

REPUBLICA DE COLOMBIA

**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17-001-33-33-003-2019-00310-02 17-001-33-33-003-2019-00311-02
MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	PROCURADORES JUDICIALES I PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS
ACCIONADO	DEPARTAMENTO DE CALDAS Y EL MUNICIPIO DE LA DORADA - CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión a resolver el impedimento presentado por el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, doctor Alejandro Restrepo Carvajal, para actuar en el presente asunto.

ANTECEDENTES

Los Procuradores Judiciales I para asuntos administrativos, con fundamento en el medio de control de protección a los derechos e intereses colectivos, pretenden proteger los derechos de acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y los derechos de los consumidores y usuarios.

Como consecuencia de ello, pidieron se ordenara que en las instalaciones donde funciona la Institución Educativa Renán Barco-sede Ferias y la Institución Educativa Marco Fidel Suárez, ambas del Municipio de La Dorada-Caldas, contaran con espacios seguros para la estadía en el lugar; se dispusiera de personal que se dedicara al aseo de esos establecimientos educativos; se adoptaran medidas administrativas conducentes para garantizar el buen estado de las instalaciones donde operaban los colegios; y se garantizara la calidad del servicio educativo en los mismos, con el fin de evitar que la falta de mantenimiento y control vulnerara los derechos colectivos.

Además, que en la Institución Educativa Renán Barco –sede Ferias, se implementaran medidas necesarias para descontaminar el plantel por la existencia de palomas.

Luego de notificarse el auto que admitió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo, el Procurador Judicial Alejandro Restrepo Carvajal manifestó su impedimento para intervenir como agente del Ministerio Público en el presente asunto, toda vez que fue designado como agente especial para este trámite judicial en primera instancia, de manera tal que presentó concepto de fondo.

Soportó su impedimento en la causal establecida en el numeral 2 del artículo 141 de la Ley 1562 de 2012, la cual es aplicable a los Procuradores en atención a lo previsto en los artículos 130 y 133 del CPACA.

CONSIDERACIONES

El artículo 133 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que *“Las causales de recusación y de impedimento previstas en este Código para los Magistrados del Consejo de Estado, Magistrados de los Tribunales y jueces administrativos, también son aplicables a los agentes del Ministerio Público cuando actúen ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”*.

Y el artículo 130 *ibídem* consagra que los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil (entiéndase hoy artículo 141 del CGP) y, además, en otros eventos consagrados en esa disposición.

El artículo 141 del Código General del Proceso¹, establece lo siguiente:

ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

(...)

2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.

En orden a lo anterior, se considera que los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien, en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas, puede sentirse condicionado en su fuero interno.

En el caso del Procurador Judicial, considera la Sala que su manifestación de impedimento se ajusta al contenido del numeral 2 transcrito, lo cual constituye impedimento para conocer del proceso, puesto que en su condición de agente del Ministerio Público emitió concepto de fondo en el trámite de primera instancia, tal como se verifica en el expediente escaneado del juzgado con el escrito que reposa en el archivo #36.

A juicio de los suscritos y sin que sea menester efectuar consideraciones adicionales, es suficiente para aceptar el óbice manifestado por el Procurador Judicial; y, en consecuencia, se le separará del conocimiento del presente asunto.

Por lo anterior, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

¹ Antes, numeral 2 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

RESUELVE

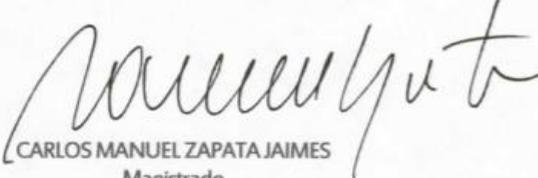
PRIMERO: Admitir el impedimento expresado por el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, doctor Alejandro Restrepo Carvajal, para conocer del presente asunto.

SEGUNDO: Por Secretaría, remítase copia de la presente decisión mediante correo electrónico al Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, doctor Alejandro Restrepo Carvajal y a la Procuradora General de la Nación.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, continúese con el trámite procesal correspondiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

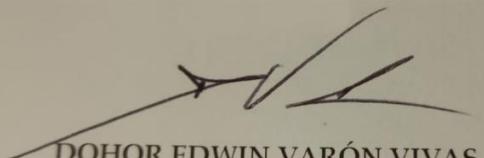
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 21 de abril de 2022 conforme Acta nro. 023 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 069 del 25 de abril de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 102

Manizales, veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-33-33-003-2012-00176-00
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Gildardo Ríos Arango y otros
Demandado: E.S.E. Hospital San Vicente de Paul, Caprecom EPS y Juliana Carvajal Gómez
Vinculados: La Previsora S.A.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicitó en síntesis, declarar responsables a las demandadas por los perjuicios causados al no haberle garantizado la atención médico-asistencial requerida por el niño Víctor Alfonso Ríos Cortes, en adelante VARC de manera oportuna, adecuada y eficiente, situación que fue determinante en su deceso.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a las demandadas al pago de los perjuicios así: - Daño emergente: \$1.300.000. - Lucro cesante futuro: \$346.080.000. - Daño moral: para Gildardo Ríos y Esperanza Cortes Cardona como padres de la víctima, la suma de 100 smmlv para cada uno. Para José Fernando Ríos Cortes y Sandra Bibiana Ríos Cores como hermanos de la víctima, la suma de 50 smmlv para cada uno. – Daño a la vida de relación para Gildardo Ríos y Esperanza Cortes Cardona como padres de la víctima, la suma de 100 smmlv para cada uno. Para José Fernando Ríos Cortes y Sandra Bibiana Ríos Cores como hermanos de la víctima, la suma de 50 smmlv para cada uno.

1.2. Fundamento Factivo

Se señaló que, el 8 de junio de 2010, aproximadamente a las 5:20 de la tarde, en la vereda San José del municipio de Aranzazu-Caldas, el niño VARC cayó desde una altura

aproximada de dos metros, golpeando su cabeza contra el pavimento directamente, siendo trasladado en un lapso de una hora al Hospital San Vicente de Paul de Aranzazu.

A las 6:45 pm, se le proporcionó atención médica al niño, en el Hospital San Vicente de Paul, lugar donde no se le practicó examen alguno para verificar su situación de salud. a las 21:30 se ordenó la remisión del niño con médico y en ambulancia al Hospital Infantil Rafael Henao Toro de Manizales, en regulares condiciones generales y bajo sedación.

El niño fue recibido en el Hospital Infantil Universitario Rafael Henao Toro, dónde el 9 de junio de 2010 se le practicó una craneotomía de urgencia, con el fin de drenar el hematoma epidural creado como consecuencia del golpe. El niño falleció el 12 de junio de 2010, como consecuencia del trauma craneo encefálico.

Señaló que, existió una falla en el servicio médico en tanto no fue interrogado el paciente o su padre a cerca de los síntomas al momento de ingresar al Hospital San Vicente de Paul de Aranzazu, asegurando que tratándose de trauma craneal y presentarse vómito y náuseas pueden ser indicios de compromiso encefálico, tipo contusión, edema cerebral o sangrado intracraneal que obligan una atención especializada de urgencia.

Que además existe falla en la elaboración de la historia clínica y en el diagnóstico impreciso tomado por el Hospital; además, se omitió la práctica de un estudio de rayos x de cráneo simple, el cual debió ser realizado al ingreso del paciente, con el que se hubiera detectado la fractura de cráneo y así, no se hubiese tardado más de dos horas en realizar la remisión a un nivel de complejidad mayor en Manizales.

2. Contestación de la demanda

2.1. Hospital San Vicente de Paul de Aranzazu¹: Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que, tal y como queda consignado en la historia clínica, el deceso del paciente no se debió a inoportunidad en la atención sino a la gravedad de las lesiones sufridas, que no permitieron salvar su vida. Llamó en garantía a la Previsora Compañía de Seguros. Propuso las excepciones de fondo:

- *“Oportunidad en la atención”*. Señaló que la atención inicial se dio el 8 de junio de 2010 a partir de las 18:45 y además que después de su estabilización clínica por instrucciones especializadas de la doctora Sandra González, medica pediatra del Hospital Infantil de la Cruz Roja, fue remitido a este centro especializado, a las 21:30, donde arribó e ingresó al servicio de urgencias a las 23 horas de la misma fecha. Sostuvo que, en materia de atención en salud se alude a la oportunidad, la cual debe interpretarse entendiendo por tal que los tratamientos o remisiones no deben ser inmediatos, sino que, como señala la parte final del numeral 2º del artículo 3º del Decreto 1011 de 2006, dicha característica está íntimamente relacionada con “... el nivel de

¹ Pág. 181 a 188 A.D. “02ExpedienteEscaneadoCno1A”

coordinación institucional para gestionar el acceso a los servicios” que fue justamente lo observado cuando entró en contacto telefónico para coordinar la remisión al Hospital Infantil, obteniendo de allí las indicaciones especializadas sobre la forma en que debía ser manejado el paciente para garantizarle mayores expectativas de vida.

-. *“Observancia del sistema de referencia y contra referencia”*. El Decreto 4747 de 2007 implementó el sistema de referencia y contra referencia, por lo cual resulta diáfano que el Hospital San Vicente de Paul, cumplió a cabalidad con dicha normativa, no solo con su obligación de brindar la asistencia médica que requería el paciente, sino que al determinar de manera rápida y ágil el diagnóstico, buscó apoyo en la institución de superior nivel de complejidad para su remisión, para lo cual debió estabilizar el paciente siguiendo aquellas recomendaciones.

-. *“Inexistencia de nexo causal entre la presunta omisión y el daño”*. Señaló que, de la simple lectura de la historia clínica se observan la diligencia y cuidado con que se prestó el servicio de salud al paciente, lejos de la conducta omisiva que se endilga.

2.2. Juliana Carvajal Gómez²: Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señaló que de la sola observación del paciente no ameritaba de manera inmediata su remisión, ya que los protocolos de atención indican que el paciente en urgencias primero debe ser estabilizado en sus signos vitales, debe determinarse un diagnóstico y luego definir la terapéutica o las conductas medicas entre las cuales está la remisión, la interconsulta, etc. Propuso las excepciones:

-. *“Falta absoluta de nexo causal”*. Manifestó que la caída que sufrió el paciente, produjo lesiones de tal magnitud en su región cerebral y cuyo pronóstico aun frente a una hipotética atención medica más avanzada, siempre terminaría con su fallecimiento, como en efecto ocurrió. La atención hospitalaria inicial estaba encaminada a estabilizar el paciente en el caso de presentar signos que así lo ameritaran, no a lograr la recuperación.

-. *“Actividad medica desplegada conforme a protocolos de atención por parte de Juliana Carvajal”*. Con los registros de historia clínica del paciente se comprueba que el mismo fue valorado inicialmente por el médico general Efraín Espinosa, no por la codemandada Juliana Carvajal, en el servicio de urgencias de la ESE San Vicente de Paul, posteriormente por disposiciones normativas inherentes a las prestación del servicio de salud, (inicio del turno a las 19 horas), el paciente es atendido por ella, quien valora al paciente evidenciando deterioro neurológico y disponiendo que debía ser remitido, para lo cual inició el trámite a fin de hacer efectivo dicho traslado.

-. *“Obligación del Medico: de medio y no de resultado”*. Basada en que la Jurisprudencia ha señalado de manera reiterada que la actividad del profesional de la salud es de medio y no de resultado.

² Pág. 193 a 205 A.D. “02ExpedienteEscaneadoCno1A”

- *“Riesgo Inherente”*. Sostuvo que la caída misma sufrida por la víctima, desde una altura aproximada de 2 metros sobre un área de cemento, sufriendo por ello un impacto que le produjo trauma craneoencefálico, generándole hematoma epidural derecho y edema cerebral importante, que produjo finalmente la muerte cerebral del paciente y su posterior fallecimiento, la expectativa de vida del menor era mínima precisamente por la gravedad de la lesión sufrida al caer, de tal manera que a pesar de haber contado con la posibilidad de atención médica inmediata, el pronóstico no cambiaría.

2.3. Caprecom EPS³: Solicitó ser absuelta de todo a cargo, por cuanto ha respondido a la carga obligacional que le es propia, por lo que solicita no acceder a las pretensiones de la demandante. Llamó en garantía al Hospital San Vicente de Paul y propuso las excepciones de fondo tituladas:

- *“Inexistencia de uno de los presupuestos de la responsabilidad, inexistencia del nexo causal”*. Señaló que, no está claro ni demostrado que se hubiera presentado una falla en la atención médica brindada al paciente en el Hospital San Vicente de Paul, y que ésta haya sido la causa directa del desenlace falta muerte, por el contrario con la historia clínica aportada con la demanda se evidencia que, la atención brindada por el personal médico y paramédico en los niveles de atención que requirió el menor fue pronta, oportuna, adecuada y de calidad, por lo tanto las complicaciones presentadas en la salud del menor luego de la caída que sufrió desde la altura de dos metros, no pueden ser imputables a ninguno de los demandados.

- *“Ausencia de responsabilidad con base en el criterio de la falla probada”*: Sostuvo que no está probado que el fallecimiento se hubiese dado por la atención brindada en el hospital, además porque la EPS autorizó todos los servicios médicos requeridos para su atención.

- *“Principio de confianza del acto médico”*. Para el caso particular los médicos actuaron bajo el principio de beneficencia no de maleficencia, toda vez que ellos no pusieron la complicación en el paciente con un actuar inadecuado a los protocolos establecidos.

- *“Cumplimiento de las obligaciones legales por parte de CAPRECOM para con sus afiliados”*. Caprecom al momento de contratar con la ESE Hospital San Vicente de Paul contaba con la debida habilitación de los servicios contratados y con el personal humano calificado y, de otro lado, dicha institución se obligó a prestar un servicio de excelente calidad y responder por su actuar sin que se pueda trasladar responsabilidades a la EPS.

- *“Incumplimiento de la ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE ARANZAZU de las obligaciones contractuales determinadas en el contrato CR17-0049-2010”*. La ESE Hospital San Vicente de Paul es responsable ante el contratante y los usuarios, por la calidad del servicio médico que se ofrezca, así como por la idoneidad de los

³ Pág. 297 a 343 A.D. “02ExpedienteEscaneadoCno1A”

profesionales que lo prestan y en el evento que se derive responsabilidad civil, administrativa o penal con el afiliado por la prestación del servicio médico, la IPS asumirá con sus propios medios y recursos la defensa y las indemnizaciones que se generen, pues dichos resultados son ajenos a la responsabilidad del contratante.

2.4. La Previsora S.A.⁴: (llamada en garantía por Hospital San Vicente de Paul de Aranzazu). Se opuso a las pretensiones de la parte demandante teniendo en cuenta que, al Hospital San Vicente de Paul no le cabe responsabilidad alguna por los hechos endilgados, por cuanto existen claros eximentes de responsabilidad. Que de conformidad con la historia clínica, se le realiza la valoración al niño sin encontrar signos de alarma, posteriormente su estado de salud se deteriora, se diagnostica trauma craneoencefálico y se ordena su remisión al Hospital Infantil de Manizales; dado que requería urgencia, antes de remitir a un paciente a otra institución médica, debe llamarse al CRUE, quienes deben conseguir la disponibilidad del centro hospitalario donde puede llevarse al paciente. Formuló las excepciones tituladas:

- *“Inexistencia de falla en la prestación de servicios de salud – error y negligencia”*. El Hospital San Vicente de Paul, colocó todos sus conocimientos necesarios para el cumplimiento del resultado, llevó a cabo el manejo adecuado de los síntomas que presentaba el paciente (inicialmente todo era normal) y cuando se deterioró el estado de salud del menor de edad se ordenó su inmediata remisión a un centro hospitalario de mayor grado de complejidad, estabilizó al paciente lo entubó, le aplicó medicinas, consiguió la disponibilidad hospitalaria y remitió al paciente.

- *“Diligencia y cuidado del Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu en la prestación del servicio al menor de edad Víctor Ríos”*. El obrar del Hospital San Vicente de Paul se ajustó a las normas y protocolos de la ciencia médica para la atención en concreto y el obrar de los mismos fue diligente, prudente, oportuno y con la pericia que exigía la *lex artis* en el caso en particular y para los problemas de salud presentados por el paciente.

- *“Inexistencia del nexo causal”*. La muerte de la víctima no se debió a que el personal médico del Hospital de Aránzazu, no remitiera inmediatamente al paciente a otra institución, manifestación que es contraria a la verdad, pues solo es revisar la historia clínica para concluir que se llevó a cabo todo el protocolo de atención médica y remisión del paciente.

- *“Ausencia o indebida acumulación de pretensiones”*. Señaló que, no es viable accederse a las pretensiones formuladas como están planteadas.

- *“Carga de la Prueba”*. Los accionantes tienen la obligación de demostrar a cabalidad los hechos en que funda el petitum de la demanda, deberán comprobar las razones de hecho y de derecho para acceder a las pretensiones solicitadas.

⁴ Pág. 123 a 151 A.D. “04ExpedienteEscaneadoCno1C”

- *“Insuficiencia de la prueba para demostrar perjuicios”*. Las pruebas aportadas y solicitadas con la demanda no son suficientes para decretar las pretensiones solicitadas contenidas en el libelo introductorio.

- *“Irreal tasación de perjuicios”*. Los perjuicios solicitados con la demanda son exagerados y salidos de la toda realidad, porque para fijar el monto de indemnización se requiere demostrar con pruebas válidas y no simples especulaciones; los valores solicitados como perjuicios materiales y extra patrimoniales, no son de recibo la cantidad exagerada contenida en este rubro de las pretensiones.

Frente al llamamiento en garantía señaló que son ciertos los hechos referentes a la suscripción del contrato de seguro. En cuanto a las pretensiones manifestó que la llamada en garantía se atiene a lo que se demuestre en el proceso con base en los documentos aportados, en la contestación de la demanda, sus excepciones y pruebas.

Propuso las excepciones: *“Inexistencia de cobertura de la póliza de responsabilidad civil para los hechos de la demanda”*; *“Límite de la suma aseguradora y reembolso”* y *“Deducible pactado”*.

2.5. ESE Hospital San Vicente de Paul de Aranzazu: (llamada en garantía por Caprecom EPS). No se pronunció frente al llamamiento en garantía formulado en su contra.⁵

2.6. Hospital Universitario Infantil “Rafael Henao Toro” (Cruz Roja Colombiana Seccional Caldas): Mediante auto proferido en audiencia del 15 de noviembre de 2016, el *a quo* aceptó el desistimiento de las pretensiones frente a dicho hospital.⁶

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probadas las excepciones: *“Inexistencia del nexo causal entre la presunta omisión y el daño”*, propuesta por el Hospital San Vicente de Paul y, *“falta absoluta de nexo causal”*, propuesta por Juliana Gómez Carvajal. En consecuencia, negó las pretensiones de la parte demandante.

Para fundamentar su decisión, luego del análisis jurídico y probatorio concluyó que, el fallecimiento del niño VARC ocurrido el 12 de junio de 2010, se encuentra acreditado con el registro civil de defunción, sin embargo, no puede atribuirse responsabilidad a las demandadas debido a que, se estableció que la atención brindada al paciente se ajustó a los protocolos y guías médicas establecidas para este tipo de eventos en la época de los hechos. Que de los testimonios y la prueba pericial se colige que el Hospital no tenía la capacidad científica para atender las condiciones de desmejora del paciente, motivo por el cual tuvo que ser remitido a un nivel de atención de mayor complejidad.

En cuanto a la actividad médica desplegada por la doctora Juliana Carvajal señaló que,

⁵ Pág. 199 a 200 A.D. “04ExpedienteEscaneadoCno1C”

⁶ Pág. 157 A.D. “05ExpedienteEscaneadoCno1D”

se demostró que se orientó a salvaguardar la vida del paciente, sin que se pueda lanzar algún juicio de reproche sobre esta. Que el dictamen pericial rendido por el neurocirujano Juan Pablo Salgado fue concluyente en manifestar que en la atención del paciente fueron respetadas las guías y procedimientos para la época de los hechos, es decir, que no existe reproche alguno sobre la atención que se le brindó al niño VARC.

Consideró el *a quo* que el manejo administrativo que se le dio al caso del paciente fue el adecuado, dado que sobre este particular indicó que se llamó al Centro Regulador de Urgencias y Emergencias CRUE, que es el sitio que regula e indica en qué sitios existen camas para pacientes en estado crítico, pero como en este caso tenían la autorización de la pediatra en Manizales, se trasladó al menor como una urgencia vital.

4. Recurso de apelación

La **parte demandante** solicitó revocar el fallo y en su lugar acceder a sus pretensiones, para ello señaló que, se probó la existencia del nexo causal entre la omisión y el daño.

Señaló que el fallo de primera instancia no otorgó validez a la presunción de falla; que además obra dictamen pericial rendido por el neurocirujano Juan Pablo Salgado Cardozo, con el cual se demostró la falla médica.

Que el accidente se produjo en una vereda retirada del municipio de Aranzazu, razón por la cual tardaron dos horas en llevar al niño a consulta, lo cual debió ser tenido en cuenta por el Hospital para apresurar la remisión.

Que, se presentó un error en el diagnóstico, asociado a la indebida interpretación de los síntomas que presentaba el paciente y la omisión de la práctica de exámenes que resultaban indicados para el caso.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer: *¿El daño consistente en el fallecimiento del niño VARC es imputable a las demandadas?*

2. Tesis del tribunal

El daño consistente en el fallecimiento del niño Víctor Alfonso Ríos Cortes ocurrido el 12 de junio de 2010 no es imputable a las demandadas toda vez que, de conformidad con el acervo probatorio, no es posible determinar la existencia de una falla en el servicio. Se resalta que, correspondía a la parte actora demostrar la falla del servicio que imputó a las demandadas, y dado el conjunto de pruebas arrojadas al expediente, lo que se evidencia es que la conducta asumida por las demandadas, estuvo ajustada a la

lex artis, por haberse prestado la atención en salud de forma oportuna, de calidad y de acuerdo al nivel de complejidad de la institución, y que la remisión del paciente a un centro de atención de mayor nivel de complejidad fue oportuna.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) el fundamento jurídico sobre la imputación y la carga de la prueba; ii) los hechos acreditados relevantes para resolver el problema jurídico, y iii) el análisis del caso concreto.

3. Fundamento jurídico

3.1. La imputación

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación, tales como la falla del servicio, el daño especial, o el riesgo excepcional, que obedecen a diversas situaciones en las cuales el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico "*venite ad factum, iura novit curia*", que significa que se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por los sujetos procesales⁷.

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición actual se orienta en el sentido de que la responsabilidad por la prestación de servicios de salud, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por los actos u omisiones de la entidad correspondiente y el nexo causal entre estos y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el fallador pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva o morigerar dicha carga probatoria.

⁷ Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad: 47001233100019950398601 (16413).

La imputación es la atribución fáctica y jurídica que se hace al Estado del daño antijurídico, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado:

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional)”⁸.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. (...)

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que, demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera “(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar.

Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”.⁹

4. Hechos acreditados

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁹ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, Rad.: 24392.

- El fallecimiento de VARC ocurrido el 12 de junio de 2010, se encuentra acreditado con el registro civil de defunción¹⁰.

- En el Hospital San Vicente de Paul de Aranzazu se suministró al niño VARC atención médica, el 8 de junio de 2010, de la historia clínica se destaca:

(...) MOTIVO CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL

Paciente quien es traído por el papá por que se (sic) se cae de una Elda de café a 2 metros de altura y se golpea la cabeza contra el cemento a las 16:00 solo es traído por el padre a las 18:45, inmediatamente es ingresado a la sala de procedimientos, no presenta heridas en cuero cabelludo y su conformación ósea es normal, el paciente llega consciente estable, bien orientado.

(...)

Neurológico. Glasgow 15/15, sin déficit motor ni sensitivo, pares craneanos par 1 olor normal. No anosmia no parosmia, par 2 agudeza visual normal. No fosfenos. Campimetría normal. Pares 3, 4 y 6 movimientos oculares normales buen enforque visual, reflejo pupilar normal. Par 5 no acufenos no dolor ni parentesia a nivel facial. Par 7 no hay parálisis facial ni motora. 8 audición normal. No tinitus, sin alucinaciones auditivas. Par 9 sin alteraciones de movimientos de facuces. Resto de pares normales

Dx S069 TRAUMATISMO INTRACRANEAL, NO ESPECIFICADO.

(...)

Observ. Adicionales (sic): Se ordena manejo con lev y metoclopramida se deja en observación. A las 19.00 DRA Juliana se realiza cambio de turno, paciente somnoliento y vomitando liquido amarillo espeso refiriendo mucho dolor de cabeza. Continúa deterioro progresivo, pasando de somnolencia a estupor, con pupilas, con midriasis, anisocoricas, asimétricas con nistagmus. Además presenta variaciones en la frecuencia cardiaca entre 50-80 por minuto y a la auscultación cardiaca se perciben ruidos cardiacos arrítmicos por lo cual se comenta al hospital infantil con la doctora Sandra Gonzales (sic) pediatra en la unidad de cuidados intensivos quien solicita re evaluar al paciente, para determinar claramente el estado, se realiza revaloración con el Dr. Carlos Gallego, encontrando al paciente con un Glasgow de 11/15. Nuevamente se comenta con el hospital infantil, la Dra Sandra González pediatra, indica sedación con midazolam a un miligramo por kilo de peso y remitirlo intubado y con médico. Se realiza remisión como lo indico la pediatra, además refiere que sea mandado con solución hipertónica (15% de solución salina y 75% de agua destilada) y dejar a mantenimiento. Se estabiliza paciente, se le informa a la familia que se encuentra en regular estado general y que la probabilidad de sobrevida es muy bajo. Sale remitido a las 21:30 con medico y en ambulancia al Hospital Infantil Rafael Henao Toro de Manizales en regulares condiciones generales bajo sedación.”¹¹

- En el Hospital Universitario Infantil¹² se suministró al niño VARC atención médica, de la historia clínica se destaca:

¹⁰ Pág. 219 A.D. “01ExpedienteEscaneadoCno1”

¹¹ Pág. 249 a 251 A.D. “01ExpedienteEscaneadoCno1”

¹² Pág.: 11 a 28 A.D. 03ExpedienteEscaneadoCno1B

“08/06/2010 23+50 NEUROCIRUGÍA

Antecedente de TEC hace más o menos 6 horas luego deterioro progresivo hasta el coma de inmediato lo remiten con antecedentes clínicamente muy malas condiciones midriasis bilateral fijas glasgow 3 puntos sin corneanos.

TAC hematoma epidural temporal derecho con signos de herniación uncal y subtálamo.

