplicando los mismos efectos como sucedió en el trámite de la consulta en los casos de sanciones por producto del incidente de desacato:

Estima la Corte que le asiste razón al demandante en la formulación de la anterior tacha de inconstitucionalidad. En efecto, la norma en comento, en cuanto establece que la consulta del auto que decide el incidente imponiendo una sanción por desacato será consultada en el efecto devolutivo, adolece de una falta de técnica legislativa, pues el señalarle este efecto al trámite de la consulta, puede llevar a la ineficacia de la segunda instancia, tal como sucedería en el hipotético caso que se plantea en el libelo de la demanda. El efecto devolutivo permite que mientras la consulta se decide, la ejecución de la pena se lleve a efecto sin el pronunciamiento del superior jerárquico, que puede llegar tarde, cuando la privación de la libertad, por ejemplo, esté consumada o parcialmente consumada y que, además, puede ser revocatorio de la decisión sancionatoria del a-quo. La factibilidad jurídica de esta situación que posibilita el inciso segundo del artículo 52, al consagrar el efecto devolutivo para el trámite de la consulta, resulta manifiestamente contraria al inciso 4o. del artículo 29 de la Constitución Política que recoge el principio de la presunción de inocencia, el cual sólo se desvirtúa cuando la persona ha sido declarada judicialmente culpable. Ahora bien, como en el caso en que procede la consulta es evidente que la sentencia de primera instancia no está en firme, y por tanto no es cosa juzgada, no se ha desvirtuado judicialmente la presunción de inocencia, y no hay razón suficiente para imponer una sanción de tanta gravedad como lo es la privación de la libertad. (C.C, 243/96,1996).

Ahora bien, frente el exequibilidad condicionada, la alta corporación Constitucional ha expresado: “En cambio, la constitucionalidad condicionada consiste en que la Corte delimita el contenido de la disposición acusada para, en desarrollo del principio de conservación del derecho, poder preservarla en el ordenamiento. Así, la sentencia condicionada puede señalar que sólo son válidas algunas interpretaciones de la misma, estableciéndose de esta manera cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuales no son legítimos constitucionalmente” (C.C, C-492/00, Pág 1, 2000).

Planteamientos que se exponen como remedios jurídicos, para hacer de la defensa judicial del Distrito Capital una de las mejores del país, defendiendo los intereses de contenido general sobre particulares.

IV. Conclusiones

Sin duda alguna la concesión de derechos sociales reconocidos en la Constitución de 1991, es un gran avance para un Estado social, democrático y convencional de derecho. Sin embargo, las materializaciones de algunos derechos colectivos pueden verse empañados por decisiones judiciales empoderados del poder constitucional.

La interpretación constitucional es quizá el único instrumento de argumentación jurídica, que tiene la sociedad por un lado como garantía de control social y por otro, como medio para poder hacer exigibles y efectivos derechos, como producto de un cambio social, político, económico y cultural devenido del órgano más importante del poder constituyente, como fue la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Gaceta Constitucional No 142. *Actas se sesion plenaria Segundo debate*. Bogotá D.C: Asamblea Nacional Constituyente. doi:<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3757>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución 1991. *Constitución 1991* (pág. 40). Bogotá D.C: Gaceta Constitucional. doi:<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3761>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Diario de la Asamblea Nacional Constituyente*. Bogotá D.C: Imprenta Nacional. doi:<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3850/>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Gaceta Constitucional No 112. *Ponencia para Segundo Debate la Nueva Constitución* (pág. 24). Bogotá D.C: Gaceta Constitucional. doi:<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3848>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Gaceta Constitucional No 117. *Acta de sesión plenaria*, (pág. 12). Bogotá D.C. doi:<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3707>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Gaceta Constitucional No 81. *Democracia Participativa, Reforma y Pedagogia de la Constitución* (pág. 24). Bogotá D.c: Gaceta Constitucional. doi:<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3798>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Proyecto No 81. *Protección de Derechos Constitucionales* (pág. 8). Bogotá D.c: Gaceta Constitucional. doi:<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/412/rec/1>
- Banco de la República. (25 de febrero de 2021). *Biblioteca Virtual*. Obtenido de Biblioteca Virtual: <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual>
- Consejo de Estado. [C.E]. Sección Tercera, julio 13,2020 M.P R. Pazos. Proceso. No 11-001-03-15-000-2020-00361-00 (Colombia). Obtenido de <https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=alLO%2fZt7hVdYcrYmPtD3ZhJfsv8%3d>.
- Consejo de Estado. [C.E]. Sección Segunda, noviembre 10,2014 M.P G. Gómez. Proceso. No 25000-23-25-000-2011-00609-02 (Colombia). Obtenido de <https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=alLO%2fZt7hVdYcrYmPtD3ZhJfsv8%3d>.
- Consejo de Estado. [C.E]. Sección Segunda, septiembre 12, 2017 M.P C. Perdomo. Proceso. No 66-001-23-31-000-2010-00-131-02 (Colombia). Obtenido de <https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=alLO%2fZt7hVdYcrYmPtD3ZhJfsv8%3d>
- Corte Constitucional. [CC], febrero 22, 1995. M.P. H. Herrera. T-068/95. Colombia. Obtenido el 25 de febrero de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-068-95.htm>