Plan: se pasa a quirófano urgente por tratarse de hematoma epidural tiene 10 años y fue hace 6 horas se explica al padre la gravedad de la situación y se pasa al quirófano

09/06/2010

(...)

19:00 NEUROCIRUGÍA

Paciente continúa en condición crítica bajo sedación anisocorico midriasis derecha plena, izquierda de 4 mm discórica no reactiva

Hipertónico

Respuesta motora apenas con parpadeo.

El TAC de control muestra una muy extensa hipotensidad temporal derecha contusión versus infarto venoso que produce signos de herniación uncal.

Se observa hipodensidad del tronco cerebral bilateral.

Análisis: paciente con evidente lesión del tronco cerebral a la TAC lo que hace pensar en muy mal pronóstico. Por ello decido no pasar a cirugía a drenar lóbulo temporal derecho necrótico. Se explica a los padres la gravedad de la situación y el plan a seguir.

(...)

11/06/2010 NEUROCIRUGÍA

POP de drenaje de hematoma epidural

Paciente en malas condiciones generales, midriático bilateral, sin reflejo de tallo.

No hay respuesta motora o verbal.

Plan: soporte básico

Pobre pronóstico para la vida y la familia.

12/09/2010

POP de drenaje de hematoma epidural

Paciente en pésimas condiciones generales

Midriático bilateral no reactivo.

Ausencia de xxxx (sic) cefalogiros.

Cilio espinal tranqueal profundo (-)

Sin actividad respiratoria espontánea (sic)

Sin respuesta al estímulo doloroso

TEST de apnea: (+) y EEG plano

Se declara muerte cerebral.

Se habla con la familia para explicar pronóstico y posible donación de órganos.”

- El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, por medio de la perita Elia Beany Lasso Cerón, presentó complemento del informe de necropsia No. 177-2010 NUNC – 1700133333201200176, en el cual concluyó:

“Con base en la información aportada se puede determinar que por el cuadro clínico presentado inicialmente por el hoy fallecido, la atención y manejo ofrecido por el San Vicente de Paul de Aranzazu Caldas, fue oportuna, adecuada y la remisión al hospital infantil fue conforme con las lesiones padecidas por el fallecido, ya que el niño logró ser manejado en el hospital infantil.¹³

- En el dictamen pericial rendido por el Neurocirujano Juan Pablo Salgado Cardozo¹⁴, se señala:

“(…)1 El paciente en mención presenta un cuadro de Trauma Craneoencefálico moderado – severo, que se debe medir desde un principio no solo por el Glasgow sino además por la cinemática del trauma (caída de altura).

2 Teniendo en cuenta la anterior, así esté en la historia clínica Glasgow de 15/15, es perentorio realización de Tomografía de Cráneo simple urgente, por lo cual se debe (sic) remitir el paciente de inmediato, aún teniendo en cuenta que por diferentes motivos que no son claros, al paciente asiste a consulta 2 horas posterior al trauma, lo que se debe tener en cuenta para apresurar la REMISIÓN.

3 Si bien se explica la demora de la remisión es claro que se debe catalogar al paciente como urgencia vital y que se le debe realizar urgentemente la Tomografía, que como en la defensa del hospital aducen que no cuentan con esta tecnología, es una razón más para apresurar la decisión de REMISIÓN urgente.

4 Lastimosamente el niño fallece por un hematoma epidural, que es claro que se hubiera podido evitar si la cirugía hubiera sido más oportuna, aún teniendo en cuenta que Aranzazu está a menos de 2 horas.

5 Considero que el manejo dado en el hospital de REMISIÓN no fue el pertinente, dada la gravedad del caso y la no prontitud en la REMISIÓN, como urgencia vital.

6 El error inicia desde la clasificación del Trauma y de ahí se deriva la no aplicación de las guías del manejo del TEC.”

- Se recibieron las declaraciones de los testigos Carlos Andrés Gallego Giraldo y Efraín Eduardo Espinosa, quienes relataron lo que les constaba sobre el estado de salud del paciente y la atención suministrada en el Hospital San Vicente de Paul de Aranzazu.

- Se recibió la sustentación de dictámenes periciales de Elia Beany Lasso Cerón y Juan Pablo Salgado Cardoso.

5. Análisis del caso concreto

¹³ Pág. 11 a 13 A.D. 06ExpedienteEscaneadoCno2PruebasDda

¹⁴

Acreditado el daño, consistente en el fallecimiento de VARC el 12 de junio de 2010, y frente al cual no existe debate en esta instancia, procede la Sala a verificar si, en efecto, como lo alega la parte actora en su apelación, el daño es imputable a las demandadas.

En primer lugar se precisa que, el régimen de imputación aplicable en el presente asunto es el de la falla probada del servicio, lo que impone a la parte demandante no sólo la obligación de probar el daño, sino, *“adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño”*¹⁵. Por lo tanto, no le asiste razón a la parte apelante cuando afirma que, en la sentencia se *“neutralizó sin justificación alguna la falla presunta”* o que *“la parte demandada no desvirtuó la falla presunta”*.

La imputación que realiza la parte demandante frente a las demandadas se concreta en la falla en el diagnóstico, por la indebida interpretación de los síntomas que presentaba el paciente y la omisión en la práctica de exámenes que resultaban indicados y que no lo trasladaron de forma inmediata a un centro de mayor nivel de atención en Manizales.

La Sala al respecto precisa que, sobre el error de diagnóstico, el Consejo de Estado¹⁶ ha señalado que, para imputar responsabilidad a la Administración por daños derivados de dicho error, se requiere acreditar que el servicio médico no se prestó de manera adecuada, entre otros, como cuando *“existe una omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso particular”*.¹⁷

De acuerdo con la historia clínica referente a la atención que se suministró en el Hospital San Vicente de Paul¹⁸ se observa que: el **8 de junio de 2010** siendo las **18:45** horas el niño VARC ingresó al servicio de urgencias debido a que había sufrido una caída desde dos metros de altura golpeándose la cabeza, suceso que ocurrió alrededor de las 16:00 horas según relató el padre.

Al examen neurológico inicial, se consignó en la historia clínica que presentaba: *“Glasgow 15/15, sin déficit motor ni sensitivo, pares craneanos par 1 olor normal. No anosmia no parosmia, par 2 agudeza visual normal. No fosfenos. Campimetría normal. Pares 3, 4 y 6 movimientos oculares normales buen enforque visual, reflejo pupilar normal. Par 5 no acufenos no dolor ni parentesia a nivel facial. Par 7 no hay parálisis facial ni motora. 8 audición normal. No tinitus, sin alucinaciones auditivas. Par 9 sin alteraciones de movimientos de fauces. Resto de pares normales”*, y se diagnosticó un traumatismo intracraneal, no especificado.

A las **19:00**, fue registrado que el paciente se presentaba *“sommoliento y vomitando liquido amarillo espeso refiriendo mucho dolor de cabeza. Continúa deterioro progresivo, pasando de*

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Alberto Montaña Plata. Sentencia de 10 de abril de 2019. Rad.: 25000-23-26-000-2006-01800-01(41890)

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencias del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517 y 3 de octubre de 2016. Exp. 40.057.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014. Exp. 28.816.

¹⁸ Pág. 249 a 251 A.D. “01ExpedienteEscaneadoCno1”

somnolencia a estupor, con pupilas, con midriasis, anisocóricas, asimétricas con nistagmus. Además, presenta variaciones en la frecuencia cardíaca entre 50-80 por minuto y a la auscultación cardíaca se perciben ruidos cardíacos arrítmico”.

Por lo anterior se decidió consultar al Hospital Infantil de Manizales con la doctora Sandra González, pediatra de la unidad de cuidados intensivos, quien recomendó realizar nuevamente la valoración del estado de conciencia del paciente. Una vez realizada la nueva evaluación, el paciente arrojó un Glasgow de 11/15, por lo que se decidió consultar nuevamente con la pediatra Sandra González, quien dio indicaciones para que el paciente fuera remitido al Hospital Infantil. A las **21:30** salió remitido en ambulancia junto con un médico.

Siendo las **23:50** de la misma data, el paciente fue recibido en el Hospital Infantil, lugar donde le realizaron una cirugía, y se diagnosticó: TAC hematoma epidural temporal derecho con signos de *herniación uncal y subtálamo*.

De acuerdo a lo anterior se evidencia que, en el Hospital San Vicente de Paul en la atención suministrada el 8 de junio de 2010 el niño al ingreso fue valorado y sometido a observación neurológica, sin presentar aún síntomas de deterioro neurológico. Posteriormente y ante los síntomas que presentaba el paciente, el personal médico consultó con la pediatra de la unidad de cuidados intensivos del Hospital Infantil de Manizales, para su remisión, quien recomendó realizar nuevamente la valoración del estado de conciencia del paciente, y a continuación indicó que, debía ser remitido a esa institución junto con un médico, en ambulancia y bajo las indicaciones por ella señaladas, lo cual en efecto fue realizado.

Sobre el ingreso del paciente al Hospital San Vicente de Paul, el doctor Efraín Eduardo Espinosa Dorado, fue enfático en manifestar que, tuvo la oportunidad de ver cuando el paciente ingresó por sus propios medios, consciente y orientado, es decir que, el paciente mantenía sus condiciones neurológicas en niveles aceptables.

Sobre la atención suministrada al paciente el médico adscrito al Hospital San Vicente de Paul de Aranzazu, Carlos Andrés Gallego Giraldo, quien atendió al niño y lo acompañó al Hospital Infantil, señaló que:

-Fue llamado por la doctora Juliana Carvajal a las 7 y 10 de la noche, dado que la profesional le solicitó que revisara a un paciente que estaba complicado; que era un paciente pediátrico que había sufrido una caída a las 4 de la tarde.

-Encontró a Víctor Alfonso Ríos Cortes con signos neurológicos, es decir, que se estaba deteriorando, por lo que se comunicaron en ese momento con el Hospital Infantil en Manizales con la doctora Sandra Patricia Gonzales, pediatra quien les indicó el paso a paso que podían realizar para ir determinando la escala de afectación neurológica con el paciente.

-Realizados los procedimientos indicados por la profesional de Manizales, a eso de las 8 y 20 de la noche el niño tenía un total deterioro neurológico, por lo que se comentó al Hospital Infantil la situación para traslado, a lo que este accedió.

-Que no le fue realizado al paciente toma de imagen diagnóstica, debido a que lo requerido por él era una TAC.

Por su parte, en el dictamen pericial rendido por la perita adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Elia Beany Lasso Cerón señaló que: *“por el cuadro clínico presentado por el fallecido, la atención y manejo ofrecido en el Hospital San Vicente de Paul de Aranzazu, fue oportuna, adecuada y la remisión al Hospital Infantil, fue conforme con las lesiones padecidas, ya que el niño logró ser manejado en el Hospital infantil”*.¹⁹

Ahora bien, en el informe pericial suscrito por el neurocirujano Juan Pablo Salgado Cardoso se adujo que, a pesar de que el paciente presentó un Glasgow de 15/15, debía realizarse una tomografía de cráneo, por lo que debió ser remitido de inmediato, que además la muerte del niño se hubiera podido evitar si la cirugía hubiera sido más oportuna.

Sin embargo, el mencionado neurocirujano, sustentó su dictamen ante el despacho de primer grado, precisando respecto a las conclusiones de su informe, que:

-La medicina es una ciencia en continuo avance y que, para la fecha de los hechos, solo se verificaba el Glasgow, pero para la fecha en que se hizo el análisis, los protocolos y las guías habían avanzado, de tal manera que hoy en día se deben tener en cuenta tres cosas: el Glasgow, la cinemática del trauma y si hay hallazgos en las imágenes radiográficas.

-Que el dictamen lo había realizado basado en las guías actuales y no en las vigentes al momento en que el paciente fue atendido y que su pensamiento era de neurocirujano y no del médico general que atendió el caso, que no tiene la experiencia ni la experticia para identificar los signos y síntomas de un TEC grave. Concluyó que las guías y los protocolos de 2010, indicaban que el trauma de un niño con Glasgow 15/15, correspondían con un TEC leve.

-La muerte del paciente se dio por que la intervención quirúrgica se realizó tarde, pero que el hematoma epidural es de difícil diagnóstico y evoluciona en la forma en que se presentó en el niño; es decir, inicia con un comportamiento normal de la persona y en seis o un poco más horas, evoluciona rápidamente a situaciones graves.

-Que el momento ideal para operar a un paciente con hematoma epidural es de inmediato, pero que esa situación es hipotética, porque nadie tiene un

¹⁹ Pág. 11 a 13 A.D. 06ExpedienteEscaneadoCno2PruebasDda

neurocirujano al lado para realizar esa intervención de forma instantánea.

-El experto reconoció que, no se puede pretender que en 2010 se haga lo que se debe hacer en 2016, es decir que, cuando realizó el peritaje, tuvo en cuenta lo que se debe hacer en el caso, pero con guías actuales, es decir, reconoció que su evaluación se hizo sin tener en cuenta las guías y procedimientos médicos vigentes para la época de los hechos.

- Como conclusión sobre este punto, reconoció que el procedimiento realizado al menor fue el correcto para la época.

-Indicó que según la descripción quirúrgica realizada por el neurocirujano que atendió al menor, aquel sufría un hematoma epidural extenso, es decir, una lesión potencialmente mortal.

De acuerdo con lo expuesto resulta diáfano que, no se evidencia la existencia de un error de diagnóstico, toda vez que, el personal médico del Hospital San Vicente de Paul, obró de manera prudente y diligente al determinar la condición neurológica del paciente al momento en que ingresó al servicio de urgencias. Y si bien al inicio de la atención médica no fue diagnosticado el hematoma epidural, de acuerdo con las pruebas practicadas, no puede afirmarse que existió una falla en el servicio, pues para ese momento no existían elementos de juicio suficientes para llegar a dicho diagnóstico.

Además, a pesar de que la parte recurrente, echa de menos la práctica de rayos x, de acuerdo con lo acreditado en el proceso, dicho examen no era apto para arribar al diagnóstico de trauma epidural, lo necesario era la práctica de un TAC, servicio con el que no contaba el Hospital San Vicente de Paul, debido a su nivel de complejidad; por lo tanto, la radiografía no era necesaria y no aportaba al caso específico, es decir, no era determinante.

Tampoco se evidencia una falla en la remisión del paciente al Hospital Infantil de Manizales, toda vez que, una vez se presentaron los síntomas de deterioro neurológico fue solicitada, autorizada y realizada la remisión a dicha institución con la asesoría de la pediatra, lugar en el que recibió la atención especializada requerida y, sin embargo, debido a la gravedad de la lesión no se pudo salvar la vida del paciente.

Al respecto, en el dictamen pericial rendido por Elia Beany Lasso Cerón, adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, señaló que: *“la remisión al Hospital Infantil, fue conforme con las lesiones padecidas, ya que el niño logró ser manejado en el Hospital infantil”*.²⁰

La misma profesional, en la sustentación del referido dictamen ante el *a quo*, respecto a la remisión del niño señaló lo que, estuvo bien realizado en la medida en que, ante la

²⁰ Pág. 11 a 13 A.D. 06ExpedienteEscaneadoCno2PruebasDda

primera llamada, la doctora Sandra Gonzales del Hospital Infantil en Manizales recomendó revalorar al paciente y volver a llamar cuando se realizara una nueva evaluación; agregando que, fue ante la nueva llamada y el deterioro neurológico del paciente que fue aceptada su remisión para atención especializada en el Hospital Infantil de Manizales.

Se resalta que, correspondía a la parte actora demostrar la falla del servicio que imputó a las demandadas, y dado el conjunto de pruebas arrimadas al expediente, lo que se evidencia es que la conducta asumida por las demandadas, estuvo ajustada a la *lex artis*, por haberse prestado la atención en salud de forma oportuna, de calidad y de acuerdo al nivel de complejidad de la institución, y que la remisión del paciente a un centro de atención de mayor nivel de complejidad fue oportuna, de tal suerte que el resultado no puede ser imputado a las demandadas.

5.2. Conclusión

El daño consistente en el fallecimiento del niño Víctor Alfonso Ríos Cortes no es imputable a las demandadas, por cuanto de conformidad con el acervo probatorio, no es posible determinar la existencia de una falla en el servicio.

En consecuencia, al no encontrarse acreditados todos los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, debe confirmarse la sentencia apelada, que negó a las pretensiones de la parte demandante.

6. Costas en segunda instancia

No habrá condena en costas por no encontrarse acreditada su causación en esta instancia. Lo anterior, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 y el artículo 365 del CGP (Código General del Proceso).

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 12 de junio de 2020, por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa formularon Gildardo Ríos Arango y otros contra la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul de Aranzazu, Juliana Carvajal Gómez y Caprecom EPS.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

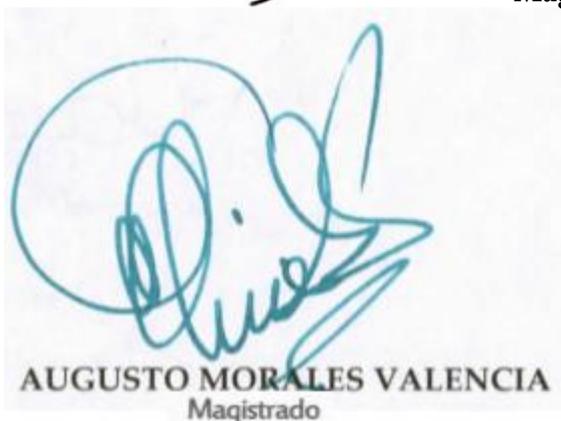
Tercero: Ejecutoriada esta providencia, se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 24 de 2022.

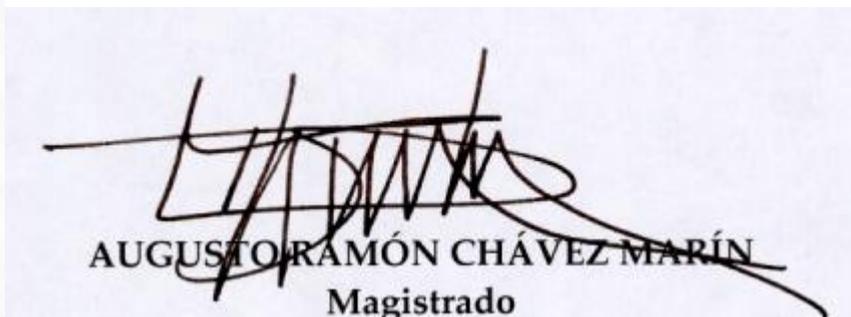
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN ORAL
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-33-39-004-2019-000116-02
Demandante	Mariela Osorio Franco
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia	Sentencia No. 66

Decide la Sala oral el recurso de **apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales Caldas el 13 de agosto de 2020, mediante la cual **accedió parcialmente** a las súplicas de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

*“1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día **05 DE SEPTIEMBRE DE 2018**, frente a la petición presentada el día **5 DE JUNIO DE 2018**, en cuanto negó el derecho a pagar la **SANCIÓN POR MORA** a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los **SETENTA (70) días hábiles** después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

*2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE MANIZALES**, le reconozca y pague la **SANCIÓN POR MORA** establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los **SETENTA (70) días hábiles** después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

CONDENAS

1. *Condenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a que se le reconozca y pague la **SANCIÓN POR MORA** establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los **SETENTA (70) días hábiles** después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
[...]*

2. Hechos.

Mediante la Resolución No. 5836-6 del 23 de junio de 2015, le fue reconocida la cesantía definitiva; cesantía que fue pagada el día 19 de mayo de 2016.

Se aduce que la demandante solicitó la cesantía el día 22 de abril de 2015, fecha a partir de la cual la entidad contaba con setenta (70) días hábiles para el reconocimiento y pago de las cesantías que otorga la ley aplicable al caso, sin embargo indican que dicho término venció el 6 de agosto de 2015 y el pago de la cesantías se efectuó el día 19 de mayo de 2016, en consecuencia transcurrieron doscientos ochenta y tres (283) días de mora.

Manifestó que luego de haber solicitado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, ésta guardó silencio y por ende se configuró un acto administrativo ficto negativo.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Considera vulneradas las siguientes:

Constitución Política

Artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989.

Artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Consideró que las entidades obligadas a responder por dicha prestación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, al incurrir en una mora injustificada en el pago de las prestaciones sociales.

Sostuvo que la Ley 1071 del 2006 fue desconocida por parte de las entidades demandadas tanto en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías, como en la negativa y pago de los intereses moratorios, que a su vez, se desconoció el artículo 4 que habla de un

término de quince (15) días para el reconocimiento de las cesantías y los cuarenta y cinco (45) días hábiles para cancelar dicha prestación social; recalcando que se desconocieron tales términos a pesar de su perentoriedad.

4. Contestación de la Demanda

4.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La entidad cita las normas que crean y regulan el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como las que desarrollan el reconocimiento y pago de las cesantías para los docentes afiliados a ese Fondo y plantea la improcedencia de la indexación sobre las sumas que surgen por concepto de la sanción moratoria de las cesantías. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: *“Culpa del peticionario en extensión de sanción moratoria”, “Detrimento patrimonial del Estado”, “Cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “Reconocimiento oficioso o genérica”.*

5. Sentencia de Primera Instancia

La Jueza Cuarta Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia resolviendo lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR no probados los medios exceptivos de “DETRIMENTO PATRIMONIAL DEL ESTADO”, “COBRO DE LO NO DEBIDO” y “PRESCRIPCIÓN”, propuestos por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto ficto originado en la petición elevada el 5 de junio de 2018, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006 a la parte demandante, MARIELA OSORIO FRANCO.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho SE ORDENA a la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que reconozca y pague a la parte demandante, MARIELA OSORIO FRANCO la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo, para el período comprendido entre el 07 de AGOSTO de 2015 al 16 de SEPTIEMBRE de 2015, teniendo como base de liquidación, la Asignación básica diaria devengada por la accionante en el año 2014.

CUARTO: INDEXAR las sumas a partir del momento en que cesó su causación y hasta la presente sentencia.

[...]

Para sustentar la decisión, el *a quo* encontró demostrado que la docente solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías el día 22 de abril de 2015 y por tanto los 70 días hábiles con que contaba la entidad para reconocer y pagar dicha prestación, se vencieron el 6 de agosto de 2015; entre tanto, el certificado de la Fiduprevisora da cuenta de que el dinero estuvo disponible en entidad financiera desde el 17 de septiembre de 2015, es decir, que la mora se generó entre el 7 de agosto de 2015 y el 16 de septiembre de 2015.

6. Recurso de Apelación.

Inconforme con la decisión adoptada en la sentencia de primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación exponiendo lo siguiente:

[...] Teniendo en cuenta que la docente hizo el retiro de los recursos el (19 de mayo de 2016), como consta en el certificado de la Fiduprevisora que anexo al presente y el cual reposa en el expediente desde el mismo día de la presentación de la demanda, lo que confirma que transcurrieron 286 días de mora, como bien se afirmó en precedencia. El a quo con la decisión contenida en la alzada, tiene en cuenta la fecha del 17 DE SEPTIEMBRE DE 2015 (Certificado fiduprevisora), como fecha a disposición de los recursos, sin tener presente que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FIDUCIARIA LA PREVISORA, no realizó ninguna notificación a mi poderdante de que estos recursos quedaban a disposición esta fecha (17/09/2015). Por consiguiente, la parte actora toma como fecha de pago la de retiro (19/05/2016), no por un acto de mera liberalidad del docente sino por ser el día en que se enteró que tenía el dinero de sus cesantías a disposición, razón por la cual se liquida hasta esta fecha la sanción moratoria. Ahora bien, la realidad del caso de la Señora OSORIO FRANCO a quien represento, es, que en múltiples ocasiones mi prohijada estuvo pendiente de dicha consignación y obteniendo como resultado de estas visitas a la entidad Bancaria BBVA, respuesta negativa de los asesores, quienes le informaban que no tenía el dinero aun consignado, por consiguiente, debió devolverse con las manos vacías del banco. Esta situación que desgastó a la docente al tener que dirigirse día tras día a la entidad bancaria, hasta que por fin el 19 de mayo de 2016 el banco le informara que ya se había dado el depósito y/o transferencia del pago a su favor por concepto de las cesantías parciales debidamente reconocidas, este demora en el pago tardío de sus cesantías le ocasionó dificultades de índole económico y familiar puesto que con dicho dinero debía suplir múltiples obligaciones previamente contraídas, generando afectación a su patrimonio en cuanto a pago de intereses por la demora en su cumplimiento tras la falta de celeridad y acatamiento por parte de la entidad demandada dentro el proceso.

7. Alegatos de Conclusión Segunda Instancia

7.1. Parte demandante.

No alegó de conclusión.

7.2. Parte demandada.

Frente al caso concreto itera que la entidad tenía hasta el 6 de agosto de 2015 para reconocer y cancelar la cesantía a la docente, sin embargo, fue hasta el 17 de septiembre de 2015 que la entidad pagadora puso efectivamente a disposición de la docente a través de entidad bancaria, aclarando que la fecha en que la docente retire el dinero depende de factores externos no imputables a la entidad pagadora. En síntesis, estima que en el presente asunto no hay lugar al reconocimiento y pago de sanción por mora posterior al 16 de septiembre del 2015.

II. Consideraciones de la Sala

1. Cuestión previa.

Resulta importante indicar que, en asuntos similares al aquí estudiado, existen pronunciamientos por parte de este Tribunal Administrativo – Sala Oral, en sentencias de primera instancia proferidas en audiencia simultánea llevada a cabo el día 07 de marzo de 2013¹, relacionadas con el pago tardío de las cesantías parciales, y se llegó a las siguientes conclusiones, las cuales se tendrán como precedente para el análisis del caso sub-examine:

- 1) Es aplicable por identidad o analogía la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia de Jesús María Lemus², y por tanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe y puede conocer de la presente controversia, a la luz del artículo 104 del CPACA, y en sede de juicio ordinario declarativo, medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA.
- 2) La Ley 1071 de 2006 es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes, y por tanto, se debe acatar el mandato legal allí contenido, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.
- 3) Acorde con lo indicado en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, “(...) *el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó*”

¹Sala Oral del Tribunal Administrativo de Caldas. Ponente: William Hernández Gómez. Radicados 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00 demandado Nación-Ministerio de Educación – FNPSM – Ver también la sentencia del veintiséis (26) de agosto de 2015 M.P. William Hernández Gómez Rad: 2015-189.

²Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas (...)". Claro está, previo descuento de un total de 65³ días hábiles, transcurridos los cuales, se causará la sanción moratoria.

2. Problemas Jurídicos:

Teniendo claridad en lo expuesto anteriormente, compete a la Sala determinar conforme el recurso de apelación interpuesto, el siguiente interrogante:

2.1. ¿En qué periodo de tiempo se causó la sanción moratoria?

En torno al reconocimiento y pago de las cesantías a la parte demandante, advierte este Tribunal lo siguiente:

- La Ley 91 de 1989 regula con máxima claridad que las prestaciones sociales del magisterio son de cargo de la Nación, y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- El numeral 5 del artículo 2º y el artículo 5º de la Ley 91 de 1989 disponen lo siguiente:

“Artículo 2º.- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

[...]

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.”

“Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado...”

- Según el artículo 4º de la Ley 1071, la entidad a cargo tendrá un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, si el solicitante reúne todos los requisitos determinados en la ley. Al respecto se resalta:

“... Artículo 4º. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

³ O de 70 días si la solicitud fue presentada en vigencia del C.P.A.C.A., pues en estos casos el término de ejecutoria de la Resolución de reconocimiento es de 10 días.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo...".
(Subrayado fuera de texto).

- Así mismo, el artículo 5º de la ley 1071 de 2006 regula que para efectuar el pago, la entidad tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena. Dice la norma:

***“Artículo 5º. Mora en el pago.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro...”*

- La Ley 1071 de 2006 es una típica regla o norma jurídica de acción⁴, y por tanto está destinada a evitar la ponderación por parte de la administración, porque son concluyentes y perentorios los términos allí establecidos, cuando se dan las condiciones de aplicación, en este caso, del reconocimiento y pago oportuno de las cesantías. Por ello los órganos jurisdiccionales deben dar aplicación a la norma jurídica, en razón de su fuente y mandato incuestionable⁵.
- En la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, se precisó: “[...] *En este sentido cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores [...]*”⁶.

La anterior afirmación también se predica de la Ley 1071 de 2006⁷ (arts. 4, 5 y 6).

- En la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 244 de 1995, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se precisó que la finalidad de la norma es la de lograr el pago puntual de las cesantías del servidor

⁴ Las normas antes citadas están compuestas por enunciados que caracterizan las normas deónticas o regulativas, esto es, mandar, permitir, prohibir, o castigar (art. 4º L. 57 de 1887). Kelsen destacaba que la auténtica norma tiene consecuencias jurídicas, y a ello llamó la norma jurídica completa⁴. Por su parte Dworkin resaltó que las reglas de derecho, contrario a los principios, son mandatos de carácter binario, esto es, que se cumplen o no se cumplen; y Manuel Atienza sostiene que “[...] Las reglas de acción permiten simplificar el proceso de decisión de quien debe comportarse de acuerdo con ellas (el de quien debe cumplirlas o controlar su cumplimiento): lo único que debe hacer es comprobar si se han dado o no determinadas condiciones para hacer o dejar de hacer una determinada acción, desentendiéndose de las consecuencias, esto es, del proceso causal que va a desencadenar su comportamiento [...]”⁴.

⁵ *Ibíd.* Atienza. pp.32, 35.

⁶ Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

⁷ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”

público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, que eviten que éste reciba una suma devaluada.

“[...] Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que ‘...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...’, ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias.

No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites [...]”⁸.

- El reconocimiento y pago oportuno, de que trata el artículo 6º de la ley 1071 de 2006, no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse, porque la teleología de la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas).
- No se puede olvidar que las cesantías son ahorros del servidor público, que está administrando el Estado - patrono, para entregar al servidor en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera definitiva, o bien en los eventos contemplados en la ley, que autoriza el anticipo parcial de las mismas, por vivienda o educación, básicamente.

En consecuencia, advierte este Tribunal que la Ley 1071 de 2006 es una regla de acción, con mandatos perentorios de términos dentro de los cuales debe reconocerse y pagarse las cesantías, los cuales deben cumplirse, so pena de la sanción moratoria de que trata el párrafo del artículo 5º ibídem⁹.

2.2. Precedente jurisprudencial aplicable.

El Consejo de Estado se pronunció en asunto similar al presente en sentencia del 22 de enero de 2015, Magistrada Ponente: Dra. Sandra Liseeth Ibarra Vélez, Radicación número: 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14), Demandante: Yaneth Lucía Gutiérrez

⁸ Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1.

⁹ “[...] PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este. [...]”.

Gutiérrez, Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Ibagué (Tolima).

En el mencionado caso una docente solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías. En dicha providencia el Consejo de Estado aplica las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, concretamente en los términos a los que se debe sujetar la entidad para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas en un caso específico de una docente, como en el sub-lite.

Es decir, al ser los docentes servidores públicos, se encuentran dentro del campo de aplicación de las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por lo tanto, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, debe cumplir los términos previstos en los artículos 1º y 2º de la Ley 244 de 1995 al igual que los artículos 4º y 5º de la ley 1071 de 2006, cuyo incumplimiento genera la sanción por la mora regulada en dicha normativa.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal se acoge a la tesis expuesta del Consejo de Estado, la cual resulta igualmente acorde con la línea argumentativa que ha sostenido como precedente horizontal, frente a la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías de los docentes.

En este caso, el Tribunal de nuevo invoca como precedente altamente persuasivo, la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, denominada de interés jurídico, del 27 de marzo 2007, con ponencia del doctor Jesús María Lemos¹⁰, en la que se argumentó que si el reconocimiento y pago de las cesantías es tardío, entonces se debe contabilizar el término para efectos de la sanción moratoria, desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo de las cesantías.

Las principales razones expuestas por el Consejo de Estado, y que comparte plenamente el Tribunal Administrativo de Caldas, son las siguientes:

1. Se recalca que la regla jurídica contenida en la Ley 1071, que tiene como teleología establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas o parciales. Por ello la administración debe expedir la resolución en forma oportuna. La falta de respuesta o las respuestas evasivas acarrearán perjuicio al peticionario.

Dice la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] Cuando la Administración

¹⁰ Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 (léase L. 1071), el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.[...]” (Subrayado fuera de texto)

Más adelante precisa la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante. [...]”

Ahora bien, el reconocimiento de las cesantías comprende varias sub etapas a saber: expedición del acto administrativo de reconocimiento, para lo cual la administración dispone de un término de 15 días; notificación de dicho acto administrativo, dentro del término que corresponda según se trate de notificación personal, por aviso o por medios electrónicos; ejecutoria del acto administrativo que será de 5 días si la petición de cesantías se hizo en vigencia del C.C.A., o de 10 días si lo propio se hizo en vigencia del CPACA; finalmente, ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento, comienza a correr el término de 45 días para el pago efectivo de la cesantía, sea esta parcial o definitiva.

Mediante sentencia de unificación, el Consejo de Estado se ha encargado de precisar el modo en que han de computarse los términos en cada sub etapa, a efectos de establecer el momento a partir del cual se genera la mora por parte de la Administración.

Es así como mediante la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018¹¹, la Alta Corporación condensó su análisis sobre el tema en el siguiente cuadro:

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica, proferida el 18 de julio de 2018.

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ¹²	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

En el caso concreto se tiene acreditado:

1. La solicitud de pago de las cesantías se presentó el día 22 de abril de 2015 (Fl. 26, C.1). Luego entonces, los 15 días para la expedición del acto administrativo se cumplieron el 14 de mayo de 2015; no obstante, la entidad expidió la resolución de reconocimiento No. 5836-6 el 23 de junio de 2015.
2. Dado lo anterior y atendiendo la sentencia de unificación ya referida, en este caso se contabilizan los términos así:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el cómputo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición

3. De lo anterior se deduce, que el plazo total de 70 días hábiles posteriores a la fecha de solicitud, dentro de los cuales se debió reconocer y pagar las cesantías definitivas, se cumplieron el día 6 de agosto de 2015.

¹² Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

4. Mediante certificación del 22 de octubre de 2018, expedida por la Fiduprevisora, se indica lo siguiente:

*En atención a su solicitud de la referencia, cordialmente nos permitimos certificar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio programó pago de Cesantía DEFINITIVA reconocida por la Secretaria de Educación de CALDAS, al docente OSORIO FRANCO MARIELA identificado con CC No, 24779749, Mediante Resolución No. 5836 de fecha 23 de Julio de 2015, quedando a disposición a partir del **17 de Septiembre de 2015** el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente el 19 de Mayo de 2016 Por valor de \$6116715. a través del Banco 13BVA COLOMBIA por ventanilla, en la Sucursal MANIZALES. (fl. 28, C. 1)*

5. Con dicha certificación queda demostrado que la parte demandada no consignó oportunamente las cesantías de la parte actora en entidad bancaria, pues quedaron a disposición de aquella desde el 17 de septiembre de 2015, vale decir, días después de que se venciera el término legal de 70 días previsto para dicho efecto.

Ahora bien, aunque en este caso hubo una reprogramación del pago de esa prestación comoquiera que el dinero inicialmente consignado fue reintegrado a la Fiduprevisora por el no cobro oportuno por parte de la interesada, dicha circunstancia no le es atribuible a la entidad demandada porque a partir de la notificación del acto administrativo de reconocimiento, el pago podía verificarse sin que se exigiese una notificación adicional. Luego entonces, era carga de la docente el estar pendiente de la consignación que se hiciera a su nombre en la entidad bancaria sin que necesariamente tuviere que acudir personalmente a ella dadas las herramientas virtuales que facilitan dicha consulta.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia en los precisos términos allí dispuestos.

3. Costas

No hay condena en costas en esta instancia toda vez que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales Caldas el 13 de agosto de 2020, mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la parte demandante dentro del medio de control de nulidad

y restablecimiento del derecho promovido por la señora Mariela Osorio Franco contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Se reconoce personería para actuar como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación -FNPSM, a la abogada Leidy Johana Barrientos Peñuela, portadora de la T.P. 325.804, de conformidad y en los términos del poder que obra en el archivo 010 del cuaderno 2.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.

Los magistrados,

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala 2ª. de Decisión Oral
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-33-33-003-2019-00184-02
Demandante	Marleny Giraldo Torres
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia	Sentencia No. 67

Decide la Sala el recurso de **apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el 23 de septiembre de 2020, mediante la cual se **negaron** las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

“1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto, surgido con ocasión de la petición de fecha 15 de agosto de 2018 en cuanto negó el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA a mi mandante, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los sesenta (60) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Declarar que mi representado tiene derecho que la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo contados a partir del día siguiente al vencimiento de los sesenta (60) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

1. Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los sesenta (60) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

[...]"

1. Hechos.

La demandante solicitó al Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas el 29/01/2019.

Por medio de la Resolución Nro. 2036-6 del 23/02/2018, le fueron reconocidas las cesantías definitivas. Las referidas cesantías fueron canceladas el día 22/05/2018, por intermedio de entidad bancaria.

Mediante petición radicada el 15/08/2018, la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, siendo resuelta mediante acto ficto negativo.

2. Normas Violadas y Concepto de Violación

Considera vulneradas las siguientes:

Constitución Política

Artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989.

Artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Decreto 2831 de 2005.

Consideró que las entidades obligadas a responder por dicha prestación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, al incurrir en una mora injustificada en el pago de las prestaciones sociales.

Sostuvo que la Ley 1071 del 2006 fue desconocida por parte de las entidades demandadas tanto en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías, como en la negativa y pago de los intereses moratorios. Trae a colación jurisprudencia del Consejo de Estado en

relación con el trámite y términos legales dispuestos para el reconocimiento de las cesantías en la Ley 244 de 1995.

3. Contestación de la Demanda

3.1. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante y frente a los hechos precisó que unos son ciertos y otros no le constan.

Se refirió a la naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al régimen prestacional aplicable a los docentes afiliados al mismo, destacando la ley 91 de 1989 y su Decreto Reglamentario 2831 de 2005.

Propuso como defensa las siguientes excepciones:

-Legalidad de los Actos Administrativos Demandados: indicó que el acto demandado se profirió siguiendo las normas legales vigentes y aplicables al caso.

-Inexistencia de la Obligación: manifiesta que la solicitud de sanción moratoria por el reajuste realizado a las cesantías definitivas es improcedente, al no estar contemplada en norma sustancial.

-Improcedencia de la Indexación: considera que la sanción moratoria no es objeto de indexación, como lo ha dicho el Consejo de Estado, pues se trata de una penalidad que busca el pago oportuno de las cesantías, pero no compensa al trabajador ni lo indemniza.

-Compensación: en el evento que resulte probado en el proceso a favor del demandante algún pago por parte de la demandada.

4. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia proferida el 23 de septiembre de 2020, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales resolvió lo siguiente:

PRIMERO.-NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado por la señora MARLENY GIRALDO TORRES en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO.-SIN COSTAS, por lo considerado.

El *a quo* encontró demostrado que a la señora Marleny Giraldo Torres se le reconoció mediante Resolución No. 3506-6 del 2 de mayo de 2016, las cesantías definitivas por

valor de \$152.529.393 y que mediante solicitud radicada el 29 de enero de 2018, la demandante solicitó el ajuste de sus cesantías definitivas con la inclusión de nuevos factores salariales en la determinación del salario base de liquidación. En virtud de la solicitud, el valor de las cesantías fue ajustado mediante Resolución No. 2036-6 del 23 de febrero de 2018, determinándose una diferencia a favor de la demandante por valor de \$5.604.532, valor que quedó a disposición a partir del 22 de mayo de 2018.

El 15 de agosto de 2018, la señora Marleny Giraldo solicitó el reconocimiento y pago de la sanción establecida en la ley 1071 de 2006, por la demora en el pago del ajuste de las cesantías definitivas, solicitud que fue resuelta de manera negativa por parte de la entidad demandada mediante acto ficto negativo surgido de la no respuesta a la petición. El a quo advirtió que en la demanda se afirma que la sanción que se pretende se deriva del pago inoportuno de las cesantías definitivas; sin embargo, al revisar las pruebas que obran en el expediente, se puede concluir que en realidad la tardanza en el pago es respecto del ajuste de las cesantías definitivas ordenado mediante Resolución No. 2036-6 del 23 de febrero de 2018.

Dado lo anterior, de acuerdo con jurisprudencia del Consejo de Estado, se indicó en primera instancia que la sanción moratoria por la inoportuna consignación del reajuste de las cesantías no procede, esto es, cuando se trate de las diferencias de valor de tal prestación, que se originen a causa de un incremento salarial tardío y la consecuente reliquidación de la prestación

5. Recurso de apelación.

En el memorial de apelación considera la parte demandante que en el presente asunto, la prestación se reconoció mediante dos actos administrativos, esto es, i) Resolución 3506-6 del 02 de mayo de 2016, por medio de la cual se le reconocieron cesantías definitivas a la señora Giraldo Torres y ii) Resolución 2036-6 del 23 de febrero de 2018, por medio de la cual se ajusta una cesantía definitiva. Aduce que resulta inobjetable que en ambos actos administrativos se reconoció cesantía a la demandante, pues, en el segundo acto administrativo se adicionó o como dice el encabezado se ajustó la prestación; al respecto, recalca que el valor adicional también tiene el carácter o calidad de ser cesantía.

Señala que el segundo acto no corresponde a un recurso, sino que es una expresión de voluntad de la parte demandada en el sentido de adicionar el valor de las cesantías por una errada liquidación en la Resolución 3506-6 DEL 02 de mayo de 2016.

Agrega que, para la expedición de la Resolución 2036-6 del 23 de febrero de 2018 "por la cual se ajusta una cesantía definitiva", medió una petición de la demandante,

y la actuación administrativa correspondiente para el reconocimiento y pago del excedente de la cesantía -no reconocido- transgredió los términos de la Ley 1071 de 2006 para la satisfacción de la prestación.

6. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

6.1. Parte demandante: Ratifica los fundamentos de hecho y de derecho formulados en el escrito del Recurso de Apelación, interpuesto contra la providencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 24 de septiembre de 2020.

6.2. Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM: Insistió en que, de conformidad con las normas aplicables, no se genera sanción moratoria por el pago de las diferencias que surjan del ajuste a la liquidación de las cesantías. Concluye que las pretensiones de la parte demandante deben ser negadas.

II. Consideraciones de la Sala

1. Cuestión previa.

Resulta importante indicar que, en asuntos similares al aquí estudiado, existen pronunciamientos por parte de éste Tribunal Administrativo – Sala Oral, en sentencias de primera instancia proferidas en audiencia simultánea llevada a cabo el día 07 de marzo de 2013¹, relacionadas con el pago tardío de las cesantía parciales, y se llegó a las siguientes conclusiones, las cuales se tendrán como precedente para el análisis del caso sub-examine:

- 1) Es aplicable por identidad o analogía la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia de Jesús María Lemus², y por tanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe y puede conocer de la presente controversia, a la luz del artículo 104 del CPACA, y en sede de juicio ordinario declarativo, medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA.

¹Sala Oral del Tribunal Administrativo de Caldas. Ponente: William Hernández Gómez. Radicados 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00 demandado Nación-Ministerio de Educación – FNPSM – Ver también la sentencia del veintiséis (26) de agosto de 2015 M.P. William Hernández Gómez Rad: 2015-189.

²Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

- 2) La Ley 1071 de 2006 es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes, y por tanto, se debe acatar el mandato legal allí contenido, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.
- 3) Acorde con lo indicado en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, “(...) *el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas (...)*”. Claro está, previo descuento de un total de 65³ días hábiles, transcurridos los cuales, se causará la sanción moratoria.

2. Problemas Jurídicos:

Teniendo claridad en lo expuesto anteriormente, compete a la Sala despejar los siguientes interrogantes:

¿Es procedente efectuar el reconocimiento de la sanción por mora consagrada en la Ley 1071 de 2006 como consecuencia del ajuste o reliquidación de cesantías inicialmente reconocidas por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?

¿En caso de ser procedente dicho reconocimiento, cuál es la fecha a partir de la cual se produce su causación y hasta qué fecha se causó?

¿Se configuró la prescripción?

Sea lo primero indicar que el pago de las cesantías así como el reajuste de las mismas cuando hay lugar a ello, corresponde a la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM por las siguientes razones:

a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.

c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación,

³ O de 70 días si la solicitud fue presentada en vigencia del C.P.A.C.A., pues en estos casos el término de ejecutoria de la Resolución de reconocimiento es de 10 días.

conurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política⁴.

d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁵, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”. Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

“[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...]”.

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías reconocidas a los docentes.

3. Términos para el reconocimiento y pago de las cesantías.

⁴**“Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

En torno al reconocimiento y pago de las cesantías al personal docente afiliado al FNPSM, advierte este Tribunal lo siguiente:

- La Ley 91 de 1989 regula con máxima claridad que las prestaciones sociales del magisterio son de cargo de la Nación, y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- El numeral 5 del artículo 2º y el artículo 5º de la Ley 91 de 1989 disponen lo siguiente:

*“**Artículo 2º.**- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*

[...]

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.”

*“**Artículo 5º.**- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado...”

- Según el artículo 4º de la Ley 1071, la entidad a cargo tendrá un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, si el solicitante reúne todos los requisitos determinados en la ley. Al respecto se resalta:

*“... **Artículo 4º. Términos.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo...”
(Subrayado fuera de texto).

- Así mismo, el artículo 5º de la ley 1071 de 2006 regula que para efectuar el pago, la entidad tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena. Dice la norma:

*“**Artículo 5º. Mora en el pago.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro...”*

- La Ley 1071 de 2006 es una típica regla o norma jurídica de acción⁶, y por tanto está destinada a evitar la ponderación por parte de la administración, porque son concluyentes y perentorios los términos allí establecidos, cuando se dan las condiciones de aplicación, en este caso, del reconocimiento y pago oportuno de las cesantías. Por ello los órganos jurisdiccionales deben dar aplicación a la norma jurídica, en razón de su fuente y mandato incuestionable⁷.
- En la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, citada como precedente para este asunto, se precisó: “[...] *En este sentido cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores [...]*”⁸.

La anterior afirmación también se predica de la Ley 1071 de 2006⁹ (arts. 4, 5 y 6).

- En la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 244 de 1995, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se precisó que la finalidad de la norma es la de lograr el pago puntual de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, que eviten que éste reciba una suma devaluada.

[...] Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que ‘...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...’, ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias.

No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente

⁶ Las normas antes citadas están compuestas por enunciados que caracterizan las normas deónticas o regulativas, esto es, mandar, permitir, prohibir, o castigar (art. 4º L. 57 de 1887). Kelsen destacaba que la auténtica norma tiene consecuencias jurídicas, y a ello llamó la norma jurídica completa⁶. Por su parte Dworkin resaltó que las reglas de derecho, contrario a los principios, son mandatos de carácter binario, esto es, que se cumplen o no se cumplen; y Manuel Atienza sostiene que “[...] Las reglas de acción permiten simplificar el proceso de decisión de quien debe comportarse de acuerdo con ellas (el de quien debe cumplirlas o controlar su cumplimiento): lo único que debe hacer es comprobar si se han dado o no determinadas condiciones para hacer o dejar de hacer una determinada acción, desentendiéndose de las consecuencias, esto es, del proceso causal que va a desencadenar su comportamiento [...]”⁶.

⁷ *Ibidem*. Atienza. pp.32, 35.

⁸ Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

⁹ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”

la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites [...]”¹⁰.

- El reconocimiento y pago oportuno, de que trata el artículo 6º de la ley 1071 de 2006, no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse, porque la teleología de la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas).

No se puede olvidar que las cesantías son ahorros del servidor público, que está administrando el Estado - patrono, para entregar al servidor en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera definitiva, o bien en los eventos contemplados en la ley, que autoriza el anticipo parcial de las mismas, por vivienda o educación, básicamente. En consecuencia, advierte este Tribunal que la Ley 1071 de 2006 es una regla de acción, con mandatos perentorios de términos dentro de los cuales debe reconocerse y pagarse las cesantías, los cuales deben cumplirse, so pena de la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5º *ibidem*¹¹.

3.1. Precedente jurisprudencial aplicable.

En sentencia de unificación de fecha 18 de julio de 2018¹² el Consejo de Estado, definió las siguientes reglas jurisprudenciales para dar solución a los problemas jurídicos relacionados con el reconocimiento de sanción por mora en el sector docente:

*“3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.*

*3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹³ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso,

¹⁰ Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1.

¹¹ “[...] PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este. [...]”.

¹² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

¹³ Artículos 68 y 69 CPACA.

y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

*195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.*

*3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.*

*3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.” (Resaltado original)*

Mediante sentencia de unificación, el Consejo de Estado se ha encargado de precisar el modo en que han de computarse los términos en cada sub etapa, a efectos de establecer el momento a partir del cual se genera la mora por parte de la Administración.

Como puede verse, el reconocimiento de las cesantías comprende varias sub etapas a saber: expedición del acto administrativo de reconocimiento, para lo cual la administración dispone de un término de 15 días; notificación de dicho acto administrativo, dentro del término que corresponda según se trate de notificación personal, por aviso o por medios electrónicos; ejecutoria del acto administrativo que será de 5 días si la petición de cesantías se hizo en vigencia del C.C.A., o de 10 días si lo propio de hizo en vigencia del CPACA; finalmente, ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento, comienza a correr el término de 45 días para el pago efectivo de la cesantía, sea esta parcial o definitiva.

4. Caso concreto.

En el caso concreto se tiene acreditado:

Mediante la Resolución No. 3506-6 del 2 de mayo de 2016 se reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas a la señora Marleny Giraldo.

Mediante derecho de petición del 29 de enero de 2018, la demandante solicitó el ajuste del valor de las cesantías definitivas incluyendo la prima de servicios.

A través de la Resolución No. 2036-6 del 23 de febrero de 2018 se accedió al ajuste de la cesantía definitiva incluyendo como base de liquidación la prima de servicios.

El 15 de agosto de 2018, la señora Marleny Giraldo solicitó el reconocimiento y pago de la sanción establecida en la ley 1071 de 2006, por la demora en el pago del ajuste de las cesantías definitivas, solicitud que fue resuelta de manera negativa por parte de la entidad demandada mediante acto ficto negativo surgido de la no respuesta a la petición.

A juicio de esta Sala de Decisión, la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción mora derivada de la reliquidación de las cesantías definitivas porque la mora no se causa por el reajuste de la prestación sino por el retardo en el reconocimiento y pago de la misma. En efecto, el hecho que el monto inicialmente reconocido deba ser recalculado y ello arroje un mayor valor final que a la postre reconoce la entidad, no es generador de sanción mora, se itera, esta se causa por el retraso en el reconocimiento y pago de la prestación inicial. Es decir, la sanción castiga la demora en el pago pero no el error en la liquidación, como en reciente providencia explicó el Consejo de Estado¹⁴:

“Establecido ello, tampoco se encuentra de recibo el argumento según el cual hubo un pago incompleto de la prestación social y por tanto, procede el reconocimiento de la penalidad pretendida, pues la jurisprudencia de esta Corporación¹⁵ ha sido clara en señalar que una indebida liquidación de las cesantías anualizadas, como lo pretende hacer ver la parte demandante, en tanto no fue incluido dentro del periodo 2009 a 2012 el factor bonificación por servicios prestados, no conlleva a condenar al pago de la sanción moratoria, pues de conformidad con la Ley 50 de 1990¹⁶, aquella se causa únicamente el evento en que el empleador incumpla la obligación de efectuar el aporte correspondiente al valor liquidado por la anualidad o la fracción correspondiente, antes del 15 de febrero de cada vigencia fiscal; situación que no se encuentra acreditada en el sub júdice si se tiene en cuenta que el actor pretende su reconocimiento a partir de una reliquidación de la prerrogativa por las anualidades de 2009 a 2012.

21. En otras palabras una indebida liquidación de las cesantías por un pago que en sentir del actor es incompleto, no implica que el empleador haya incurrido en el supuesto de la norma que lo apremia con una sanción al no haber cancelado dentro de la oportunidad legal las cesantías anualizadas, pues una cosa es efectuar liquidación y cancelación de acuerdo a las directrices tomadas por la entidad demandada en su momento y otra es reconocer fuera del plazo determinado la prestación aludida”.

Y en oportunidad anterior había explicado¹⁷:

“Al respecto, esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la

¹⁴ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 20 de septiembre de 2019, Rad. 08001-23-33-000-2016-01120-01.

¹⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda –Subsección B, sentencia de 8 de septiembre de 2017, Rad. 2014-00355-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁶ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

¹⁷ SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, M.P CÉSAR PALOMINO CORTÉS, 4 de octubre de 2018, Radicado: 080012333000201400420 01.

sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de dicha prestación, en los siguientes términos:

*“En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación¹⁸; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, **se causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma trascrita.**”¹⁹ (Resaltado fuera de texto).*

Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“(…) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

(…)

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley²⁰. (Subrayado fuera de texto).