- Corte Constitucional. [CC], agosto 4, 2010. M.P. G. Mendoza. Auto -281/10. Colombia. Obtenido el 25 de febrero de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2010/A281-10.htm>
- Corte Constitucional. [CC], febrero 16, 2018. M.P. G. Ortiz. Sentencia T -043/18. Colombia. Obtenido el 25 de febrero de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-043-18.htm>
- Corte Constitucional. [CC], mayo 10, 2018. M.P. C. Pardo. Sentencia SU-040/18. Colombia. Obtenido el 25 de febrero de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU040-18.htm>
- Corte Constitucional. [CC], junio 1, 2018. M.P. C. Pardo. Sentencia T -214/18. Colombia. Obtenido el 25 de febrero de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-214-18.htm>
- Corte Constitucional. [CC], octubre 22, 2015. M.P. M. Calle. Sentencia Auto -503/15. Colombia. Obtenido el 25 de febrero de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2015/A503-15.htm>
- Corte Constitucional. [CC], junio 1, 2018. M.P. C. Pardo. Sentencia T -214/18. Colombia. Obtenido el 25 de febrero de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-214-18.htm>
- Corte Constitucional. [CC], mayo 21, 2020. M.P. D. Fajardo. Sentencia SU-146/20. Colombia. Obtenido el 25 de febrero de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU146-20.htm>
- Corte Constitucional. [CC], octubre 22, 2015. M.P. M. Calle. Sentencia Auto -503/15. Colombia. Obtenido el 25 de febrero de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2015/A503-15.htm>
- Corte Constitucional. [CC], junio 1, 2018. M.P. C. Pardo. Sentencia T -214/18. Colombia. Obtenido el 25 de febrero de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-214-18.htm>
- Corte Constitucional. [CC], mayo 21, 2020. M.P. D. Fajardo. Sentencia SU-146/20. Colombia. Obtenido el 25 de febrero de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU146-20.htm>
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (25 de febrero de 2021). *Gestor Normativo*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=8449>.
- Decreto Legislativo 2591, noviembre 19, 1991. Departamento Administrativo De La Presidencia De La República. Obtenido el 25 de febrero de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html
- El Tiempo. (1990 de agosto de 1990). Histórico acuerdo para la Asamblea Constitucional. *El Tiempo*. doi:<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-67903>
- Gómez, F. (2015). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C: Leyer.

- González, J. (2007). *Entre la Ley y la Constitución*. Bogotá D.C : Pontificia Universidad Javeriana.
- Landau, D. (2015). *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Mora, H. (2021). *El abuso del poder disciplinario en actos administrativos proferidos por la Procuraduría General de la Nación*. Bogotá D.C: Ibañez.
- Olano, H. (2005). *Interpretación y Dogmática Constitucional*. Bogotá D.C: Doctrina y Ley.
- Ordine, N. (2013). *La utilidad de lo inútil*. Barcelona: Acantilado.
- Ordine, N. (2013). *La utilidad de lo inútil*. Barcelona: Acantilado.
- Procuraduría General de la Nación. (2013). *Resolución 284*. Recuperado el 2 de octubre de 2018, de https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/portal_doc_interes//127_resoluci%C3%B3n%20284.pdf
- Quinche, M. (2018). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá D.C: Temis.
- Quiroga, E. (2019). *Hermeneútica Constitucional*. Bogotá D.C: Nueva Jurídica.
- Restrepo, J. (2018). *Estructura Constitucional del Estado Constitucional*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Secretaría Jurídica Distrital. (25 de febrero de 2021). *Régimen Legal de Bogotá D.C*. Obtenido de Régimen Legal de Bogotá D.C: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62503>
- Secretaría Jurídica Distrital. (https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6061 de febrero de 2021). *Régimen Legal de Bogotá D.C*. Obtenido de Régimen Legal de Bogotá D.C: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6061>
- Secretaría Jurídica Distrital. (25 de febrero de 2021). *Régimen Legal de Bogotá D.C*. Obtenido de Régimen Legal de Bogotá D.C: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5230>
- Secretaría Jurídica Distrital. (<http://siproj.bogotajuridica.gov.co/siprojweb2/> de febrero de 2021). *Sistema de Procesos Judiciales SIPROJWEB DC*. Obtenido de Sistema de Procesos Judiciales SIPROJWEB DC: <http://siproj.bogotajuridica.gov.co/siprojweb2/>
- Velásquez, J. (2013). Gobernabilidad y legitimidad son posibles con la participación ciudadana. *Comunicación*, 33-43. Recuperado el 27 de febrero de 2021, de [file:///C:/Users/MANUEL/Downloads/Dialnet-GobernabilidadYLegitimidadSonPosiblesConLaParticip-5470029%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/MANUEL/Downloads/Dialnet-GobernabilidadYLegitimidadSonPosiblesConLaParticip-5470029%20(2).pdf)
- [GobernabilidadYLegitimidadSonPosiblesConLaParticip-5470029%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/MANUEL/Downloads/Dialnet-GobernabilidadYLegitimidadSonPosiblesConLaParticip-5470029%20(2).pdf)