Corolario con lo expuesto, la Sala concluye que el pago inoportuno de la diferencia originada en el reajuste salarial del que fuera objeto la demandante, que evidentemente incide en la liquidación de las cesantías reconocidas en un primer momento, no configura el derecho a la sanción moratoria pretendida en la demanda, pues ello no implica que la prestación se hubiese pagado en forma inoportuna, como tampoco se enmarca dentro de los presupuestos que la norma regula. Además, por tratarse de una sanción, que hace parte del derecho sancionatorio, en donde deben ser expresamente previstas en la ley, no se puede extender, o aplicar la analogía, a supuestos de hecho, o de derecho, diferentes a las que la norma prevé expresamente.”

¹⁸ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

²⁰ Cita propia del texto transcrito: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

Los anteriores razonamientos imponen negar las pretensiones de la demanda puesto que la parte actora pretende derivar la sanción mora por el solo hecho del reajuste de las cesantías. En consecuencia, se confirmará la sentencia materia de apelación.

5. Costas y Agencias en Derecho

No se condena en costas a la parte demandante, toda vez que la demanda no careció de fundamento razonable en derecho.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 23 de septiembre de 2020 dentro del proceso de la referencia.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese y cúmplase

Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

Tribunal Administrativo de Caldas
Sala 2ª Oral de Decisión
Magistrada Sustanciadora: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022)

A.I. 174

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-23-33-000-2019-00456-00.
Demandante: Ana Alicia Vergara de Buitrago
Demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª de Decisión Oral, procede a resolver sobre una causal de terminación del proceso.

I. Antecedentes

La entidad demandada, al contestar la demanda, propuso como “excepción previa” la que denominó “*falta de requisito de procedibilidad por no haberse agotado reclamación administrativa*”. Como fundamento de la misma expuso lo siguiente:

Mediante Resolución RDP 045492 del 02 de diciembre de 2016 se niega una pensión de sobrevivientes a la señora ANA ALICIA VERGARA DE BUITRAGO, resolución que se notificó el día 30 de diciembre de 2016 y contra dicho acto administrativo procedían los recursos de reposición y/o apelación, los cuales no fueron interpuestos por la hoy accionante, sin embargo con posterioridad, el día 30 de marzo de 2017 se presentó solicitud de revocatoria directa contra la Resolución RDP 045492 del 02 de diciembre de 2016 a través de su apoderado.

[...]

El 30 de marzo la demandante radicó ante la UGPP solicitud de revocatoria directa de la Resolución RDP 045495 del 02 de diciembre de 2016, solicitud realizada en forma extemporánea. (sic) Pues ya había vencido el término para pronunciarse sobre la misma. No obstante la UGPP haya expedido la Resolución RDP 021002 del 22 de mayo de 2017, por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa interpuesta contra la Resolución RDP 45494 del 2 de diciembre de 2016, la misma no subsana la falta de agotamiento de la reclamación administrativa.”

II. Consideraciones de la Sala

A efectos de resolver lo pertinente sea lo primero aclarar que, la excepción planteada por la UGPP no es genuinamente previa teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 100 del Código General del Proceso, pues el fundamento de la misma no es la ausencia de un requisito formal de la demanda sino el incumplimiento de un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Ahora bien, la oportunidad para emitir un pronunciamiento en relación con la ausencia de un requisito de procedibilidad como el que aquí se plantea, está determinada por el artículo 175, parágrafo 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que a la letra indica:

“ARTÍCULO 175. *Durante el término de traslado, el demandado tendrá la facultad de contestar la demanda mediante escrito, que contendrá:*

[...]

PARÁGRAFO 2o. [...]

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.”

Así pues, es ésta la oportunidad procesal para decidir sobre la causal de terminación del proceso ya advertida.

Volviendo sobre el tema que concita la atención de la Sala se tiene que, ciertamente, existen unos presupuestos o requisitos legales que permiten acudir en demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y cuando se trata del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos de contenido particular y concreto, uno de dichos presupuestos es el siguiente:

“ARTÍCULO 161. *La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:*

[...]

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. *El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.*

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.”

[...] /Resalta la Sala/

En el sub iudice las pretensiones de la parte actora se contraen a lo siguiente:

“Primero. Se Declare la Nulidad absoluta del Acto Administrativo Resolución con radicado No RDP 045495 del 2 de diciembre de 2016, radicado SOP201601025676. expedido por la UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCAL-UGPP por medio del cual se niega el reconocimiento de la asignación mensual de sobrevivencia a favor de la señora ANA ALICIA VERGARA DE BUITRAGO.

Segundo. Se Declare la Nulidad absoluta del Acto Administrativo Resolución RDP 021002 del 22 de mayo de 2017 con radicado No. SOP201701013775, expedido por la UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCAL-UGPP- por medio del cual se resuelvo solicitud de

revocatoria directa negando el reconocimiento de la asignación mensual de sobrevivencia a favor de la señora ANA ALICIA VERGARA DE BUITRAGO”.

Ahora bien, en la parte resolutive de la Resolución No RDP 045495 del 2 de diciembre de 2016 se señaló:

“ARTÍCULO SEGUNDO Notifíquese a ANGELO BUITRAGO GIRALDO, haciéndole (5) saber que en caso de inconformidad contra la presente providencia, puede (n) interponer por escrito los recursos de Reposición y/o Apelación ante EL SUBDIRECTOR DE DETERMINACION DE DERECHOS PENSIONALES (E). De estos recursos podrán hacerse uso dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación, manifestando por escrito las razones de inconformidad, según el C.C.A.”

La parte demandante no interpuso ningún recurso contra la referida resolución y posteriormente solicitó la revocatoria directa de la misma, siendo ella negada por la entidad a través de la Resolución No. RDP 021002 del 22 de mayo de 2017.

Al respecto conviene recordar que la solicitud de revocatoria directa no subsana la omisión de agotar en debida forma los recursos obligatorios en vía administrativa ni revive los términos para acudir en demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así lo dispone el artículo 96 del CPACA:

“Artículo 96. Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo”.

En consonancia con lo anterior, el Consejo de Estado¹ ha precisado lo siguiente:

“La jurisprudencia tiene precisado que en virtud de la misma, el acto que decida la solicitud de revocación directa no tiene recursos, y el que la niegue no constituye acto administrativo definitivo, ya que no hace parte de la vía gubernativa y no genera una situación jurídica nueva o distinta a la del acto administrativo que se solicite revocar directamente, por lo cual no es susceptible de acción contencioso administrativa. No así el acto que conceda la revocación directa, es decir, el acto revocatorio, que justamente por significar una nueva situación jurídica frente a la del acto revocado, pasa a ser un nuevo acto administrativo, de allí que se considere que la revocación directa es la sustitución o supresión de un acto administrativo mediante otro acto administrativo.”

El no haberse interpuesto el recurso de apelación – el cual era obligatorio - contra la Resolución No RDP 045495 del 2 de diciembre de 2016, conlleva el incumplimiento de un requisito previo para deprecar la nulidad del referido acto administrativo. Y como ya ha quedado claro, el acto administrativo que niega la solicitud de revocatoria directa no es un acto susceptible de controversia a través del medio de control en referencia en tanto y comoquiera que no constituye una situación jurídica nueva o diferente a la consolidada con el acto originalmente expedido en el curso de la respectiva actuación administrativa.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-41-000-2014-00674-01.

En tales circunstancias se ha de concluir que el presente proceso debe darse por terminado de conformidad con lo previsto en el parágrafo 2 del artículo 175 del CPACA.

Por lo expuesto, sin necesidad de consideraciones adicionales, la Sala 2ª Oral de Decisión,

III. Resuelve

Primero: Dar por terminado el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Ana Alicia Vergara de Buitrago contra la UGPP, por falta de un requisito de procedibilidad.

Segundo: Una vez en firme el presente proveído, sin necesidad de desglose, **devuélvase** los anexos a los interesados y **archívense** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

Tercero: Reconocer personería a la abogada MARTHA ELENA HINCAPIÉ PIÑERES con T.P.31.007 CSJ para actuar en representación de la UGPP según poder general allegado.

Notifíquese y cúmplase

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 101

Manizales, veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001 33 33 006 2019 00493 02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: John Uriel Rodríguez Chamorro Y Otros
Demandados: Nación - Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia mediante la cual se denegaron sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare responsables a las demandadas por los perjuicios ocasionados al señor John Uriel Rodríguez Chamorro -en adelante JUR- y a su núcleo familiar¹, a raíz de la privación injusta de la libertad que soportó entre el 19 de enero de 2016 y el 25 de agosto de 2017. Que por lo anterior, se ordene a las demandadas pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir los perjuicios morales², el daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados³; por la *lesión a la honra, el honor, el buen nombre y por la privación injusta de la libertad*⁴, por *daños a la salud*⁵ y los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante⁶.

Subsidiariamente se solicitó declarar responsable a la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por el error jurisdiccional que derivó en el daño antijurídico causado a los demandantes con ocasión del proceso penal que se adelantó en contra del señor JUR y que generó detención durante el lapso comprendido entre el 19 de enero de 2016 y el 25 de agosto de 2017 y el reconocimiento de perjuicios en las mismas cantidades referenciadas anteriormente.

¹ Dora Patricia Castro Amaya (compañera permanente), Daniela Rodríguez Castro (hija), Johan Sebastián Rodríguez Castro(hijo), Rosa Elvia Chamorro Yépez (Madre), Uriel Rodríguez Aguirre (Padre), Jhoan Manuel Rodríguez Chamorro (hermano) y Uriel Rodríguez Castañeda (Abuelo paterno).

² Tasados en 200 smlmv para cada uno de los demandantes

³ Tasados en 200 smlmv para cada uno de los demandantes

⁴ Tasados en 200 smlmv cada uno

⁵ Tasados en 200 smlmv para cada uno de los demandantes

⁶ Tasados en \$25.104.372

1.2. Hechos

Se indica en síntesis que, el señor JUR, para 2011 aproximadamente, sostuvo un romance con la señora Sandra González Santamaría, fruto de la cual nació un hijo quien lamentablemente falleció días después. Es aquí cuando el señor Rodríguez Chamorro conoce al núcleo familiar de su pareja Sandra González, incluyendo su hermana menor de edad KGS⁷.

Que el 27 de abril de 2013, se radicó una denuncia ante la unidad básica de investigación criminal de la Estación de Policía de Viterbo - Caldas, formulada por la señora Luz Elena González Santamaría, madre de Sandra González Santamaría y de KGS en la que se señala al señor JUR por haber abusado sexualmente de quien fuera su cuñada KGS en el 2011, por hechos presuntamente ocurridos el 21 de abril de 2013.

La Fiscalía 1ª Seccional de Anserma - Caldas, solicitó al Juzgado Promiscuo Municipal de Viterbo, orden de captura en contra del señor JUR, la cual fue aceptada y expedida el 04 de diciembre del 2015 por el mismo Juzgado. El 19 de junio de 2016, el señor JUR se encontraba con su hijo en un taller de motos, cuando de repente es interceptado por dos miembros de la Policía Nacional quienes le solicitan identificarse y posteriormente proceden a materializar la orden de captura.

El 20 de junio de 2016, el señor JUR fue presentado ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Viterbo, incoándose la correspondiente legalización de captura; posteriormente, se le imputó el delito de acceso carnal violento agravado sin embargo, el señor JUR no aceptó cargos y finalmente se le impuso una medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 10 de agosto de 2016, se realizó la audiencia de formulación de acusación y el 19 de agosto se dio inicio a la audiencia de acusación por parte del Juzgado Penal del Circuito de Anserma; el 4 de noviembre de 2016 se instaló la audiencia preparatoria y el 28 de noviembre de 2016 se dio apertura al juicio oral, luego de constantes suspensiones y aplazamiento, esta diligencia finalmente terminó el 25 de agosto de 2017 donde el Juzgado Penal del Circuito de Anserma, luego de superar la etapa de alegaciones culminó con el sentido del fallo, absolviendo al señor JUR.

2. Contestación de la demanda

2.1. Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante para lo cual afirmó que, los presupuestos fácticos de la demanda no llevan a atribuir responsabilidad a la entidad demandada. Propuso las excepciones:

.- Falta de configuración de los elementos que estructuran responsabilidad

⁷ Se suprime de la providencia el nombre verdadero de la menor de edad involucrada en este proceso, para proteger su intimidad.

extracontractual del Estado, señala que la Judicatura tenía el deber legal de adelantar la citada investigación de carácter penal en atención a la gravedad de los hechos relacionados y donde se viera involucrado un joven en los delitos de receptación.

- Falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que fue la Fiscalía General de la Nación la que en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 250 de la CP, solicitó la captura del demandante y aportó los elementos que llevaron al Juez de Control de Garantías al convencimiento de su participación en el punible.

- Existencia de una excepción frente a la responsabilidad objetiva del estado en cabeza de la Nación – Rama Judicial, pues no solo la detención era una carga que el demandante se encontraba en el deber jurídico de soportar por lo considerado en precedencia, sino que además la falencia en el despliegue probatorio y acusación por parte del ente investigador exonera de responsabilidad a la Nación - Rama Judicial, de conformidad con lo señalado en la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado (agosto 10 de 2015).

- Culpa exclusiva de la víctima, basada en que, si bien existió absolución, evidentemente la captura, además de los hechos que rodearon la conducta del indiciado, conllevaron a su detención como quiera que había una denuncia en su contra. Adicionalmente, el artículo 318 de la Ley 906 de 2004, estipula que cualquiera de las partes podrá solicitar la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento, sea esta privativa o no de la libertad, presentando los elementos fácticos, de los cuales se permita inferir de manera razonada que han desaparecido los requisitos para decretarla.

- Cumplimiento de un deber legal, por las situaciones advertidas, además que la víctima era una menor de edad, el juez de control de garantías no puede en su actividad de injerencia razonable, buscar justificación al sindicado, actividad de elucubración y mayor desgaste probatorio recaería sobre el juez de conocimiento.

- Protección del principio Pro Infans señaló que, la Sección Tercera del Consejo de Estado hizo alusión a la prevalencia de los derechos de los niños por mandato constitucional, al principio *pro infans* y a la situación de alta gravedad por la que atraviesa el país en materia de agresiones contra la integridad física y sexual de los menores, advirtió que a los adultos se les exige un deber de conducta basado en el respeto irrestricto y un trato prudente para con los niños, de modo que cuando ello se desatiende y se quebrantan esos deberes de conducta moral, surge el dolo civil que redime la obligación de reparar. Por consiguiente, cuando el procesado haya dado lugar a la imputación de la conducta punible por razón del trato estrechamente cercano, abusivo o imprudente que tuvo con la menor de edad, debe traerse a colación este pronunciamiento jurisprudencial.

- Hecho de un tercero, basada en la denuncia interpuesta por la madre de la presunta víctima de los hechos contra la dignidad sexual.

2.2. Fiscalía General de la Nación

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, toda vez que su actuación se adelantó de conformidad con la Constitución, la Ley y las normas procedimentales, por lo que no se

puede predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, no hubo error y ni privación injusta de la libertad, lo que se fundamenta en transcripciones de las pruebas obrantes en el expediente penal y en normas penales y constitucionales relativas a las competencias y funciones del ente acusador. Propuso las excepciones tituladas:

.- Falta de legitimación en la causa por pasiva: aduciendo que de conformidad con lo previsto en el actual sistema penal acusatorio, Ley 906 del 2004, la Fiscalía es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles, más no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo el Juez quien determine la legalidad de dichas medidas.

.- Ausencia de carácter desproporcionado y/o abiertamente arbitrario de la medida de aseguramiento para efectos de que proceda la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad, basado en el artículo 68 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la sentencia C-037 de 1996 y SU-072 de 2018, de la Corte Constitucional en las que se señaló que la exigencia de los calificativos de “abiertamente desproporcionada” y/o “violatoria de los procedimientos legales” en la actuación de un funcionario judicial, además de condicionar la exequibilidad del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, exigen tener en cuenta los presupuestos en virtud de los cuales procede el decreto de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, los cuales tienen ínsito el juicio de razonabilidad y proporcionalidad.

Que la decisión de decretar la medida de aseguramiento privativa de la libertad no fue inidónea, irrazonable, ni desproporcionada; por el contrario, cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, para proceder en ese sentido. En efecto, para tomar dicha determinación el funcionario judicial señaló que, podía inferirse razonablemente que el señor JUR tenía la calidad de autor del delito de acceso carnal agravado, con fundamento en los indicios o medios de prueba, con que contaba en ese momento procesal. Así mismo, el Juez de Control de Garantías precisó que la medida de aseguramiento de detención preventiva resultaba procedente por cuanto se daban los presupuestos objetivos y subjetivos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, tal como se desprende del audio de la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento.

.- En los eventos en que la absolución penal tuvo como fundamento la aplicación del principio in dubio pro reo y/o que el investigado no cometió la conducta punible, o por atipicidad subjetiva de la conducta, no se puede condenar de manera automática al estado. Basada en la sentencia SU-072 de 2018, en la que la Corte Constitucional precisó que en los eventos en los que la absolución tiene como fundamento la aplicación del principio in dubio pro reo o que el investigado no cometió la conducta, en los casos de atipicidad subjetiva, no se puede proceder a una condena automática del Estado. Lo anterior, con fundamento en que en esos casos, se requieren mayores esfuerzos investigativos y probatorios por parte del fiscal y del juez penal de conocimiento para vincular al presunto responsable con la conducta punible investigada bajo la calidad de autor o partícipe.

.- Culpa de un tercero, teniendo en cuenta que la menor de edad KGS señaló directamente al ahora demandante de ser la persona que el 21 de abril de 2013, cometió acceso carnal violento en su contra, señalamiento que hizo ante su progenitora, -quien fue la persona que

lo denunció ante las autoridades de Policía Nacional; y que igualmente realizó en las diferentes diligencias judiciales realizadas por los investigadores de policía judicial que tuvieron a su cargo el asunto, como fue el reconocimiento fotográfico y videográfico, en diligencia llevada a cabo el 8 de mayo de 2014 y que también sostuvo en la declaración rendida en la audiencia de juicio oral.

.- Inexistencia de nexa causal, no se configura la causalidad entre la actuación de la Fiscalía General de la Nación y el presunto e improbadado daño aducido por la parte actora.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas, salvo la excepción de *culpa de un tercero*, y **denegó las pretensiones** de la parte demandante.

Para dar base a la decisión, realizó un análisis fáctico y jurisprudencial del caso, para luego afirmar que, no se probó la falla en el servicio, pues las entidades demandadas cumplieron con los requisitos que para el efecto les exigía el Código de Procedimiento Penal al momento de ordenar la medida de aseguramiento y que además, tampoco se evidenció un ejercicio arbitrario del poder por parte de las entidades demandadas que permitieran inferir una actuación irregular dentro de la investigación realizada.

Que en consecuencia, para el caso no es aplicable un régimen de responsabilidad objetiva, y ante la ausencia de la falla en el servicio, se impone no acceder a las pretensiones de la parte demandante.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello formulo tres cargos, así:

.- Cargo Primero – Si existe Responsabilidad del Estado en la privación de la libertad de la que fue objeto el señor John Uriel Rodríguez Chamorro, basado en que, una vez establecida la existencia del daño, las pruebas permiten imputar la responsabilidad a las demandadas.

Que la Ley 906 de 2004 contempló dos requisitos que el Juez de Control de Garantías debe verificar para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, toda vez que la afectación al derecho fundamental de la libertad es excepcional en los términos que contempla el artículo 295 del CPP .

Que según el marco normativo expuesto, la medida de aseguramiento dictada contra el señor JUR, no cumplió todos los requisitos legales toda vez que, la medida impuesta perdió validez dado que, contrario a lo señalado por la Juez Penal con funciones de control de garantías, las pruebas aportadas al proceso no permitían inferir razonablemente la autoría o participación en el delito que se había denunciado, puesto que, en el expediente obraba el informe técnico médico legal sexológico y otras pericias que ni si quiera acreditaban de manera palmaria la existencia del acto sexual violento denunciado; así como la historia clínica que indicaba la presencia de sangre en el cuerpo de la víctima, señalando en la

denuncia como su agresor al señor JUR, pues los mismos profesionales de la salud reseñaron que se debía a que la menor de edad por los días en que presuntamente ocurrieron los hechos se encontraba en su época de menstruación.

Que la declaración rendida por la menor de edad ante la psicóloga no permitía inferir de manera razonada que el señor JUR tuviera participación alguna en la comisión del delito, debido a que está en su análisis con el dictamen sexológico, exteriorizaba una serie de contradicciones que dejaban en entredicho la existencia del hecho denunciado. Que fue precisamente con base en estos elementos de juicio, que la Juez Penal de Conocimiento, absolvió de responsabilidad al aquí demandante.

Que las aquí demandadas dejaron transcurrir 1 año 2 meses y 7 días para hacer un análisis cuidadoso de las mencionadas pruebas técnicas, que solo hizo el juez de conocimiento al decidir la absolución del señor JUR, es decir que la fiscalía y la Rama judicial llevaron todo un proceso con sus dilaciones incluidas para terminar en que la entidad primero mencionada no lograra demostrar su responsabilidad respecto de la conducta delictiva endilgada, dado que no tenía si quiera la certeza frente a la existencia del hecho.

Que por lo tanto, la parte demandante sí logró demostrar una falla en el servicio por parte de las demandadas toda vez que, aunque el señor JUR recobró su libertad, lo hizo pese a que las pruebas por las cuales se le privó y resolvió ordenar su libertad le favorecieron desde los albores del proceso penal al que se le vinculó.

.- Cargo Segundo - De la configuración de un daño especial, basado en que, si realizado el anterior análisis se encuentra que las actuaciones desplegadas por las demandadas no se tornan desproporcionadas, ni violatorias de los procedimientos legales, en virtud del principio *iura novit curia* y partiendo de los elementos probatorios militantes en el plenario, se debe estudiar la existencia de una daño especial, basado en que, la decisión de absolución se sustentó en la inexistencia de pruebas que, lo comprometieran con los punibles por los cuales se le investigó y más aún que determinaran la ocurrencia del mismo, pues las declaraciones de la víctima se desestimaron por contradictorias, inconsistentes e incoherentes y ante la evidencia de los resultados de las valoraciones psicológicas y demás pericias que se le practicaron, estas repercutieron de manera negativa en la credibilidad de sus afirmaciones.

De conformidad con lo anterior, se encuentra plenamente acreditado el daño antijurídico causado al señor JUR y, en los términos que ha expresado el Consejo de Estado se está ante un escenario donde claramente también se configura un daño especial que ha sido producto del accionar de las autoridades, cuyo resultado se tradujo en una carga excedente impuesta al hoy demandante, por cuanto se presentó la afectación arbitraria de la libertad a un ciudadano que no cometió delito alguno, pues no existían indicios, pruebas o situaciones que medianamente lo vincularan con la comisión del mismo.

.- Cargo tercero – la condena es en costas no resulta procedente, basado en que, partiendo de la actual posición del Consejo de Estado, la regla general de la procedencia de la condena en costas de la parte vencida en el proceso no es absoluta y sin condiciones, pues precisamente, la Corporación ha exigido para su procedencia que se sujete a lo reglado en

el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, según la cual solo habrá lugar a condenar en costas cuando en el expediente aparezcan causadas y siempre y cuando se encuentren probadas.

III. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación propuestos por la parte demandante, se estima necesario resolver:

¿Se encuentran probados los elementos que dan lugar a la responsabilidad administrativa y patrimonial de las entidades demandadas, por la privación de la libertad soportada por el señor JUR con ocasión del proceso penal adelantado en su contra?

¿Era procedente la condena en costas en primera instancia?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

No se encuentran reunidos los elementos para atribuir responsabilidad patrimonial a las demandadas toda vez que, el daño sufrido por el señor JUR, consistente en la afectación a su derecho a la libertad personal, no es antijurídico pues, la detención emergió como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado, que propende por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los presuntos autores de las mismas. Por lo tanto, la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada. (Me parece que esta respuesta al problema jurídico es como para las sentencias de serie. Es de cajón, no es específica. Considero necesario además señalar algo mas concreto.)

Para fundamentar lo anterior, a continuación se hará mención a: i) los elementos de la responsabilidad; ii) lo probado en el proceso y iii) el análisis del caso concreto.

2.2. Fundamento jurídico - Elementos de la Responsabilidad

2.2.1. El daño

Es considerado el elemento principal sobre el cual gira la responsabilidad civil, pues su fundamento es la reparación de aquel y el límite a la reparación es el mismo daño, pues no se puede reparar ni más ni menos de su real entidad- *Principio de Reparación Integral*.

El daño a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico; ii) que se lesione un derecho, bien, o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea

cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura⁸.

2.2.2. Antijuridicidad e imputación

Establecida la existencia del daño es necesario verificar si este tiene el carácter de antijurídico, esto es, aquél que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, pues no existe causa que justifique la producción del mismo, razón por la cual deviene en una lesión patrimonial injusta.

En relación con los casos de privación injusta de la libertad, la Corte Constitucional ha sostenido que, se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental pues, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos. Sobre el particular, en la sentencia C-037 de 1996⁹, al analizar la constitucionalidad de, entre otros, el artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, señaló:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término ‘injustamente’ se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención” (subrayas fuera de texto).

De conformidad con lo expuesto, el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida restrictiva de la libertad, ponderando los intereses y derechos comprometidos, de ahí que se deba determinar en cada caso si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido y si su prolongación estuvo justificada.

En adición a lo anterior, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰, en concordancia con la sentencia SU-072 de 2018¹¹, ha sostenido que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; y en consecuencia, en cada caso será el juez el que deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada,

⁸ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 29 de febrero de 2012; Exp. 21536.

⁹ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: José Roberto Sáchica Méndez. Sentencia del 19 de febrero de 2021. Rad.: 50001-23-31-000-2010-00004-01(50545)

¹¹ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

razonable y/o proporcionada.

En ese sentido, la Corte Constitucional en la referida la sentencia SU-072 de 2018, indicó:

“105. Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica- es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.

“(…)

“106. Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma”.

(…)

*109. Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial-- del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante” (subrayas fuera de texto).*

Así las cosas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal y posteriormente, se precluya la investigación o se revoque la medida de aseguramiento por prueba sobreviniente, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración. No por otra razón, la Corte Constitucional afirmó en el pronunciamiento antes indicado, lo siguiente:

“Determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia –aplicación del principio in dubio pro reo-, o incluso en otros eventos, por ejemplo, cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva, el Estado debe ser condenado de manera automática, esto es, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo que determine si la decisión a través de la cual se restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede un precedente constitucional con efecto erga omnes, concretamente la sentencia C-037 de 1996.

“Ahora bien, a pesar del criterio aplicado por el juez penal, el juez administrativo deberá establecer si está frente a un caso de duda acerca del valor demostrativo de la prueba recaudada o de su absoluta inexistencia y, en tal caso, elegir, si a ello hubiere lugar,

un título de atribución objetiva. Esa libertad judicial también se extiende a la nominación de las causales de privación injusta, dado que estas no se agotan en el derogado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en tanto responden a cierto estado de cosas, independientemente de estar o no normados”.

Soportado en las anteriores premisas, la privación de la libertad, bien en cumplimiento de una orden de captura o de una medida de aseguramiento de detención preventiva, como medida coercitiva para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la efectividad de la pena, o impedir que se transgredan otros bienes jurídicos tutelados, no quebranta el derecho a la libertad de protección constitucional (artículo 28) y convencional (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – artículo 12 – y Convención Americana de Derechos Humanos – artículo 22 –), siempre que las autoridades civiles y judiciales acaten de manera estricta los términos y condiciones que la ley prevé para la procedencia y materialización de esa medida.

Así pues, en cuanto al necesario examen de la antijuridicidad del daño que se discute en el juicio de responsabilidad por una privación injusta de la libertad, se exige constatar si la orden de detención y las condiciones bajo las cuales esta se llevó a cabo, se apegaron a los cánones legales y constitucionales o no, e igualmente si el término de duración de la medida de restricción fue excesivo, así como si la medida era necesaria, razonable y proporcional¹², de donde, si la detención se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico, se entenderá que el daño carece de antijuridicidad y por lo tanto quien lo sufrió no tendrá derecho a que se le indemnicen los perjuicios por su padecimiento¹³. Así, cuando el operador jurídico o el ente acusador levanta la medida restrictiva de la libertad que pesaba sobre una persona, independientemente de la causa de dicha decisión, debe realizarse el análisis pertinente bajo la óptica del artículo 90 Superior, con el fin de identificar la antijuridicidad del daño que se discute.

En el anterior sentido, el primer examen debe hacerse sobre la medida de aseguramiento misma, pues su apego a la normatividad implica la juridicidad de la afectación, que tiene un efecto definitorio de la solución jurídica que se otorgue a la demanda en la medida en que en el régimen colombiano de responsabilidad del Estado, este responde únicamente por los daños antijurídicos que cause en desarrollo del principio *alterum non laedere*, pero no de aquellos que hallan amparo en el ordenamiento. Deberá establecerse si el detenido causalmente contribuyó y determinó con su actuar doloso o gravemente culposo la detención, para estimar si debe asumir las consecuencias de su actuación que pudo sentar las bases para que se adoptara la medida restrictiva de su libertad.

¹² *Ibidem.*

¹³ Sobre el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, la sentencia C-037 de 1996, indica: “Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6º, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.”

Al respecto, el Consejo de Estado¹⁴ en sentencia del 19 de febrero de 2021, precisó:

*De manera que, si se limita la libertad de un ciudadano en cumplimiento de una orden de captura debidamente dispuesta o dentro de los eventos de la flagrancia y en acatamiento de los términos legales previstos para tal fin, la **detención emerge como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado**, que propende por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los presuntos autores de las mismas.*

Por tanto, y a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo¹⁵.

Esta concepción de la fuente de responsabilidad en comento, si bien encuentra amplia aplicación y desarrollo en la falla del servicio, que exige el estudio de la adecuada actuación del Estado a la hora de dictar la orden de detención contra una persona y por tanto el apego de dicha medida al ordenamiento jurídico, no excluye la posibilidad de estudiar la responsabilidad derivada de la restricción a la libertad de las personas bajo alguno de los otros títulos de atribución como ocurre con el daño especial.

Sobre el daño especial, el Consejo de Estado¹⁶ en sentencia del 22 de noviembre de 2021 precisó que, este ocurre:

*“en eventos en los cuales el sindicado sufre injustificada e inmerecidamente los rigores de la medida adoptada en debida forma por el órgano competente, pero, en tales casos, ello resulta de aplicación residual frente a la falla del servicio y puede presentarse en situaciones en las cuales el mismo reo no dio pie a la adopción de la medida dictada en su contra, donde la actuación del Estado se ajustó al ordenamiento jurídico, pero se causó un desequilibrio de las cargas públicas respecto del administrado, como cuando logra establecerse que **el hecho que pretendía imputarse al detenido no existió o la conducta era objetivamente atípica**, eventos en donde el daño antijurídico resulta acreditado sin mayor arrojó.*

***Otra circunstancia** sucede cuando en la sentencia penal se logra establecer que el sindicado no cometió la conducta o que **fue absuelto en aplicación del principio in dubio pro reo**, por cuanto, en estos casos, el juez penal debe concluir su veredicto luego de un riguroso análisis probatorio que permita calificar la conducta y verificar la participación del individuo en el ilícito al cual se lo vincula de cara a las pruebas que se recauden y valoren en el proceso penal respectivo, de cuya valoración se desprende la suerte procesal penal del investigado, lo que implica **el deber de auscultar tales circunstancias bajo la óptica del régimen subjetivo de falla del servicio**¹⁷.*

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: José Roberto SÁCHICA Méndez. Sentencia del 19 de febrero de 2021. Rad.: 50001-23-31-000-2010-00004-01(50545)

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. sentencia del 24 de mayo de 2017, expediente 41.533,

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P.: Nicolás Yepes Corrales. sentencia del 22 de noviembre de 2021, Rad. 50001-23-31-000-2011-00436-01(58457)

¹⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018. FJ. 105 a 107 y 120 a 127.

2.3. Lo probado en el proceso

.- La señora Luz Elena González Santamaria madre de KGS, de 12 años de edad, presentó denuncia el 24 de abril de 2013, quien expuso, según lo indicado en el escrito de acusación que, su hija le informó que había sido accedida carnalmente con violencia por el señor JUR.¹⁸

.- La Fiscalía 1ª Seccional de Anserma - Caldas, el 04 de diciembre de 2015 dentro de la investigación 17877610880620138009801, solicitó al Juez Promiscuo Municipal con función de Control de Garantías de Viterbo - Caldas, librar orden de captura en contra del señor JUR, por ser el presunto autor responsable de la conducta punible de acceso carnal violento, la cual se hizo efectiva el 19 de junio de 2016.¹⁹

.- El 20 de junio de 2016, se llevó a cabo ante el Juez Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Viterbo, audiencia en la que se legalizó la captura del señor JUR, se formuló la imputación y se impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva en el centro carcelario de Anserma²⁰.

.- El 19 de agosto de 2016 se realizó ante Juzgado Penal del Circuito de Anserma, audiencia de formulación de acusación contra el señor JUR²¹.

.- El 4 de noviembre de 2016 se llevó a cabo la audiencia preparatoria y los días 28, 29 de noviembre de 2016 y 17 de julio y 25 de agosto de 2017²², las audiencias de juicio oral, en la última fecha se emitió sentido de fallo absolutorio, al considerar la Juez de Conocimiento que, existe duda acerca de la existencia de responsabilidad del Señor JUR, por lo que se ordenó su libertad inmediata.

2.4. Análisis sustancial del caso concreto

A continuación se analizará si: i) se encuentra acreditada la existencia de un daño; ii) si este es o no antijurídico; en caso afirmativo se establecerá iii) si es o no imputable a las entidades demandadas.

2.4.1. En cuanto al daño

En la sentencia apelada se encontró acreditado el daño alegado por los demandantes, que se concretó en la privación de la libertad del señor JUR, desde el 19 de junio de 2016 hasta el 25 de agosto de 2017 en virtud de la captura y la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta. Asunto que no es objeto de debate en esta instancia.

2.4.2. En cuanto a la antijuridicidad del daño

La parte demandante en su escrito de apelación señaló que, la medida de aseguramiento dictada contra el señor JUR, no cumplió todos los requisitos legales, toda vez que perdió

¹⁸ Cdo. Pruebas dte. Prueba 10

¹⁹ Cdo. Pruebas dte. Prueba 11

²⁰ Cdo. Pruebas dte. Prueba 13

²¹ Cdo. Pruebas dte. Prueba 5

²² Cdo. Pruebas dte. Prueba 5, 6, 7, 8, 13, 14, 15

validez dado que, las pruebas aportadas al proceso no permitían inferir razonablemente la autoría o participación del señor JUR en el delito que se había denunciado. Que además, las aquí demandadas dejaron transcurrir 1 año 2 meses y 7 días para hacer un análisis cuidadoso de las pruebas técnicas, que solo hizo el juez de conocimiento al decidir la absolución.

Al respecto, como se refirió en el acápite anterior, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado²³, en concordancia con la sentencia SU-072 de 2018²⁴ de la Corte Constitucional, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; y en consecuencia, en todo caso, será el juez el que deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue *apropiada, razonable y/o proporcionada*.

En este orden de ideas, el análisis de responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación y la Nación - Rama Judicial se debe desplegar a partir de la revisión de las atribuciones constitucionales y legales que tiene en el marco del *ius puniendi* del Estado y en el desarrollo del procedimiento penal reglado en la Ley 906 de 2004²⁵, código oponible a los hechos de la presente acción, frente a la imposición de la privación de la libertad, con el fin de determinar si el daño es antijurídico y si las entidades demandadas incurrieron en conductas constitutivas de reproche o afectación ilegítima del derecho a la libertad.

Por lo tanto, para establecer si la privación de la libertad fue *apropiada, razonable y/o proporcionada*, a continuación se analizará el marco normativo y aplicación en el caso concreto de: i) la captura y ii) la imposición de medidas de aseguramiento y iii) la duración de la privación de la libertad.

2.4.2.1. Sobre la captura: Como punto de partida se precisa que, la Fiscalía General de la Nación, *“está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”* (Artículo 250, Superior).

El artículo 297 de la Ley 906 de 2004 señaló que, *“Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, de acuerdo con el artículo 221, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga, según petición hecha por el respectivo fiscal”*. En su párrafo precisó que, salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este código, *“el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías”*.

En el caso concreto se tiene que, la señora Luz Elena González Santamaria el 24 de abril de

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: José Roberto Sábica Méndez. Sentencia del 19 de febrero de 2021. Rad.: 50001-23-31-000-2010-00004-01(50545)

²⁴ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

²⁵ Artículo 533 Ley 906 de 2004. Derogatoria y vigencia. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.

2013 formuló denuncia señalado que, su hija menor de edad le informó que había sido accedida carnalmente con violencia por el señor JUR, así:

“ella llevo a la casa llorando el día domingo más o menos a las 9 de la noche, yo le pregunte que de quien eran las chanclas que tenía porque no eran de ella, entonces ella me dijo ama (sic) si supiera lo que me paso, entonces le dije hija que le paso, ella respondió ma (sic) me violaron, yo ahí mismo le dije que quien había sido, que como paso, entonces ella me dijo que había sido PIPE, yo le dije que como fue y que como hizo para violarla, entonces ella me dijo ama (sic) “PIPE o PIPI” me tapo la boca y me subió de una a la moto y arranco, yo le dije que de donde la cogió así y ella me dijo que por los lados de ricuras, yo le dije que porque ella no hizo nada para defenderse, lo arañó, le pego, entonces ella me dijo que él tenía más fuerza y se la llevo por allá para Villa gloria y en la carretera la tumbo y la golpeo y le quito la ropa y para que no le doliera le metió el dedo con saliva por la vagina y la daño y fuera de eso la dejo por allá tirada sin las cosas sin chanclas, sin el celular, entonces ella se vino desde allá a buscar a la amiguita y le conto lo que le paso y como estaba descalza le dieron unas chanclas y así se fue para mi casa; ya en la casa le empezó fiebre y era sangrando yo le puse una toalla higiénica y al día lunes que me desperté le vi la ropa y era toda empapada y yo cogí eso y bote los calzones sucios, no fue a estudiar y se la paso llorando y ya ayer todo el día estuvimos en el hospital hasta las 10 de la noche porque a mi hija le hicieron un poco de exámenes por lo que paso y ya hoy debo seguir con las vueltas del denunciado para que pague por lo que hizo. Adicionalmente apuntó la denunciante GONZÁLEZ SANTAMARIA, que la menor víctima K.G.S., que la persona que le hizo lo que narró había sido “PIPE o PIPI”, pero esta persona se llama JOHN URIEL RODRÍGUEZ CHAMORRO, quien vive en el Barrio Pueblo Nuevo, en la casa de la esquina del Kiosco, y que tiene un hermano conocido con el apodo de “CACHETES”; persona ésta que fue identificada plenamente como JOHN URIEL RODRÍGUEZ CHAMORRO, identificada con C.C. No. 1.061.369.636 expedida en Viterbo Caldas, nacido el 18 de Mayo de 1987 en Viterbo Caldas, hijo de Uriel y Rosa Elvia.(...)”²⁶

Con fundamento en ello, la Fiscalía Primera Seccional de Anserma dio apertura a la investigación bajo el radicado 178776108806201380098, por el delito de acceso carnal violento agravado.

El 24 de Abril de 2013 fue realizado un dictamen médico legal sexológico a la niña KGS, en cuyo informe se describen los antecedentes, el examen médico concluyendo: *“De acuerdo a la información aportada por la paciente acerca de los hechos ocurridos y el examen médico legal realizado, junto con los hallazgos al examen genital, sugieren asalto sexual. Las lesiones a nivel genital que incluye el desgarramiento del himen, son indicativos de trauma genital reciente y son consistentes con el relato de la examinada. No hay evidencia de alteración a nivel anal.; e igualmente se describe un informe de lesiones personales”.*²⁷

El 25 de abril de 2013 se realizó informe psicológico, suscrito por la psicóloga adscrita a la Comisaría de Familia del Municipio de Viterbo Caldas, en el cual se concluye entre otros aspectos que: *“1. Al analizar la metodología de validez de la declaración, para analizar la entrevista realizada a la niña KGS respecto al relato de abuso sexual del cual fue víctima por parte de un adulto, se encuentran elementos de credibilidad. Al coincidir el relato verbalizado realizado de la niña*

²⁶ Cdo. Pruebas dte. Prueba 10

²⁷ Cdo. Pruebas dte. Prueba 28

*durante la entrevista con la del examen médico encontrándose indicadores asociados al abuso sexual...".*²⁸

El 8 de mayo de 2014 se realizó diligencia de reconocimiento fotográfico y videográfico, a través del cual la niña KGS reconoció la fotografía correspondiente al señor JUR como autor de los hechos investigados, indicando: *"Porque este es, él fue el que me hizo eso, pero yo no quiero volver a repetir lo mismo..."*.²⁹

Con fundamento en lo anterior, la Fiscalía General de la Nación el 4 de diciembre de 2015 solicitó al Juez Promiscuo Municipal con función de Control gde Garantías de Viterbo - Caldas, librar orden de captura en contra del señor JUR, por ser el presunto autor responsable de la conducta punible de acceso carnal violento, la cual se hizo efectiva el 19 de junio de 2016.

De lo anterior la Sala encuentra que, la captura se ajustó a los postulados y directrices señalados en el artículo 297 de la Ley 906 de 2004, pues, para el momento en que ordenó la captura, existían *"motivos razonablemente fundados"* para inferir que el ahora demandante, posiblemente era autor del delito de acceso carnal violento sobre una menor de edad.

Se destaca que, en este estadio inicial de la investigación penal, la ley no exige para disponer la captura, la existencia de una certeza de la responsabilidad penal, solamente exige que se encuentren *"motivos razonablemente fundados"* de la autoría o participación en el delito. Además, la parte demandante no alega, ni la Sala encuentra que, para ese momento la Fiscalía conociera de otros elementos probatorios que pudieran desvirtuar esos motivos razonables que permitían inferir que JUR era autor o partícipe del delito que se investigaba.

De manera que, si se limita la libertad de un ciudadano y en acatamiento de los términos legales previstos para tal fin, la detención emerge como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado, que propende por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los presuntos autores de las mismas.

Por tanto, a pesar de la existencia del daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico, pues la captura cumplió los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad y en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo³⁰.

2.4.2.2. Sobre la medida de aseguramiento: El artículo 306 de la Ley 906 de 2004 dispuso que, el ente investigador solicitará al juez de control de garantías su imposición con indicación de *"la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia"*.

A su vez, el artículo 308 de la referida normativa estableció que, el juez de control de garantías decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales

²⁸ Cdo. Pruebas dte. Prueba 21

²⁹ Cdo. Pruebas dte. Prueba 28

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de mayo de 2017, expediente 41.533, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla con alguno de los siguientes requisitos:

1. *Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
2. *Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*
3. *Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.*

El artículo 313 *ibidem* indicó que, satisfechos los requisitos del artículo 308, la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario procederá en los siguientes casos:

1. *En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.*
2. *En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.*
3. *En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Por su parte, el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia señaló que, cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes (i) *si hay lugar a proferir medida de aseguramiento, —esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión; (ii) —no se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia y (iii) —no procederá la extinción de la acción penal.*

En ese orden de ideas, la medida de aseguramiento de detención preventiva no equivale a sentencia condenatoria y los requisitos establecidos por la Ley Penal para su procedencia difieren en uno y otro caso, pues en la primera sólo se requiere un convencimiento de probabilidad de la responsabilidad del imputado en el hecho punible investigado, mientras que para emitir fallo condenatorio, es necesario que exista certeza la responsabilidad penal endilgada, situación que en momento alguno vuelve injusta la detención preventiva adoptada.

En el caso concreto, continuando con el análisis del desarrollo del proceso penal, se tiene que, el 20 de junio de 2016, se llevó a cabo ante el Juez Promiscuo Municipal con función de control de Garantías de Viterbo, la audiencia en la que se legalizó la captura del señor JUR, se formuló la imputación y se impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva³¹.

La medida de aseguramiento fue fundamentada en que, se cumplía el requisito objetivo contemplado en el artículo 313 del C.P.P. modificado por la Ley 1453 de 2011, que *“para este caso por el punible de acceso carnal violento la pena se encuentra trazada de 12 a 20 años, eso sin tener en cuenta pues el agravante que tiene que asciende a muchísimo más la pena, en el caso de*

³¹ Cdo. Pruebas dte. Prueba 12 y 13

marras se tiene que la conducta realizada por el señor JOHN URIEL RODRÍGUEZ CHAMORRO".
Que además se cumplan los requisitos subjetivos teniendo en cuenta que:

"el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y ... resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o "no cumplirá la sentencia, prueba de ello fue el procedimiento tan traumático que constituyó la orden de captura y la captura misma. ... se encuentra demostrado que la medida es necesaria así mismo es evidente el peligro que representa la conducta punible desplegada por el actor para la menor víctima de la conducta punible misma, y para la comunidad, lo anterior encontrándonos en un estado social de derecho en el que priman los derechos de los niños que vienen siendo objeto de innumerables agresiones, niños que son la preocupación de nuestra sociedad y del Estado,... por lo tanto encuentra este despacho que además de cumplirse con los requisitos objetivos y subjetivos de la medida, haciendo un análisis de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la restricción de la libertad en este caso concreto es proporcional, toda vez que los bienes jurídicos tutelados de los niños, de la familia y de toda una sociedad frente a la libertad del imputado se encuentra en un nivel preponderante frente a aquel. Así mismo es razonable toda vez que no existe otro mecanismo diferente a la detención preventiva en establecimiento carcelario que asegure que el imputado no constituye un peligro para la sociedad o para la víctima como lo señala el artículo 8 del CPP, así mismo el artículo 310 modificado por la Ley 1760 del 2015 en el numeral 6 es puntual en establecer "cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años" como es el caso de marras, así mismo el artículo 311 del C.P.P. ... en este caso el agresor hizo o hace parte del grupo familiar de la víctima...lo cual la pone en situación de vulnerabilidad y peligro ante el mismo..."³².

Ahora, toda vez que el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de *legalidad, razonabilidad y proporcionalidad*, se torna imperiosa la ponderación de las circunstancias que rodearon la imposición de la medida de aseguramiento, a efectos de establecer si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido.

Al respecto la Sala considera que, la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del aquí demandante, fue dictada conforme a los parámetros previstos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, dado que, la Fiscalía en la solicitud de medida de aseguramiento indicó y fundamentó que, se presentaban las causales señaladas en los numerales 2 y 3 del artículo 308, ya que el imputado constituía un peligro para la seguridad de la sociedad y de la víctima y resultaba probable su no comparecencia al proceso o que no cumpliría la sentencia, y el Juez de Control de Garantías al momento de imponer la medida de aseguramiento consideró que, era el medio más adecuado dado la gravedad, la modalidad de la conducta, las condiciones de la víctima, que *"en este caso el agresor hizo o hace parte del grupo familiar de la víctima...lo cual la pone en situación de vulnerabilidad y peligro ante el mismo"*; además que existían indicios de que el imputado no comparecería al proceso o no cumplirá la sentencia, *"prueba de ello fue el procedimiento tan traumático que constituyó la orden de captura y la captura misma"*.

Se resalta que, la parte demandante no alega, ni la Sala encuentra que, para ese momento la Fiscalía conociera de otros elementos probatorios que pudieran desvirtuar esos motivos

³² ibidem

razonables que permitían inferir que JUR era autor o partícipe del delito que se investigaba y que pudieran desvirtuar las razones que sustentaban la necesidad y urgencia de la medida de aseguramiento.

Además la medida de aseguramiento fue dictada conforme al artículo 313 de la Ley 906 de 2004 dado que, el delito que se investigaba era el de *acceso carnal violento agravado*, cuya pena mínima prevista por la ley es de doce años³³.

Por tanto, a pesar de la existencia del daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico, pues la imposición de la medida de aseguramiento cumplió los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad y en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.

2.4.2.3. Duración de la privación de la libertad: Continuando con el análisis del desarrollo del proceso penal, se tiene que, el 19 de agosto de 2016 se realizó ante Juzgado Penal del Circuito de Anserma, audiencia de formulación de acusación contra el señor JUR³⁴. El escrito de acusación presentado por la fiscalía fue sustentado en:

“Se allego (sic) a las plenarias registro civil de nacimiento de la menor de iniciales K.G.S. (...) donde aparece como fecha de nacimiento el 13 de abril de 2001 en el municipio de Viterbo, Caldas, ...; e igualmente INFORME TÉCNICO MEDICO LEGAL SEXOLÓGICO, fechado el 24 de Abril de 2013, suscrito por la Medico MARÍA FERNANDA ARIZA GÓMEZ, adscrita a la ESE Hospital San José del municipio de Viterbo Caldas, practicado a la menor K.G.S. , donde se describe aspectos tales como el relato de los hechos; antecedentes; examen médico; examen genital, donde se hace una descripción de los hallazgos de Genitales externos femeninos, genitales externos femeninos donde se presenta sangrado en moderada cantidad, del himen donde se indica que es de forma festoneada, se evidencia desgarró a las 6h, con eritema perilesional. Bordes internos blanquecinos, entre otros aspectos; examen mental y psiquiátrico, entre otros, y finalmente se alude en lo atinente a la CONCLUSIÓN: De acuerdo a la información aportada por la paciente acerca de los hechos ocurridos y el examen médico legal realizado, junto con los hallazgos al examen genital, sugieren asalto sexual. Las lesiones a nivel genital que incluye el desgarró del himen, son indicativos de trauma genital reciente y son consistentes con el relato de la examinada. No hay evidencia de alteración a nivel anal; e igualmente se describe un informe de lesiones personales. Al citado informe médico se allega la respectiva historia clínica en dos (2) folios.

Se arribó asimismo a las diligencias INFORME PSICOLÓGICO, fechado el 25 de abril de 2013, realizado por ESPERANZA MURILLO CORREA, Psicóloga, adscrita a la Comisaria de Familia del municipio de Viterbo Caldas, a través del cual se le efectuó la correspondiente valoración a la menor de iniciales K.G.S., teniendo en cuenta para el efecto los protocolos que se deben cumplir cuando son víctimas menores de edad, dentro de la cual entre otros aspectos se hace referencia a la descripción de los acontecimientos y situación actual, características

³³“Artículo 205. Acceso carnal violento. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años”. Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: 4. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años.

³⁴ Cdo. Pruebas dte. Prueba 5

generales, contenidos específicos, peculiaridades del contenido, contenido relacionado con la motivación, y otros, donde finalmente en la parte de CONCLUSIONES se alude: “1. Al analizar la metodología de validez de la declaración, para analizar la entrevista realizada a la niña KGS respecto al relato de abuso sexual del cual fue víctima por parte de un adulto, se encuentran elementos de credibilidad. Al coincidir el relato verbalizado realizado de la niña durante la entrevista con la del examen médico encontrándose indicadores asociados al abuso sexual. 2. Al parecer el ACBC a la entrevista de la niña KGS se encuentran -elementos de credibilidad en el criterio de características generales puntos 1, 2 y 3. En los criterios de peculiaridades de contenido puntos 10, 12 y 13. Contenido relacionado con la motivación punto 15. 3. Al realizar el análisis de validez de la entrevista de la niña no se encuentran indicadores para denunciar en falso. 4. La madre de la niña KGS refiere cambios en el estado emocional de la niña a partir del día domingo, llanto, tristeza que indica la presencia de un evento traumático, se encuentra relacionado con los hechos sucedidos el día domingo 21 de abril del 2013. Actualmente son motivos de investigación. 5, La niña KGS requiere atención terapéutica, la madre orientación psicopedagógica, potencia las habilidades desde su rol de madre permita entender las necesidades de la niña y hermana menor en relación a la orientación, formación de prácticas de conductas de auto cuidado de acuerdo al ciclo vital de cada una de las niñas. 6. En el aspecto de la garantía de los derechos a una calidad de vida y desarrollo integral de la niña KGS es importante el reconocimiento de paternidad por parte del padre, proveer los alimentos.

...

De otro lado, obra dentro de las diligencias ACTA DE RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO Y VIDEOGRÁFICO -FPJ-19r y anexos el respectivo álbum fotográfico, fechado el 08 de Mayo de 2014, donde la menor de iniciales K.G.S., reconoce la fotográfica No. 001, como la que corresponde a la persona que llevo a cabo los acontecimientos objeto de la denuncia, indicando “..Porque este es, él fue el que me hizo eso, pero yo no quiero volver a repetir lo mismo...” (Se dejó constancia que la menor rompe en llanto y no dijo una palabra más); fotografía que conforme a lo vertido en el INFORME DE INVESTIGADOR DE CAMPO -FPJ-II, fechado el 31-03-2014 donde se allegó el álbum fotográfico, para la realización de la respectiva diligencia, corresponde al señor JHON URIEL RODRÍGUEZ CHAMORRO CC 1061369626...”.

El 4 de noviembre de 2016 se llevó a cabo la audiencia preparatoria y los días 28, 29 de noviembre de 2016 y 17 de julio y 25 de agosto de 2017, las audiencias de juicio oral, en la última fecha se emitió sentido de fallo absolutorio, al considerar la Juez de Conocimiento que, existe duda acerca de la existencia de responsabilidad del Señor JUR, por lo que se ordenó su libertad inmediata. Para fundamentar su decisión señaló:

“La presunción de inocencia que no logro derruir la fiscalía, pues con las pruebas que se practicaron lo único que demostró fue que la menor K.G.S. había tenido actividad sexual entre los 10 días anteriores al 24 de abril, fecha en que se realizó la valoración médico legal, mas no quien había sido el responsable, pues pese al señalamiento que la víctima hace de JHON URIEL RODRÍGUEZ CHAMORRO, la descripción de la forma en que fue raptada, amarrada y amordazada en el parque principal del municipio de Viterbo, frente a la panadería la ricura, un domingo entre 7.30 y 9 de la noche como ella lo afirmó durante el juicio, carece de lógica, de sentido común, es increíble.

Observemos las circunstancias objetivas en que supuestamente se produjo la retención y analicémoslas con la ilustración que hizo la defensa del municipio de Viterbo (parque) un día domingo a eso de las 7 de la noche, pudimos observar cómo sus habitantes salen al parque en las horas de la noche, que allí hay oficina de moto taxis, como lo dijo uno de los testigos de la defensa, una iglesia, que tiene buena iluminación, en conclusión es bastante concurrido, entonces nos preguntemos como pudo el agresor amarrar y amordazar no solo a la víctima sino a su amiga, subir al víctima a la moto y marcharse sin ser observado por nadie?. Así lo afirmó la menor durante su testimonio.

...

Nos preguntamos donde está la violencia, elemento estructurante del tipo? En ninguna parte, pues no obstante que la menor dijo haber sido víctima de un rapto, amordazada y amarrada, esta manifestación carece de peso, más cuando lo comparamos con las diferentes intervenciones de la víctima ante los profesionales de la salud, donde describió los hechos completamente diferente a como los relato durante el juicio.

Es más, no puede pretender la fiscalía se configure un acceso carnal fue violento por las dos escoriaciones que presentaba en la región lumbar, o la equimosis que tenía en el glúteo derecho e izquierdo la menor, pues probablemente fueron causados en el ayuntamiento sexual, que sin lugar a dudas si se presentó, pero que no le podemos endilgar a RODRÍGUEZ CHAMORRO.

¿Si la menor tenía un motivo para señalar a JHON URIEL RODRÍGUEZ CHAMORRO como su agresor?, puede ser, pues recordemos que su hermana Sandra sostuvo un romance clandestino con él y producto de ello nació un bebe, que no fue reconocido y que lamentablemente falleció días después de su nacimiento o probablemente la menor, que valga decirlo tenía una talla de 158 centímetros y 51 kilos de peso, tal como consta en la valoración medico sexológica, podía estar sosteniendo una relación clandestina con el hoy procesado, váyase a saber.

Ante esta serie de dudas en cuanto a la responsabilidad de JHON URIEL RODRÍGUEZ CHAMORRO, frente a la acusación que le formuló la fiscalía por acceso carnal violento agravado, no queda otro camino que aplicar el principio rector del in dubio pro reo y por ello se proferirá sentencia absolutoria a su favor.

...

9.- VALORACIÓN JURÍDICA DE LAS PRUEBAS:

...

*Fue la menor K.G.S, quien en el lapso de tiempo de la investigación y **durante el juicio** relato lo sucedido, pero sorprendentemente **sus tres versiones, son contradictorias**, como lo observamos a continuación.*

...

Se observa que con el paso del tiempo la menor ha ido agregando una serie de elementos a su relato, probablemente con el fin de que tenga una mayor credibilidad, pero en realidad lo que logro fue lo contrario, pues en la medida que avanzaba el testimonio en más contradicciones incurría, veamos;

...

*Definitivamente, **son todas las contradicciones, in concordancias en las versiones que rindió la menor, las que nos han llevado restarle credibilidad**, no obstante que la Psicólogo ESPERANZA MURILLO CORREA, integrante de la Comisaria de Familia de*

Viterbo, el 25 de abril de 2013 afirmo “que hay elementos de credibilidad en su relato”, claro este análisis lo hizo la profesional de la salud con base en la entrevista semiestructurada que rindió la menor en esa oportunidad, pero la versión que sobre los hechos dio en el testimonio es bastante diferente al que ella tuvo de base para su análisis y ni que decir a lo vertido ante la médica del Hospital.

...

Debe, entonces, afirmar el Despacho cómo en este caso la Fiscalía, a través de su actividad probatoria en el juicio, no logró conducir a la suscrita Juez al conocimiento, más allá de toda duda razonable, de la existencia del delito denunciado y, menos aún, de la responsabilidad penal del acusado JHON URIEL RODRÍGUEZ CHAMORRO frente al mismo, presupuesto para condenar a términos de lo reglado en el canon 381 del Catálogo de ritos procesales. Así el representante del ente acusador haya solicitado sentencia condenatoria”.³⁵ (Se resalta)

De lo expuesto se evidencia que, al momento de imponerse la medida de aseguramiento, existían los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia; sin embargo, fue debido a las contradicciones en que incurrió la víctima del delito al relatar los hechos investigados, en especial en la rendida en la etapa del juicio oral que, el Juez de conocimiento de la causa penal consideró que, debía restarse credibilidad a la declaración de la víctima en cuanto a la existencia del acto sexual violento.

De allí que, el término en que JUR estuvo privado de la libertad, en virtud de la medida de aseguramiento impuesta, no resulta ilegal, irrazonable o desproporcionado teniendo en cuenta la gravedad de los delitos investigados, que no solo permitían sino que aconsejaban la medida restrictiva de la libertad, además de la existencia de varios elementos de prueba que permitían inferir razonablemente que el señor JUR fue el autor del delito de acceso carnal violento sobre una menor de 14 años.

Además, entre la fecha en que la menor de edad víctima del delito rindió la declaración en la etapa del juicio oral, de la cual el Juez de conocimiento encontró serias *contradicciones e in concordancias* con las declaraciones anteriores, y la fecha en que se ordenó la libertad del aquí demandante, transcurrió un término razonable teniendo en cuenta, el cúmulo de pruebas recibidas y practicadas en la etapa del juicio oral, el trámite del recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor y que se surtió ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales –entre el 29 de noviembre de 2016 y el 8 de junio de 2017³⁶, sobre la decisión de incorporar una prueba y la solicitud de aplazamiento de la audiencia presentada por el abogado defensor³⁷, entre otros.

No es posible afirmar, como lo señala el apelante que, las aquí demandadas dejaron transcurrir 1 año 2 meses y 7 días para hacer un análisis cuidadoso de las pruebas, que solo hizo el juez de conocimiento al decidir la absolución del señor JUR, pues lo que quedó demostrado es que, fue debido a las contradicciones en que incurrió la víctima del delito en sus declaraciones, en especial en la última rendida en la etapa del juicio oral, lo que le restaron credibilidad a la prueba y que las demás pruebas por si solas eran insuficientes

³⁵ Cdo. Pruebas dte. Prueba 14

³⁶ Fl 150-135 Cdo. Pruebas dte. Prueba 28

³⁷ Fl 150-155 Cdo. Pruebas dte. Prueba 28

para señalar que el acusado era autor del delito investigado.

Por la misma razón, tampoco es posible afirmar que, la falla en el servicio por parte de las entidades demandadas se encuentra acreditado por el hecho de que el señor JUR recobró su libertad pese a que las pruebas por las cuales se le privó y resolvió ordenar su libertad le favorecieron desde los albores del proceso penal al que se le vinculó, pues se reitera, fue una situación que se presentó en la audiencia del juicio oral la que conllevó a la variación de la valoración de los elementos materiales de prueba, esto es, “...las contradicciones, in concordancias en las versiones que rindió la menor, las que nos han llevado restarle credibilidad”³⁸.

Por tanto, a pesar de la existencia del daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico pues la duración de la privación de la libertad en virtud de la medida de aseguramiento impuesta, cumplió los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad y en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.

Por lo tanto, si bien en favor del ahora demandante se profirió sentencia absolutoria, lo cierto es que dicha decisión no obedeció a la existencia de una irregularidad o arbitrariedad de las autoridades judiciales que conocieron del proceso, sino que se dio al sobrevenir una circunstancia que afectó la credibilidad de la declaración de la víctima.

Ahora, en el segundo cargo de la apelación la parte demandante señaló que, se debe estudiar la existencia de un **daño especial** como consecuencia de la actuación de la administración; basado en que, la decisión de absolución se sustentó en la inexistencia de pruebas que lo comprometieran con los punibles por los cuales se le investigó y más aún que determinarían la ocurrencia del mismo, pues las declaraciones de la víctima se desestimaron por contradictorias, inconsistentes e incoherentes, y ante la evidencia de los resultados de las valoraciones psicológicas y demás pericias que se le practicaron, estas repercutieron de manera negativa en la credibilidad de sus afirmaciones.

Sobre el daño especial, el Consejo de Estado³⁹ en sentencia del 22 de noviembre de 2021 precisó que, este ocurre:

*“en eventos en los cuales el sindicado sufre injustificada e inmerecidamente los rigores de la medida adoptada en debida forma por el órgano competente, pero, en tales casos, ello resulta de aplicación residual frente a la falla del servicio y puede presentarse en situaciones en las cuales el mismo reo no dio pie a la adopción de la medida dictada en su contra, donde la actuación del Estado se ajustó al ordenamiento jurídico, pero se causó un **desequilibrio de las cargas públicas respecto del administrado**, como cuando logra establecerse que **el hecho que pretendía imputarse al detenido no existió o la conducta era objetivamente atípica**, eventos en donde el daño antijurídico resulta acreditado sin mayor arrojó.*

*Otra circunstancia sucede cuando en la sentencia penal se logra establecer que el sindicado no cometió la conducta o que **fue absuelto en aplicación del principio in dubio pro reo**,*

³⁸ Cdo. Pruebas dte. Prueba 14

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P: Nicolás Yepes Corrales. sentencia del 22 de noviembre de 2021, Rad. 50001-23-31-000-2011-00436-01(58457)

por cuanto, en estos casos, el juez penal debe concluir su veredicto luego de un riguroso análisis probatorio que permita calificar la conducta y verificar la participación del individuo en el ilícito al cual se lo vincula de cara a las pruebas que se recauden y valoren en el proceso penal respectivo, de cuya valoración se desprende la suerte procesal penal del investigado, lo que implica el deber de auscultar tales circunstancias bajo la óptica del régimen subjetivo de falla del servicio⁴⁰.

Al respecto, si bien en favor del ahora demandante se profirió sentencia absolutoria, lo cierto es que, dicha decisión no obedeció a que el hecho factico investigado no existió o la conducta era objetivamente atípica, sino que se dio **en aplicación del principio in dubio pro reo**, por cuanto el juez penal de conocimiento luego de un riguroso análisis probatorio no encontró acreditada la participación del aquí demandante en los hechos investigados, especialmente ante la falta de credibilidad de la declaración de la víctima y la insuficiencia de las demás pruebas para concluir con certeza la responsabilidad penal del investigado.

Por lo tanto, en este caso, la Sala tampoco encuentra que el daño sea imputable a las entidades demandadas en aplicación del régimen del daño especial, pues, no se evidencia la existencia de un desequilibrio de las cargas públicas respecto del administrado.

Ahora, en cuanto a la conducta de la víctima directa, si bien no se evidencia una actuación dolosa o gravemente culposa, desde la óptica del derecho civil, con la cual hubiese dado lugar a la captura y a la imposición de la medida de aseguramiento, ello no es suficiente para afirmar que el daño es antijurídico pues se reitera, la privación de la libertad cumplió con los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad.

2.5. Conclusión

Por lo anterior se concluye que, el daño sufrido por el señor JUR, consistente en la afectación a su derecho a la libertad personal, no es antijurídico pues, la detención emergió como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado, que propende por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los presuntos autores de las mismas. Además, la privación de la libertad fue legal, razonable y/o proporcionada.

Por tanto, al no existir un daño que pueda calificarse como antijurídico, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.

Por estas razones, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la parte actora.

3. Segundo problema jurídico - costas en primera instancia

Señaló la parte recurrente que, la condena es en costas no resulta procedente, pues partiendo de la actual posición del Consejo de Estado, la regla general de la procedencia de la condena en costas de la parte vencida en el proceso no es absoluta y sin condiciones, pues

⁴⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018. FJ. 105 a 107 y 120 a 127.

precisamente, la Corporación ha exigido para su procedencia que se sujete a lo reglado en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, según la cual solo habrá lugar a condenar en costas cuando en el expediente aparezcan causadas y siempre y cuando se encuentren probadas. Que los únicos gastos acreditados en el expediente corresponden a los gastos ordinarios del proceso, los cuales fueron asumidos por la parte actora.

Al respecto, en la sentencia apelada se señaló: *“Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437/11 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), se condena en costas a la parte actora, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al citado CGP. Se fija como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000), también a cargo de la parte actora y a favor de la parte demandada”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, la sala precisa que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha explicado que las costas, esto es, *“aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial”*⁴¹, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del Código General del Proceso - CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiendo que *“las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho”*.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA dispone: *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el CGP en su artículo 365 establece:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

⁴¹ Sentencia C-089/02

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

- 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
- 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*
- 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*
- 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
- 6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*
- 7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*
- 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
- 9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”*

En este punto se considera necesario destacar que, el Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016⁴², advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en las posturas del extinto CPC y el CGP, puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP, se compruebe para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*. En efecto, la aludida corporación ha señalado⁴³:

⁴² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P: William Hernández Gómez.

⁴³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No. 05-001-23-33-000-2012-00439-02 (0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA—.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”

De lo expuesto se concluye que, la imposición de la condena en costas tiene lugar en contra de la parte vencida en juicio mientras se valore y compruebe la causación de estas en el expediente, por lo que en consideración de esta Colegiatura la condena en costas impuesta por la Juez de primera instancia no resulta adecuada, pues el *a quo* limitó la condena en costas a un criterio meramente objetivo, al no señalar por modo alguno las razones de dicha imposición. Aunado a lo anterior, los únicos gastos acreditados en el expediente

corresponden a los gastos ordinarios del proceso, los cuales fueron asumidos por la parte actora.

Corolario, se revocará el ordinal quinto de la sentencia apelada en lo que respecta a la condena en costas a la parte demandante.

4. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y atendiendo a la remisión normativa señalada por el canon 306 *ibidem* en concordancia con el artículo 365 del CGP, no se condenará en costas en esta instancia ya que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

SENTENCIA:

PRIMERO: REVÓCASE el ordinal Quinto de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2021 por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, dentro del medio de control de reparación directa formulado por John Uriel Rodríguez Chamorro y otros contra la Nación - Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación. . **En su lugar se dispone: No imponer** condena en costas.

SEGUNDO: CONFÍRMASE en lo demás la sentencia objeto de apelación.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

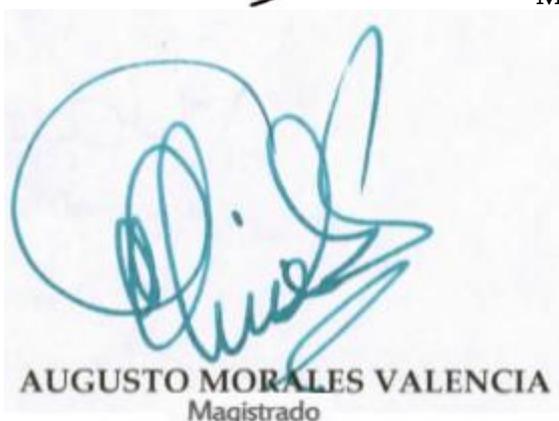
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 24 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

Asunto:	Auto decide excepciones
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Martha Lilia Franco Álzate
Demandado:	Colpensiones- E.S.E. Hospital San Vicente de Anserma- Caldas
Vinculado:	Municipio de Anserma
Radicación:	17001-23-33-000-2020-00160-00
Acto Judicial:	83

Asunto

Procede la Sala unitaria decidir las excepciones previas propuestas por las partes demandadas en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por Martha Lilia Franco Álzate, demandante, contra COLPENSIONES y E.S.E. Hospital San Vicente de Anserma/Caldas, demandados, según lo establecido en los artículos 100, 101 y 102 del CGP, en concordancia con el artículo 175 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021.

Antecedentes

COLPENSIONES y E.S.E. Hospital San Vicente de Anserma/Caldas, contestaron la demanda de manera oportuna como se evidencia en la constancia secretarial visible (Exp 26ConstanciaDespacho), igualmente se evidencia que el Municipio de Anserma no contestó. Se formularon excepciones, de las cuales se corrió traslado como se observa en el mismo documento.

Consideraciones

El artículo 175 del CPACA, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, dispone:

“Artículo 38. Modifíquese el párrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, el cual será del siguiente tenor:

Parágrafo 2°. De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas. Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión. Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad. Las excepciones de cosa juzgada, caducidad”.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES

Se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual propuso como excepciones las que denominó: ***“Inexistencia de la obligación”*** señala que el reconocimiento que pretende la parte actora es inexistente, debido a que no cumple con ningún requisito que establece la ley. ***“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*** No existe ninguna relación jurídica entre las partes y por ende, no se desprende ningún derecho y obligación. ***“Imposibilidad de condena por costas judiciales”*** Las costas solo pueden ser decretadas con criterios objetivos y en la medida de su comprobación y hasta el momento no hay elementos de juicio que permitan establecer que el demandante incurrió en la suma solicitada por concepto de costas. ***“Falta de cumplimiento de requisitos- Cobro de lo no debido”*** la entidad no se encuentra obligada a reconocer pago y reconocimiento a la parte demandante. ***“Prescripción”*** las reclamaciones laborales prescriben en un término de 3 años. ***“Buena fe”*** La entidad ha atendido de manera diligente las solicitudes de la parte demandante ***“Declarables de oficio”***.

E.S.E HOSPITAL SAN VICENTE DE ANSERMA/CALDAS

Se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual propuso como excepción la que denominó: ***“Caducidad de la acción”*** señala que la primera petición fue realizada en marzo de 2018, por lo cual es el acto administrativo que se debe tener en cuenta por esta razón la acción que se tramita ha caducado por cuanto el accionante no acudió dentro del término de ley, es decir dentro de los 4 meses siguientes, comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

Pronunciamiento frente a las excepciones, Falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y caducidad de la acción del medio de control.

En lo que respecta a los medios exceptivos Falta de legitimación en la causa por pasiva y Prescripción del medio de control, considera el Despacho que los argumentos que sustentan debe resolverse después de determinar si se tiene derecho a la prestación demandada; los cuales deben ser resueltos al decidir el fondo de la controversia y no en esta etapa procesal.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Ahora bien, en cuanto a la excepción de caducidad del medio de control, al respecto debe decirse que en todos los casos debe atenderse al término de caducidad que prevé el artículo 164 numeral 2 literal d) de la Ley 1437/11:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;”

El Honorable Consejo de Estado estableció¹ :

En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)³⁰, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.

(...)

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P Carmelo Perdomo Cuéter. Rad 23001233300020130026001 (00882015), veinticinco 25 de agosto de dos mil dieciséis (2016), Bogotá, D.C, Sentencia de unificación jurisprudencial CESUJ2 No. 5 de 2016

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)(...)

De conformidad con el análisis encuentra la Sala Unitaria que no ha operado el fenómeno de caducidad, pues como lo estableció el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo, la demanda se puede presentar en cualquier tiempo en los casos de prestaciones de carácter periódicas.

En lo que respecta a los demás medios exceptivos formulados, además de que no aparecen enlistados en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso – CGP, guardan relación directa con la cuestión litigiosa, por lo que su análisis también habrá de realizarse con el fondo de la controversia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. ORDENAR resolver la excepción de “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*” y “*prescripción*” propuesta por COLPENSIONES en el fondo de asunto, conforme a lo expuesto en este acto.

Segundo. DECLARAR NO PROBADA, la excepción de “*Caducidad*” formulada por E.S.E. Hospital San Vicente de Anserma/Caldas.

Tercero: Ejecutoriado este acto judicial, pase el expediente a Despacho del Magistrado ponente de esta decisión para la continuación del trámite.

Notifíquese y cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, _veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

Asunto:	Auto decide excepciones
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Germán Danilo Franco Valencia
Demandado:	E.S.E Hospital San Juan de Dios- Pensilvania
Radicación:	17001-23-33-000-2020-00237-00
Acto Judicial:	84

Asunto

Procede la Sala unitaria decidir las excepciones previas propuestas por la demandada en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por Germán Danilo Franco Valencia, demandante, contra E.S.E. Hospital San Juan de Dios, según lo establecido en los artículos 100, 101 y 102 del CGP, en concordancia con el artículo 175 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021.

Antecedentes

E.S.E. Hospital San Juan de Dios- Pensilvania contestó la demanda de manera oportuna como se evidencia en la constancia secretarial visible (Exp. 48Constancia Despacho). Se formuló excepciones, de las cuales se corrió traslado como se observa en el mismo documento.

Consideraciones

El artículo 175 del CPACA, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, dispone:

“Artículo 38. Modifíquese el párrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, el cual será del siguiente tenor:

Parágrafo 2°. De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas. Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión. Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad. Las excepciones de cosa juzgada, caducidad”.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual propuso como excepciones las que denominó: “**Caducidad**” Mediante oficio del 15 de marzo de 2019, la E.S.E. Hospital Local San Juan de Dios de Pensilvania dio respuesta de fondo a la solicitud de reconocimiento de prestaciones sociales realizada por el señor Germán Danilo Franco Valencia, la cual le fue comunicada el día 18 del mismo mes y año, tal como consta en la firma de recibido plasmada por el solicitante. El término para presentar la demanda corrió hasta el día 18 de julio de 2019, y la misma se presentó inicialmente ante los Juzgados Administrativos el 14 de noviembre de 2019, y repartida ante el tribunal el 25 de agosto de 2020, es decir, por fuera del término previsto en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011. “**Prescripción**” Señala que la prescripción trienal, por lo cual, no puede haber pronunciamiento frente a los contratos suscritos hasta el año 2016. “**Inexistencia contrato realidad**” El demandante ejerció sus funciones contractuales de manera independiente sin cumplimiento de horario, Él mismo establecía las condiciones de tiempo, modo y lugar para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, por ende, no existe contrato realidad. No existe dentro del plenario prueba alguna de la subordinación a la que hace referencia, por el contrario las actividades desarrolladas por el contratista eran propias de una labor autónoma e independiente, por lo que no se entiende a que se refiere con el cumplimiento de horario, por lo anterior se encuentran acreditados los elementos del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador. “**Excepción innominada**”.

Pronunciamiento frente a las excepciones, Prescripción y Caducidad del medio de control.

En lo que respecta a los medios exceptivos Prescripción y Caducidad del medio de control, considera el Despacho que los argumentos que sustentan el primero debe resolverse después de determinar si se tiene derecho a la prestación demandada; lo cual debe ser resuelto al decidir el fondo de la controversia y no en esta etapa procesal.

Ahora bien, en cuanto a la excepción de caducidad del medio de control, al respecto debe decirse que en todos los casos debe atenderse al término de caducidad que prevé el artículo 164 numeral 2 literal d) de la Ley 1437/11:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;”

El Honorable Consejo de Estado estableció¹ :

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)³⁰, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.

(...)

Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)(...)

De conformidad con el análisis encuentra la Sala Unitaria que no ha operado el fenómeno de caducidad, pues como lo estableció el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo, la demanda se puede presentar en cualquier tiempo en los casos de prestaciones de carácter periódicas.

En lo que respecta a los demás medios exceptivos formulados, además de que no aparecen enlistados en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso – CGP, guardan relación directa con la cuestión litigiosa, por lo que su análisis también habrá de realizarse con el fondo de la controversia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. ORDENAR resolver la excepción de “Prescripción” propuesta por E.S.E. Hospital San Juan de Dios- Pensilvania en el fondo de asunto, conforme a lo expuesto en este acto.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Segundo. DECLARAR NO PROBADA, la excepción de *Caducidad* formulada por E.S.E. Hospital San Juan de Dios Pensilvania.

Tercero. Ejecutoriado este acto judicial, pase el expediente a Despacho del Magistrado ponente de esta decisión para la continuación del trámite.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, written in a cursive style, over a light gray rectangular background. The signature is clearly legible and matches the name of the magistrate mentioned in the text below it.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022)

PROCESO No.	17001-33-39-006-2020-00250-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARÍA PATRICIA MÁRQUEZ VÉLEZ
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las pretensiones, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales en fecha 23 de junio de 2020, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicitó la parte actora, que se declare la nulidad del acto ficto que negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, del cual afirma tienen derecho los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no son beneficiarios de la pensión gracia por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o tener vinculación nacional, de acuerdo a lo establecido el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

Que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene como restablecimiento del derecho el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1985.

Que se ordene a la entidad accionada indexar las sumas que le sean reconocidas por concepto de la presente condena y el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.

Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso.

HECHOS

La señora **María Patricia Márquez Vélez** fue nombrada como docente en fecha posterior al 01 de enero de 1981.

Mediante Resolución nro. 1192-6 del 04 de marzo de 2019 le fue reconocida a la señora Márquez Vélez una pensión de jubilación.

Mediante petición radicada ante el FNPSM solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante el acto ficto o presunto configurado ante el silencio de la administración.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustento del concepto de violación señaló que, el objetivo de esta prestación, fue compensar a los docentes que no tienen derecho a la pensión de gracia, sumado al hecho de que, el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló que cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Finalmente, agregó que es claro que el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial que contiene la misma, identifica una prima que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Como argumentos de defensa señaló que, el acto administrativo demandado fue proferido atendiendo los parámetros normativos vigentes que versan sobre el reconocimiento, pago y reliquidación de pensiones y además de el mismo se presume su legalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011.

LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: que ésta entidad debe sujetarse a lo determinado por la Ley para la expedición de actos administrativos que traten temas de reconocimiento pensional o prestacional, esto es, bajo los parámetros de la Ley 91 de 1989 por la cual se creó el precitado fondo y, señaló que, los docentes en materia prestacional se regirían por las disposiciones ahí señaladas, las cuales se resumen de la siguiente manera:

Los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; y los nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, se regularían por las disposiciones vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en dicha ley.

Con fundamento en la normativa y Jurisprudencia antes transcrita se determina que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del citado acto legislativo, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011.

De esta manera, se encuentra acreditado que, la parte demandante causó su derecho pensional el 10 de julio de 2015, es decir con posterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14

Propuso como excepción la que denominó:

“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO”: expuso que la entidad no ha actuado con el fin de atentar en contra los derechos laborales de la demandante, por el contrario, los mismos se encuentran debidamente satisfechos y así como tampoco se han violado las disposiciones incoadas por la parte actora, no puede alegarse error o inaplicación de la ley, por lo que no resulta viable el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación sin haber cumplido el lleno de los requisitos

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 23 de junio de 2020, negó las pretensiones de la demanda después de plantearse como problema jurídico principal, si a la actora le asistía el derecho a que se le reconozca la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985, concluye que, para determinar si un docente es beneficiario de la mesada 14 se debe determinar si se causó la pensión antes del 31 de julio de 2011 y si la prestación reconocida en inferior a 3 salarios mínimos mensuales vigentes.

Y como en el caso *sub judice*, la actora adquirió el status de pensionada el 15 de diciembre de 2018, es decir con posterioridad al 31 de julio de 2011, además de que su mesada pensional no es inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes., en este orden de ideas no tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, y por ello niega las pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de alzada de forma oportuna, mediante memorial visible en PDF 027 del expediente digital de primera instancia.

Después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que, el actor reúne los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues en el presente caso, el docente se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, por lo tanto, cumple con el requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que indica que, tienen derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

Afirma que, cabe recordar una vez más, que la prima de mitad de año fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia; de ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 05 del expediente digital de segunda instancia las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho la señora María Patricia Márquez Vélez a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

LO PROBADO

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Mediante Resolución nro. Resolución nro. 1196-6 del 04 de marzo de 2019 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la actora, efectiva desde el 16/12/2018 fecha de adquisición del status pensional (pdf nro. 02 del expediente digital de primera instancia)
- Mediante petición radicada el 02/07/2019 solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante silencio administrativo negativo.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo n° 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:[...]

del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007², esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993²⁰, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."²¹

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."²²

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes²³, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados²⁴; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-9925, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del

tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9426 que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 199527, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 2004²⁸, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

"Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

"Artículo 1º...

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Párrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005²⁹, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?

Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (párrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005).

[...] (negritas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que "las personas cuyo derecho de pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), "la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales".³⁴

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

En este punto considera necesario este Juez Colegiado poner de presente que, la postura aquí plasmada ha sido adoptada en decisiones anteriores de esta Sala, como la tomada dentro del proceso identificado con radicado nº 17-001-33-33-003-2017-00576-02.

Caso concreto

De acuerdo a lo probado en el expediente la señora Márquez Vélez ingresó como docente con posterioridad al 01 de enero de 1981; mediante Resolución nro. 1192-6 del 04 de marzo de 2019 le fue reconocida una pensión de jubilación a partir del 16/12/2018, en cuantía de \$2.804. 462.00.

Conforme a lo anterior, evidencia la Sala que la actora adquirió su status pensional después del 2005 y su pensión no es inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que no se encuentra dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta sala de decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones.

COSTAS

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no existió

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 23 de junio de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **MARÍA PATRICIA MÁRQUEZ VÉLEZ** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

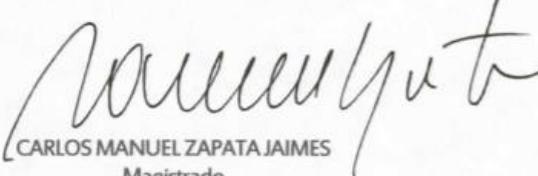
SEGUNDO: SIN COSTAS de segunda instancia, conforme a la parte motiva.

TERCERO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

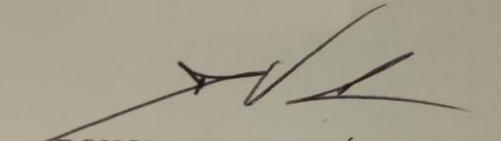
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 21 de abril de 2022 conforme Acta nro. 023 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico No. 069 del 25 de
abril de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022)

PROCESO No.	17001-33-39-006-2020-00258-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ALBERTO ARROYAVE CORREA
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las pretensiones, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales en fecha 23 de junio de 2020, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicitó la parte actora, se declare la nulidad del acto ficto que negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, que afirma tienen derecho los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no pueden ser beneficiarios de la pensión gracia, por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o tener una vinculación nacional, de acuerdo a lo establecido el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

Que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene como restablecimiento del derecho, el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1985 y se ordene a la entidad accionada indexar las sumas que le sean reconocidas por concepto de la presente condena.

Que se ordene el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.

Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso.

HECHOS

El señor **Arroyave Correa** fue nombrado como docente en fecha posterior al 01 de enero de 1981 y mediante Resolución nro. 457 del 7 de julio de 2012 le fue reconocida pensión de jubilación.

Mediante petición radicada ante el FNPSM solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante el acto ficto o presunto configurado ante el silencio de la administración.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustento del concepto de violación, señaló que, el objetivo de esta prestación, fue compensar a quienes no obtuvieron la pensión de gracia, sumado al hecho de que el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló que cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989, una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Finalmente, agregó que, es claro que el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Como argumentos de defensa señaló que, el acto administrativo demandado fue proferido

reliquidación de pensiones y además se presume su legalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011.

Que la Nación-Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe sujetarse a lo determinado por la ley para la expedición de actos administrativos que traten temas de reconocimiento pensional o prestacional, pues los mismos son expedidos bajo los parámetros de la Ley 91 de 1989.

Conforme a esta norma, los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen que habían venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; y los nacionales, Y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, se regularían por las disposiciones vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en dicha ley.

Con fundamento en la normativa y Jurisprudencia antes transcrita se determina que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del citado acto legislativo, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011.

De esta manera, se encuentra acreditado que la parte demandante causó su derecho pensional el 10 de julio de 2015, es decir con posterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14

Propuso como excepción la que denominó:

“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO”: expuso que la entidad no ha actuado con el fin de atentar en contra los derechos laborales de la demandante, por el contrario, los mismos se encuentran debidamente satisfechos; así como tampoco se han violado las disposiciones incoadas por la parte actora, que no puede alegarse error o inaplicación de la ley, por lo que no resulta viable el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación sin haber cumplido el lleno de los requisitos

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 23 de junio de 2020, neqó las pretensiones de la demanda después de plantearse como problema

jurídico principal, si a la actora le asistía el derecho a que se le reconozca la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985, concluye que, para determinar si un docente es beneficiario de la mesada 14 se debe determinar si se causó la pensión antes del 31 de julio de 2011 y si la prestación reconocida en inferior a 3 salarios mínimos mensuales vigentes.

Y como en el caso sub judice, el actor01 de abril de 2012 adquirió el status de pensionado, es decir con posterioridad al 31 de julio de 2011, además de que su mesada pensional no es inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes., en este orden de ideas no tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, y por ello niega las pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de alzada de forma oportuna, mediante memorial visible en PDF 023 del expediente digital de primera instancia.

Después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que el actor reúne los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues en el presente caso el docente se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, por lo tanto, cumple con el requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que indica a que tiene derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

Señala que cabe recordar una vez más, que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia; de ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio, solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: en sus alegatos se ratificó en los argumentos expuestos en la demanda, solicitando se confirmara la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho el señor Alberto Arroyave Correa a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

LO PROBADO

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Mediante Resolución nro. Resolución nro. 457 del 07 de julio de 2012 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del actor, efectiva desde el 02/04/2012 fecha de adquisición del status pensional. En cuantía de \$1.894.993.00 (pdf nro. 02 del expediente digital de primera instancia)
- Mediante petición radicada el 10 de febrero de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante silencio administrativo negativo.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio

público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo n° 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1°, lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:[...]

B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007², esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4^a de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexequibles 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993²⁰, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."²¹

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."22

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes²³, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados²⁴; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-9925, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9426 que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPELROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 2004, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

"Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

"Artículo 1º...

pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005: "Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"

Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (párrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005).

[...] (negritas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de pensión se cause a

cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.³⁴

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes de 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

En este punto considera necesario este Juez Colegiado poner de presente que, la postura aquí plasmada ha sido adoptada en decisiones anteriores de esta Sala, como la tomada dentro del proceso identificado con radicado nº 17-001-33-33-003-2017-00576-02.

Caso concreto

De acuerdo a lo probado en el expediente el señor Arroyave Correa ingresó como docente con posterioridad al 01 de enero de 1981; mediante Resolución nro. 457 del 07 de julio de 2012 le fue reconocida una pensión de jubilación a partir del 02/04/2012, en cuantía de \$1.894.993.00.

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que la actora adquirió su status pensional después del 2005 y su pensión no es inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época, por lo que no se encuentran dentro de las excepciones contempladas para que sea

procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta sala de decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones.

COSTAS

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, al evidenciarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y 366 del C. G. del P.

Señálense como agencias en derecho, a favor de la parte demandada la suma de \$280.000.00 conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 23 de junio de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **ALBERTO ARROYAVE CORREA** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

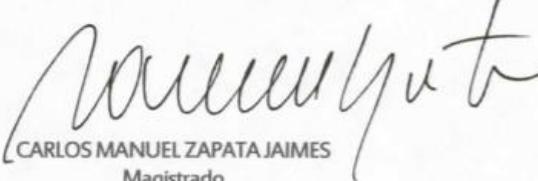
SEGUNDO: SE CONDENA EN COSTAS en segunda instancia, a cargo de la parte demandante, las cuales se liquidarán por el Juzgado de primera instancia, conforme al artículo 365 y 366 del C. G. del P.

TERCERO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

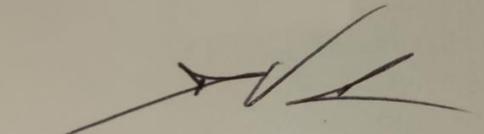
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 21 de abril de 2022 conforme Acta n° 023 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 069 del 25 de abril de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

Asunto:	Trámite para sentencia anticipada: fijación del litigio, pronunciamiento sobre pruebas y traslado para alegar de conclusión
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del derecho
Demandante	José Rubiel Henao Cardona
Demandado:	Nación Rama Judicial-Dirección Ejecutiva
Radicación:	17001-2333-000-2019-00392-00
Acto Judicial:	Auto Int.82

Asunto

Encontrándose a Despacho el proceso de la referencia pendiente de convocar a las partes a audiencia inicial, procede el suscrito Magistrado a pronunciarse en relación con la posibilidad de dictar sentencia anticipada en el presente asunto.

Consideraciones

De la Sentencia Anticipada

El artículo 182A de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el CPACA, estableció la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de esta Jurisdicción, en los siguientes casos:

“Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;

b) Cuando no haya que practicar pruebas;

c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento;

d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Cumplido lo anterior, se correrá traslado para alegar en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de este código y la sentencia se expedirá por escrito.

(...)

4. En caso de allanamiento o transacción de conformidad con el artículo 176 de este código.

Parágrafo. *En la providencia que corra traslado para alegar, se indicará la razón por la cual dictará sentencia anticipada. Si se trata de la causal del numeral 3 de este artículo, precisará sobre cuál o cuáles de las excepciones se pronunciará. Surtido el traslado mencionado se proferirá sentencia oral o escrita, según se considere. No obstante, escuchados los alegatos, se podrá reconsiderar la decisión de proferir sentencia anticipada. En este caso continuará el trámite del proceso.*

Con el fin de establecer si en el presente asunto procede dictar sentencia anticipada en los términos antes señalados, el Despacho procederá a fijar inicialmente el litigio y con base en esto a determinar si se requiere práctica de pruebas.

Sobre la Conciliación

Si las partes tienen ánimo conciliatorio y propuesta pueden solicitar de común acuerdo audiencia de conciliación dentro del término de ejecutoria de este acto judicial.

Medida Cautelar

El Despacho constata que no existe petición de medidas cautelares, por lo que no hay pronunciamiento alguno al respecto.

Fijación del litigio

De conformidad con el escrito de demanda y la contestación de la misma el Despacho describe los hechos frente a los cuales existe acuerdo, aclarando que sólo se hace referencia de los relevantes y que dan sustento fáctico al objeto de la controversia que más adelante se señalará.

Hechos que acepta la entidad Demandada.

- Acepta los cargos desempeñados por la parte actora en la rama judicial, así como los extremos temporales que se encuentran debidamente soportados documentalmente.

Problema jurídico

Se formulan los siguientes problemas jurídicos:

¿Procede la solicitud de inaplicación por inconstitucionalidad de la expresión “Grado 23” para nominar el cargo de Abogado Asesor, contenida en los

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que crearon y prorrogaron de manera transitoria dicho cargo?

En caso afirmativo, ¿Resulta procedente o no declarar la nulidad de los actos demandados, esto es la Resolución No. DESAJMAR17-1432 del 13 de diciembre de 2017 y el acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo de la administración, por el recurso de apelación?

*¿Resulta procedente o no el reconocimiento y pago, con efectos retroactivos de las diferencias salariales canceladas durante el tiempo de la vinculación, como efecto de la denominación asignada al cargo de Abogado Asesor al cual **7** se le otorgó el grado 23?*

¿Se encuentra demostrada la prescripción trienal?

Decreto de Pruebas.

Pruebas de la parte demandante:

Documental:

Hasta donde la ley lo permita, ténganse como pruebas las documentales aportadas con las demandas visibles a (Exp 01).

No hizo solicitud especial de pruebas

Nación- Rama Judicial- Dirección Ejecutiva

Hasta donde la ley lo permita, ténganse como pruebas las documentales aportadas con las demandas visibles a (Exp 01).

No hizo solicitud especial de pruebas

Una vez vencido el término de ejecutoria del presente auto y al no haber entonces pruebas que practicar más allá de las documentales allegadas con la demanda; es procedente dictar sentencia anticipada conforme el literal c) del numeral 1 del artículo 182A del CPACA, previo a lo cual se correrá traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión

RESUELVE

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Primero. FÍJASE como objeto del litigio, determinar si procede la solicitud de inaplicación por inconstitucionalidad de la expresión “Grado 23” para nominar el cargo de Abogado Asesor, contenida en los Acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que crearon y prorrogaron de manera transitoria dicho cargo?

Segundo. INCORPÓRASE las pruebas documentales aportadas por las partes, hasta donde la ley lo permita.

Tercero: CÓRRASE traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

Cuarto: Si las partes tienen ánimo conciliatorio y propuesta pueden solicitar de común acuerdo audiencia de conciliación dentro del término de ejecutoria de este acto judicial.

Quinto: Ejecutoriado este acto judicial, pase el expediente a Despacho del Magistrado para proferir la sentencia anticipada que en derecho corresponda.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', written over a light grey background.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veintidós (22) de Abril de dos mil veintidós (2022)

Radicación:	17 001 33 39 006 2016 00261 00
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Dora Inés Gómez Franco
Demandado:	Municipio de Aguadas, Caldas.
Providencia:	Sentencia No. 68

Pasa la Sala a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por la parte **demandante**, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Manizales, el treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019), mediante la cual se **negaron** pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas

"1.- Declarar nulo el Decreto Municipal No. 045 de abril 23 de 2016 pronunciado por el alcalde del MUNICIPIO DE AGUADAS, CALDAS, señor OSCAR YONNY ZAPATA ORTIZ, mediante el cual dispuso, entre otros, "DECLARAR insubsistente el nombramiento de DORA INES GÓMEZ FRANCO en el cargo de Secretaria de Gobierno código 020, Nivel Directivo, Grado 02"

2.- Como consecuencia de la declaración de nulidad ordenar al MUNICIPIO DE AGUADAS, CALDAS, representado por el señor OSCAR YONNY ZAPATA ORTIZ en su condición de alcalde, o por quien haga sus veces, reintegrar a la señora DORA INES GÓMEZ FRANCO, en el mismo cargo que venía desempeñando, en idénticas condiciones a las que tenía al momento de su desvinculación, o en otro de igual o superior categoría.

3.- Condenar al MUNICIPIO DE AGUADAS CALDAS, al pago de los salarios, primas, bonificaciones, vacaciones, reajustes o aumentos de sueldo, subsidio de alimentación, prestaciones sociales, cesantías y demás emolumentos que la accionante dejó de percibir desde la fecha de su ilegal desvinculación

Para los efectos de salarios y prestaciones sociales en general, se declarará que no ha existido solución de continuidad en la prestación

del servicio por parte de mi representada, desde el día de su desvinculación, hasta su reintegro real y efectivo.

4.- Condenar al MUNICIPIO DE AGUADAS, CALDAS, al pago de los perjuicios morales ocasionados a la señora DORA INES GÓMEZ FRANCO, los cuales se concretan en el padecimiento psicológico, estrés, angustia, depresión, bajo estado anímico y presión que debió soportar como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia en el cargo de Secretaria de Gobierno código 020, Nivel Directivo, Grado 02, de Aguadas, Caldas, del cual derivaba su sustento y el de su familia, perjuicios cuyo valor pecuniario se tasa en el equivalente a CINCUENTA (50) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.”

2. Hechos.

Menciona la demandante que se vinculó al municipio de Aguadas, Caldas, a partir del 1° de enero de 2016, tomando posesión del cargo de Secretaria de Despacho (secretaria Administrativa y Jefe de personal, código 020, grado 02), designada mediante Decreto 004 de enero de 2016.

Afirma que era la persona de confianza del alcalde de turno, pues delegó en ella sus funciones durante algunos días; que el ambiente en la alcaldía empezó a tornarse tenso entre varios funcionarios, generando conflictos con la demandante y desconfianza con el señor alcalde.

Relata que se le hizo un traslado del cargo que ocupaba, al de secretaria de Gobierno, exponiendo el apoderado que dicho cambio se realizó ocultando las razones del mismo y la desconfianza que ya había en la demandante; debiendo tomar allí, mayores responsabilidades, incluido el cierre de establecimientos públicos.

Refiere que la señora Dora Inés Gómez Franco empezó a sufrir de acoso y persecución laboral, lo cual le ocasionó estrés, depresión e incapacidades médicas y valoraciones psiquiátricas. Una incapacidad médica de la demandante, coincidió con la época en la que los alcaldes debían presentar los informes de gestión correspondientes a los primeros 100 días de mandato, y que ante la inconformidad del alcalde, al retorno de la incapacidad se exigió la renuncia a todos los secretarios de despacho, sin que ella accediera a dicha solicitud; luego de lo cual se profirió el acto de insubsistencia, acudiendo a señalamientos de ineficiencia e ineficacia de la funcionaria, sin que haya sido previamente requerida, y sin haber realizado seguimiento disciplinario, lo cual dice vulnerar su derecho de defensa y el debido proceso.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones:

Artículos 1°, 13, 25, 29, 53, 125 y 209 Constitucionales.

Artículo 137 de la ley 1437 de 2011.

Ley 100 de 2006.

Artículos 2.2.11.1.19 del Decreto 1083 de 2015

El concepto de violación lo centra en la vulneración de derechos laborales de la demandante, y afirma que el acto demandado violó el debido proceso y el derecho de defensa de la señora Dora Inés Gómez Franco, por las acusaciones contenidas en la motivación del acto que dice fue irregular, al no tener soporte probatorio de las mismas.

Sostiene que la idoneidad y experiencia de la ahora demandante en el desempeño del cargo, hacen presumir su capacidad para la buena prestación del servicio, afirmando que los verdaderos motivos de su desvinculación fueron en retaliación porque la misma acudió a las autoridades solicitando protección a sus derechos, en vista de la persecución que había en su contra.

Concluye que con la declaratoria de insubsistencia se aplicó indebidamente la normativa pertinente, hubo una falsa motivación, desviación de poder y violación al debido proceso.

4. Respuesta de la demanda. (Fls. 143 a 159 C. 1)

El municipio de Aguadas se opone a todas las pretensiones de la demanda afirmando que el acto demandado no adolece de los vicios de nulidad invocados por el demandante.

Dice que no refiere cuál es la norma que fue indebidamente aplicada, no se explica la falsa motivación, tampoco la desviación de poder al no estar demostrado que la demandante tuvo que acudir a las autoridades por la persecución alegada.

Finalmente propone las excepciones denominadas "*Inepta demanda por indebido agotamiento del requisito de procedibilidad*", "*Inepta demanda*",

“Inexistencia de la indebida aplicación de la ley como vicio del acto administrativo”, “Inexistencia de la inaplicación de la ley como vicio del acto administrativo”, “Existencia de motivación – motivación cierta y concreta”, “Inexistencia de desviación de poder”, “Necesidad de declarar la insubsistencia a Dora Inés Gómez Franco por falta de confianza y ser un peligro para la consolidación del gobierno municipal”, e “Innominada de oficio – genérica”.

5. La sentencia apelada (Fls. 247 a 252 C.1)

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales profirió sentencia el 31 de enero de 2019, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

Hace el juzgado una relación de las pruebas que obran dentro del proceso, y continúa con el estudio normativo que regula los cargos de libre nombramiento y remoción, para los cuales se requiere alto grado de confianza, y hace una extensa cita jurisprudencial sobre las facultades del nominador para la declaratoria de insubsistencia.

Estudia y define los cargos invocados en la demanda, como lo son la falsa motivación, desviación de poder, violación al debido proceso, violación al derecho al trabajo y acoso laboral.

Se refiere al cargo de la demandante como uno de libre nombramiento y remoción, y que no se pronunciará frente al cargo de falsa motivación, toda vez que no hubo esfuerzo por parte de la demandante de demostrar las razones por las cuales el acto adolece de dicho vicio, y los argumentos que se expusieron estaban más tendientes a probar la desviación de poder, quedando subsumido su estudio al pronunciamiento de tal cargo.

Continúa con el estudio de la desviación de poder, para lo cual transcribe apartes de los testimonios recaudados, afirmando que con las pruebas allegadas al proceso, no se logra contrarrestar las razones de la administración en torno a la eficiencia y eficacia de la gestión de la demandante, sin que cumpliera con la carga probatoria de su parte; en tanto no demostró que era una funcionaria eficiente, ni se probó que con el retiro del servicio se hubiera desmejorado el mismo.

Afirma la Juez que la declaratoria de insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción no necesita ser motivado y con ello no se violenta el debido proceso, porque la inspiración de dicha facultad discrecional tiene su origen en los principios de la función administrativa; y en este caso, el acto que se enjuicia fue motivado, fueron expuestas sus razones, garantizando así los derechos fundamentales de la ahora demandante.

Sigue con el estudio de la violación del derecho al trabajo y acoso laboral, y hace una transcripción de testimonios rendidos en el presente asunto concluyendo de los mismos que no se evidencia una conducta persistente y demostrable de maltrato, acoso, o temor infundido; tampoco hubo manifestaciones relacionadas con la usurpación de funciones, y resalta que, el deterioro en las relaciones de los funcionarios, a los que se refiere la demandante como conductas de persecución y hostigamiento, no tienen dicho alcance, y contrario a ello, es prueba de la pérdida de confianza, que es una razón superior de toda insubsistencia.

Hace alusión a un auto de mayo 26 de 2017, emanado de la Procuraduría Provincial de Manizales, en el cual se archivó la diligencia iniciada por la ahora demandante, contra el alcalde por abuso de autoridad o extralimitación de funciones, sin encontrar mérito para continuar con la investigación, y que lo allí expuesto, da cuenta de una relación totalmente diferente entre la demandante con la administración municipal de Aguadas.

Así mismo se pronuncia sobre la incapacidad médica aportada por la demandante, y afirma la Jueza que, dicha situación de incapacidad en un empleo de libre nombramiento y remoción no constituye impedimento para su retiro, pues no hay fuero de estabilidad.

Concluye que, al no lograr la demandante demostrar que la razón que se tuvo en cuenta para la remoción de su cargo fuera otra diferente al buen servicio, por lo que no desvirtuó la presunción de legalidad del acto demandado, negando las pretensiones de la demanda.

6. Recurso de apelación (Fls. 277 a 280 C. 1)

El apoderado judicial de la demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida, afirmando que ha quedado con suficiencia demostrado que el acto demandado trasgredió las disposiciones constitucionales y legales, vulnerando el derecho al trabajo, al debido proceso y por incurrir en desviación de poder.

Reitera a manera de síntesis los hechos presentados en la demanda, en cuanto a que fue designada en el cargo de Secretaria de Despacho, siendo de total confianza del alcalde municipal del momento; posterior a lo cual, afirma que al ser influenciado por otras personas, convenció a la ahora demandante de desempeñar otro cargo, como lo era el de secretaria de gobierno, momento en el cual la señora Dora Inés Gómez Franco empezó a ser víctima de hostigamientos y acoso laboral, desencadenando quebrantos de salud; después de una incapacidad fue declarada insubsistente, luego de negarse a presentar su renuncia excediendo el alcalde sus facultades, siendo por ello evidente el acoso laboral contra la demandante.

Que si bien es cierto el cargo que ocupaba la demandante es de libre nombramiento y remoción, el acto de desvinculación cuestionado no se encuentra enmarcado en las facultades legales discrecionales, porque allí se motivó, sin ser necesario, pero se hizo alusión a ineficiencia e ineficacia, sin que ello le haya sido endilgado nunca a la señora Dora Inés Gómez Franco, ni existir previamente requerimientos o juicios disciplinarios, evidenciando a su juicio con ello, el abuso de poder, que no implicaba el mejoramiento del servicio, sino que obedecía a señalamientos realizados a la citada señora.

Dice el apoderado de la demandante que, las pruebas que obran dentro del proceso dan cuenta de las causales de nulidad, y que los testigos exponen el acoso laboral por parte del alcalde municipal, y de los malos tratos hacia la funcionaria.

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. Demandado (Fls. 11 a 13 C. 5)

El apoderado judicial del demandado municipio de Agudas presenta su escrito de alegatos en segunda instancia, exponiendo una ineptitud de la apelación,

diciendo que está mal sustentado, al no atacar los argumentos de la sentencia, sino que se limita a decir los hechos de la demanda.

Que no existe inconformidad alguna con el estudio probatorio que el juez de primera instancia hace en la sentencia, que los hechos de la demanda se fundan en la desviación de poder, sin que la misma se hubiera demostrado dentro de este asunto.

Aduce que uno de los elementos principales en los cargos de libre nombramiento y remoción son la confianza y la eficiente prestación del servicio, y que la declaratoria de insubsistencia en tales casos, es una facultad discrecional de la administración; y que, la desaparición de la confianza entre la señora Dora Inés Gómez Franco y el señor alcalde municipal saltan a la vista en este asunto. Pudiéndose probar no solo la ineficiencia de la funcionaria, incluso en el interrogatorio de parte, ella misma manifiesta el desconocimiento de sus funciones; solicitando por ello se confirme la sentencia.

II. Consideraciones

Los problemas jurídicos en esta instancia se contraen a resolver los siguientes planteamientos, de acuerdo con los argumentos expuestos por la apelante:

- 1.1.** ¿Cuál es la naturaleza del empleo de la demandante?
- 1.2.** ¿Se encuentra demostrado que el acto demandado fue falsamente motivado?
- 1.3.** ¿Se acreditó en este asunto el acoso laboral y abuso de poder por parte del señor alcalde municipal respecto de la ahora demandante?

1. Análisis normativo

El artículo 125 Constitucional prevé expresamente las excepciones a los cargos de carrera de la siguiente manera:

“Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARÁGRAFO. *<Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.>* (Subraya la Sala)

La Ley 909 de 2004 expidió normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y dicta otras disposiciones; y dicha ley, tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público:

“Artículo 1. Objeto de la ley. *La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.*

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;*
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;*
- c) Empleos de período fijo;*
- d) Empleos temporales.”*

El artículo 5 de la citada ley, en relación con la clasificación de los empleos dispone:

“Artículo 5. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

(...)

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

(...)

En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

El artículo 41 ibídem, reguló entre otras causales de retiro:

“Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

Parágrafo 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado. (Subraya la Sala).

2. La naturaleza del cargo de la demandante.

Para resolver los problemas planteados se hace necesario dejar presente desde ya la naturaleza del cargo desempeñado por la señora Dora Inés Gómez Franco respecto del cual la declararon insubsistente, siendo indiscutible en este caso que fue nombrada mediante decreto 004 de 2016 en el cargo de Secretaria de Despacho, código 020, Grado 02, que hace parte de la planta de personal de la administración central del municipio de Aguadas.

Por medio del Decreto 039 de 1° de abril de 2016 se efectuó el traslado de la señora Dora Inés Gómez Franco a la Secretaría de Gobierno, y por el Decreto número 045 de 23 de abril de 2016 se declara la insubsistencia de la en el cargo de Secretaria de Gobierno código 020, nivel directivo, grado 02.

Es preciso citar los artículos 189 y 199 de la ley 136 de 1994, los cuales definen la autoridad política y la dirección administrativa:

“Artículo 189. Autoridad política. *Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.*

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este Artículo.

Artículo 190. Dirección administrativa. *Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales como superiores de los correspondientes servicios municipales.*

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados; reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.” (Subraya la Sala)

De lo expuesto queda claro que la señora Dora Inés Gómez Franco era la Secretaria de Despacho en la alcaldía municipal de Aguadas, Caldas, correspondiendo éste sin duda alguna, y de acuerdo con las normas previstas, a un cargo de libre nombramiento y remoción; además porque así se precisa en el Decreto que la declaró insubsistente, y según las atribuciones conferidas en el manual de funciones (Fls. 2 a 9 C. 4), relacionadas con formular y dirigir la política administrativa institucional, coordinar los procesos de talento humano, recursos físicos, control interno disciplinario, gestión documental y servicios generales de la administración, entre otros, correspondiendo dicho cargo al nivel directivo, denotando en las funciones, naturaleza y categoría del mismo, que es un cargo de los que han denominado de confianza, en el cual además se ejerce la autoridad política y la dirección administrativa del municipio de Aguadas, sin que exista duda

respecto de la naturaleza del cargo que ocupaba la ahora demandante, de libre nombramiento y remoción.

3. Análisis fáctico

De las pruebas que obran dentro del proceso, se relacionan a continuación las de mayor relevancia para esclarecer el fondo del asunto:

3.1. Pruebas documentales.

- Decreto 004 de 1° de enero de 2016, por medio del cual se realiza un nombramiento ordinario en la administración central, correspondiente a la señora Dora Inés Gómez Franco en el cargo de secretaria de despacho, código 020, grado 02 que hace parte de la planta de personal de la administración central (Fls. 32 y 33 C. 1)
- Acta de posesión de la señora Dora Inés Gómez Franco en el cargo antes mencionado (Fl. 34 C. 1)
- Decreto número 022 de 1° de febrero de 2016, mediante el cual se encarga a la señora Dora Inés Gómez Franco, en las funciones propias del cargo del alcalde municipal durante los días 2, 3, 4 y 5 de febrero de 2016. (Fls. 36 y 37 C. 1).
- Decreto número 039 de 1° de abril de 2016, mediante el cual se traslada a la señora Dora Inés Gómez Franco a la secretaria de Gobierno (Fls. 38 y 39 C. 1).
- Decreto número 045 de 23 de abril de 2016, por el cual se declara insubsistente el nombramiento de la señora Dora Inés Gómez Franco en el cargo de secretaria de Gobierno, código 020, nivel directivo, grado 02 (Fls. 41 a 44 C. 1) el cual considera entre otros:

“(…) Que con base en evaluaciones hechas con la Secretaría Administrativa y Jefe de Personal entre el 22 y 23 de Abril y, acompañadas por los Asesores Víctor Emilio Calle Gaviria, José David Gómez Martínez, Edwin Andrés Ramírez, Jorge Iván Gómez Sánchez, se evidenció la importancia de mejorar en los procesos del gobierno y la administración, con base en el cumplimiento de los 100 días teniendo como base los informes de gestión presentados y elaborados por los Secretarios de Despacho.

Que con base en diversas manifestaciones escritas hechas por contratistas, por la directora de control interno el Alcalde Municipal constató ineficiencia, ineficacia administrativa en procesos de contratación de personal, organización interna de los despachos, en todos los secretarios.

(...)

Que, tratándose de un cargo de libre nombramiento y remoción, corresponde al Nominador la remoción de los servidores públicos que ostenten dichos cargos, de manera discrecional y no motivada, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2.004.

(...)

Que los cargos de libre nombramiento y remoción, por esencia, no gozan del mismo nivel de estabilidad que los cargos de carrera administrativa.

Que la declaratoria de insubsistencia contemplada en el presente acto obedece a razones de confianza (propias de los cargos de libre nombramiento y remoción), a la ineficiencia e ineficacia administrativa, y a una situación de pleno derecho, conforme a lo expuesto. (Subraya la Sala)

- Oficio O.T. 2630 – 003 de 24 de febrero de 2015, mediante la cual la promotora de turismo informa sobre un altercado entre la señora Dora Inés Gómez Franco y una contratista (Fls. 104 y 105 C. 1).
- Carta de 3 de marzo de 2016, enviada a la alcaldía municipal por la Directora Oficina de Víctimas, que pone en conocimiento una dificultad que tuvo con la señora Dora Inés Gómez Franco (Fl. 54 C. 2).
- Queja presentada por la señora Sandra Milena Ramírez Torres contra la señora Dora Inés Gómez Franco (Fl. 55 C. 2).
- Oficio de 15 de abril de 2014, suscrito por las señoras María Guislay Arias Giraldo, quien pone en conocimiento situaciones acontecidas con la señora Dora Inés Gómez Franco, ante la secretaria general y jefa de Personal (Fl. 56 C. 2).
- Oficio enviado por la Directora de la Oficina de Víctimas el 23 de abril de 2016, en el cual pone en conocimiento una situación con la firma de su contrato y correspondiente pago, señalando como responsable a la señora Dora Inés Gómez Franco (Fl. 62 C. 2).
- Oficios de 24 de febrero de 2016, enviados a la señora Dora Inés Gómez Franco por la Jefe de Control Interno en el cual solicita una mejor comunicación, y toma de medidas correctivas ante discusiones con contratistas y funcionarios (Fls. 103 a 105 C. 1)
- Evaluación de desempeño del 21 de abril de 2016 en la cual se dice expresamente:

“(...) Se siguió la evaluación con la Secretaria de Gobierno bajo la dirección de Dora Inés Gómez Franco.

El asesor de Gobierno manifestó su continua disposición a acompañarla en responsabilidades desde que era la Secretaria Administrativa y Jefe de Personal, pero que ella había demostrado en el corto tiempo ser una

persona propensa a los comentarios, lo que la llevaba a ser descuidada en los asuntos estratégicos del gobierno, y a generar conflictos innecesarios. El asesor Administrativo y Financiero llamó la atención sobre las dificultades que se habían presentado desde el inicio con Dora Inés desde que era Secretaria Administrativa y Jefe de Personal, y como su ejercicio y uso de la autoridad había generado un ambiente laboral tenso y difícil. José David Gómez Martínez indicó que su temperamento y actitud de mando permanente la aleja de las personas de las que requiere apoyo y cooperación, y recordó como en la anterior evaluación se había acordado generar un traslado horizontal que fue el que llevó a que Mónica Patricia Sánchez Castañeda pasara de la Secretaria de Gobierno y la Secretaria Administrativa y Jefe de Personal, agregando que si bien es cierto este traslado solucionó un poco las tensiones de personal, pues Dora era la jefe de personal, y ahora no cumple esas funciones con las que tuvo tantos roces por su forma de ser "mandona" la verdad es que no logró adaptarse al nuevo cargo, como tampoco lo había logrado en la Secretaria Administrativa. El asesor de contratación Víctor Emilio Calle Gaviria, indicó cómo se habían retrasado los procesos de contratación tanto cuando estuvo en la Secretaria Administrativa, pero más ahora que está en la Secretaria de Gobierno, hace énfasis es que la contratación de esa secretaria para este mes se hizo apenas hace unos días, realmente la administración estuvo paralizada porque no se enviaron estudios previos a tiempo. La recomendación de todos los asesores fue la de hacer uso de la condición de servidora pública de libre nombramiento y remoción y proceder a removerla del rol de secretaria del Despacho. Edwin Andrés agrega que no es posible que a una funcionaria como Dora Inés se le tenga que decir doctora o que trata a los empleados como "subordinados" situación que causa mucho malestar y afecta la administración. Mónica Patricia Sánchez, interviene para indicar que ha tenido inconvenientes con Dora, que ella quiere ser un mundo aparte, no coordina, se ha requerido su atención en varios asuntos como secretaria de gobierno y dice que no sabe qué tiene que hacer. Vuelve a tomar la palabra José David, para indicar que se equivocó al sugerir el traslado horizontal, la forma de ser de Dora no le permite destacarse, aunque puede tener las condiciones, prefiere estar pendiente de lo que hacen o no hacen los demás, indicó que personalmente no le gusta que cada que llega a Aguadas, Dora lo busca para ponerle quejas y contarle cosas de los demás empleados, incluso cosas no laborales.

(...)

El Asesor de Gobierno Jorge Iván Gómez Sánchez, manifiesta que considera importante que se le solicite la renuncia protocolaria a todos los servidores públicos de libre nombramiento y remoción del nivel directivo, con el fin de poder hacer una evaluación seria y consiente del trabajo de cada una de las secretarías, reconocer al alcalde como jefe de gobierno y de la administración y fijar compromisos con algunos secretarios.

El Alcalde Municipal manifiesta que él no tiene interés de prescindir de ninguno de sus secretarios en este momento, pero que sí es necesario asumir compromisos serios con algunos frente a ciertas cosas habladas en esta reunión y otras que no es necesario mencionar, pero de las que tiene conocimiento, eso sí, el secretario que no cumpla con los compromisos adquiridos, en dos o tres meses si se tiene que ir, porque lo que se quiere acá es conformar un equipo de alto desempeño como lo ha dicho desde siempre.

Terminada esta evaluación se le encomendó al asesor de Gobierno la realización del acta, la cual será puesta a consideración de todos los participantes en el correo electrónico de cada uno, y aprobada con la firma del alcalde y el Asesor de Gobierno. (...)" (Subraya la Sala).

- Solicitud de renuncia protocolaria a los secretarios de Despacho en el siguiente sentido: (Fls. 63 y 64 C. 2)

“(...) Hoy 23 de Abril de 2016, cita en el Despacho el señor Alcalde todos los jefes de Despacho de la Administración Municipal de Aguadas con el fin de hacer un balance de los 100 primeros días de gestión Administrativa Municipal 2016, así las cosas el señor Alcalde hace un llamado de atención a todos los funcionarios donde les advierte la importancia del buen desarrollo de los procesos, de la presentación de informes, de la atención al público, de la responsabilidad de cada uno en sus Secretarías que son la extensión de su gobierno local, por tanto y en aras de mejorar pidió la renuncia protocolaria con el fin de evaluar el movimiento de cada Funcionario y su entorno administrativo y técnico, y anuncia que en conjunto con el área de control interno se desarrollara en cada dependencia una auditoria para garantizar la buena marcha de las mismas de manera preventiva y no vernos sometidos a medidas correctivas.

Entre tanto todos los Secretarios de Despacho proceden a pasar su carta de renuncia, excepto la Secretaria de Gobierno la Doctora Dora Inés Gómez Franco quien al entrar al Despacho se dirige al señor Alcalde en frente de todo el equipo de trabajo y le solicita que la declare insubsistente ya que él puede hacerlo sin necesidad de pasar la carta de renuncia, el señor Alcalde le sugiere pasar la renuncia protocolaria como el resto del equipo, y ella le reitera que sea declarada insubsistente frente a todos nuevamente. El señor alcalde sede a su petición verbal, pues ella eleva la solicitud de forma personal y voluntaria. (...)” (Subraya la Sala).

- Denuncia presentada por la señora Dora Inés Gómez Franco ante la Procuraduría Regional de Caldas (Fls. 65 a 74 C. 2).
- Terminación y archivo de diligencias adelantadas bajo el radicado 2016-573-858631 en contra del señor Oscar Yonny Zapata Ortiz en su condición de alcalde municipal de Aguadas, Caldas (Fls. 75 a 77 C. 2).
- Terminación y archivo de diligencias adelantadas bajo el radicado 2016-573-899454 en contra del señor Oscar Yonny Zapata Ortiz y las señoras Mónica Patricia Sánchez Castañeda y Margarita Valencia Sánchez, por presunto acoso laboral contra la señora Dora Inés Gómez Franco (Fls. 2 a 13 C. 3).
- Manual de funciones de los cargos de Secretario de Despacho código 020, grado 02 secretaria administrativa; Decreto 003 de 1° de enero de 2016, mediante el cual se modifica parcialmente el manual de funciones, requisitos y competencias laborales, del cargo antes mencionado correspondiente a la Secretaría Administrativa y Jefe de Personal, y, Secretaría de Gobierno (Fls. 2 al 9 C. 4).

3.2. Prueba testimonial.

Testigo Beatriz Elena Mejía Garcés

(...) La doctora Dora Inés ingresó a la secretaría de gobierno, yo en ese momento estaba haciendo mi judicatura (...) ella ingresó y con su auxiliar que en ese momento tenía la secretaría administrativa, tenía poco conocimiento de las acciones que se llevaban a cabo desde la Secretaría de Gobierno, hablando de las funciones de la inspección de policía. (...) mis funciones era como auxiliar, mas no realizar todas las funciones de la secretaría de gobierno, por ese motivo yo renuncié, presenté la renuncia, nunca tuvimos un mal trato ninguna de las dos, siempre tuvimos un trato normal. (...). Se vinculó creo que en febrero o marzo de 2016 (...) recuerdo que control interno hizo una auditoría a la Secretaría de Gobierno (...) le preguntó a la doctora Gloria Inés que Cuáles eran sus funciones y su respuesta pues no fue muy acertada. (...) Ese control de auditoría lo realizó control interno (...) las hacen en todas las dependencias (...) me vincularon a la administración como Secretaria de Gobierno el 29 de marzo de 2016 (...) ella en su momento era la Secretaría Administrativa, por eso la conocía (...) desde que tengo conocimiento doña Dora si realizó inspección a esos sitios, pero nunca realizó los cierres, nunca realizó las actuaciones administrativas. (...) El trato del alcalde era cordial, con todos era normal (...) en la Secretaría nos hablábamos lo necesario, y con los demás, escuchábamos en los pasillos que era un poquito irreverente, ella siempre quería como estar en superioridad a los demás, y hacerlo saber además (...) ellas tenían una muy buena relación, ella bajó con su auxiliar que era Katerine, y mantenían juntas (...) Ella pedía en las supervisiones que hacía a la auxiliar le ponía más funciones de las que eran, y así con informes que había que rendir (...) Lo que hacen los secretarios de despacho es pedir ayuda a los asesores jurídicos, ellos siempre están disponibles para las asesorías que sean necesarias (...) con relación al empalme, como yo estaba en la secretaría en ese momento yo sabía lo que se había hecho y no se había hecho, ella simplemente dejó un acta de entrega donde hacía relación del acta del consejo de seguridad que ella realizó el archivo y ya, no más. (...) no se llevaron a cabo procesos administrativos con ella (...) ella no cumplía sus funciones, se encerraba en su oficina todo el día, tanto así, que así lo respondió en la auditoría de control interno, qué ha hecho todos estos días, programar una jornada de libreta militar (...)"

Testigo Mónica Patricia Sánchez Castañeda.

"(...) yo a ella la conocí en un contexto que, ella antes de ingresar a la administración era amiga del alcalde Óscar Yony Zapata y en la campaña (...) Yo nunca tuve inconvenientes con ella, ella era la secretaria general cuando yo era secretaria de gobierno (...) realmente lo que tengo para decir del desempeño laboral de ella es muy poco (...) yo era en ese momento su subalterna, yo solamente recibía instrucciones. (...) pues a mí me pareció un trato normal de jefe a empleado como fue con todos. (...) el trato del alcalde hacia sus empleados era normal de un jefe a sus empleados en ocasiones excesivamente cordial. (...) Un trato normal es reunirse con sus funcionarios dar instrucciones y ordenar que sus órdenes se cumplan. (...) reitero lo dicho, de esa parte del trato con los empleados tengo muy poco que decir, porque he estado ocupándome de mis funciones (...) yo pensaría que sí son frecuentes los cambios horizontales, y diría que son por necesidad del servicio (...) el desempeño laboral de los primeros 100 días es el desempeño de cada funcionario (...) yo recuerdo que a todos los funcionarios nos solicitaron la renuncia

protocolaria, no recuerdo en qué momento (...) como jefe de personal las instrucciones que debía impartir según la necesidad de cada despacho (...) yo con ella, en cuanto al tema de jefe de personal no tuve inconvenientes con ella, en algún momento supe que tuvieron inconvenientes con ella dos compañeras, que en su momento se lo hicieron saber al señor alcalde. (...)"

Testigo Sandra Milena Ramírez Torres.

"(...) el alcalde solicitó a todo el gabinete presentar la carta de renuncia, como protocolo con el fin de estudiar los avances que habíamos tenido en cuanto al plan de desarrollo y verificar si era pertinente algunos cambios dentro de la administración (...) la señora Dora llegó y no se sentó, sino que directamente se dirigió al alcalde delante de todos y dijo que ella no iba a presentar la carta de renuncia, que la declarara insubsistente, que él tenía toda la autonomía para ello, el alcalde le insistió que presentara la renuncia que era una medida protocolaria para proceder en cuanto al informe y ella se negó, y le dijo decláreme insubsistente, delante de todos, que quede en el acta (...) nosotras desde el mes de noviembre de 2015 empezamos a trabajar juntas y pues desde ahí empezamos a tener algunas dificultades, yo le dije de la disposición para trabajar con ella (...) no tuvimos ningún inconveniente sino hasta el día que murió mi abuelo, el 16 de febrero me llamó mi papá de la casa, porque mi abuelo estaba muy mal, y yo me dirigí a donde doña Dora a informarle y a ella no le gustó que yo estuviera pidiendo permiso y no me dio el permiso; de todas maneras mi familia me estaba llamando, yo me fui, ese día me fui para mi casa, y al día siguiente fui a la misa. Ya después de eso la relación empezó con mucha dificultad con ella, porque algunos contratistas, algunos funcionarios que estaban en mi dependencia solicitaron permiso para acompañarme a la misa y ella no les dio el permiso, y ellos muchos sacaron una horita para ir a la misa, y a causa de esa pelea, ella le solicitó al alcalde terminar el contrato a María Glislay, una de las contratistas (...) a partir de ese momento empezaron las dificultades con doña Dora (...) cuando llegué estaba doña Dora gritándole a las contratistas, a María Glislay y la verdad se estaba pasando la trató mal, yo no entendía en ese momento qué estaba pasando, ya cuando empezaron los gritos me dí cuenta que era por el tema de un ramo, y doña Dora luego me reprochó que por qué no la había defendido (...) después de eso, ella pasó una circular del cumplimiento del horario, yo la pasé a los funcionarios pero no a los contratistas, porque era de cumplimiento del horario (...) pasó por ahí media hora y llegó doña Dora insultándome (...) me agitaba la circular en la cara (...) que en la alcaldía la que mandaba era ella no el alcalde (...) me llené de angustia, me puse a llorar, y llamé al alcalde, le dije que iba a presentar la renuncia, que no iba a seguir aguantando humillaciones, lo que hizo el alcalde fue sentarnos a las dos, y dijo que única manera que él me iba aceptar la renuncia si ella también la presentaba y que nos aceptaba la renuncia a las dos, cuando eso ella también estaba de Secretaría Administrativa, tengo entendido que se presentaron también otros problemas con otras personas; la verdad no sé muy bien, el alcalde tomó la decisión de pasarla a otra dependencia, como tratando de buscar el perfil de otras personas en otras dependencias, y en ese momento ella pasó a secretaria de gobierno, y en ese momento se acabaron ya las dificultades con ellas (...) dijo que la iba a ubicar en otro lugar, en otra oficina, porque con ella el ambiente estaba complicado con ella, se había vuelto un poco pesado (...) cuando yo tuve la reunión con él, me dijo que se habían presentado varias quejitas y que por eso nos iba a ir acomodando (...) al alcalde

le dio toda la autonomía de las reuniones, la relación del alcalde siempre fue muy buena con todos (...) sobre el desempeño laboral, estábamos en una reunión y el alcalde llamó a Bety, (...) ella expresó que estaba llena de trabajo, que doña Dora no hacía nada (...) creo que por parte del control interno iban a realizar una auditoría y ella presentó una incapacidad (...) ellos eran muy buenos amigos (...) tengo conocimiento que se informaba en el gabinete por parte de secretaría administrativa de doña Dora, había temas que no se habían resuelto por su parte (...) sí el alcalde como le digo, venían con una mistad desde antes, e iniciando el periodo el alcalde en una reunión de personal dijo que doña Dora como secretaria administrativa iba a tener tenía toda la autonomía de cambiar el personal o de tomar cualquier tipo de decisiones referente al personal (...) me parece que faltaron cosas, como secretaria y secretaria administrativa, faltaron cosas y acciones (...) como le digo fueron algunas cosas no tengo acá el listado, fueron cosas que por parte en el proceso del empalme se esperaban que arrancaran durante el primer trimestre y hubo que aumentar los plazos, pero pues habría que revisar los informes para verificar qué se cumplió en el primer trimestre y que no la verdad en ese tiempo cada uno se enfocaba en su dependencia (...) con Sebastián el secretario de planeación, a él le exigía que la tenía que saludar de beso (...) el primer cambio se hizo entre secretaría administrativa y secretaría de gobierno, luego se hizo el cambio de secretario de planeación, secretario de obras, luego se hizo el cambio entre la secretaria de hacienda que era Margarita, y la secretaria administrativa (...) cuando eso la trasladó a secretaria de gobierno para mejorar el ambiente laboral (...)

Testigo: Sandra Maryori Sánchez.

“(...) cuando yo inicié a trabajar en la alcaldía mi jefe inmediata era ella (...) en el 2016, yo era la encargada de la ventanilla única (...) trabajé hasta el 14 de abril que renuncié (...) el juego de él fue ridiculizarla (...) ella era la jefe de personal (...) ella trabajó primero como secretaria administrativa y jefe de personal, después de ese cargo, fue llevada a secretaria de gobierno, pasó al cargo de secretaria de gobierno (...) el trato con el alcalde, como jefe, era muy malgeniado (...) se burlaba de la gente (...) por ahí hubo un encuentro con una empleada que se llamaba Glislady (...) para mí el alcalde con ella era demasiado déspota (...) lo que ella hacía siempre era mal (...) ella fue mi jefe, después ya se consolidó una amistad (...) él estaba aburrido con ella (...) ella presentaba los informes (...) yo me retiré porque el alcalde me decía que el cargo iba a ser de planta (...) inicialmente me dio contrato por 3 meses (...) luego yo hablé con él, a ver hasta cuando me iba tener así trabajando sin contrato, que me había prometido (...) él se exaltó me dijo que renunciara (...) la retiró argumentando que era una persona ineficiente (...) durante un tiempo fue alcaldesa encargada (...) me consta que había tres personas que se burlaban de ella (...) él le ponía problema a todo lo que ella le presentaba (...) él era muy risueño con la mayoría, con los que le convenía (...) con el grupito de él (...)”

Testigo: Luis Alfonso Bustamante Gómez

“(...) yo tuve oportunidad de trabajar con la doctora, muy juiciosa, trabajadora y estricta, a veces se pasaba de estricta (...) lo que veía uno así, eran inconvenientes personales (...) o un llamado de atención (...) una vez llegué yo allá y me estaba atendiendo la

doctora, me dijo que estaba muy triste porque la querían sacar de allá (...) todo lo que tenía que ver con la colaboración ella estaba presente (...) era una buena secretaria de Gobierno (...)”

Testigo Diana Marcela Duque

“(...) realmente yo trabajé con Dora siendo ella Secretaria General de la Alcaldía o Jefe de personal (...) el alcalde la acosaba laboralmente, y la acusaba de no cumplir con sus labores (...) le exigía que no nos podíamos meter a algunos establecimientos públicos por ser funcionarias de la Alcaldía (...) la persona que reemplazó a Dora sí hacía las visitas, pero las exigencias realmente eran para Dora (...) La verdad yo no recibí ningún mal trato de Dora, no puedo afirmar que es verdad o mentira del mal trato a esas chicas (...)”

Testigo Rubi Alba Castro de Garcés.

“(...) ella nos ha parecido una persona íntegra, juiciosa (...) me parecía que había como envidia hacia ella (...) la vi usurpando como el puesto de Dora, y con intrigas (...) yo escuchaba cuando ellas llegaban a contarle, a decirle, como a hablar mal de Dora (...) Dora era una persona muy organizada (...) yo no estaba de acuerdo porque en las reuniones ella la desautorizaba en decisiones que Dora iba a tomar como jefa de personal (...) como secretaria general fue muy buena (...) había un ambiente bonito, sano, saludable (...) a mí personalmente me parecía una funcionaria excelente (...) yo lo que vi eran las ganas de sacar a Dora para quedarse con ese puesto (...) el llegó a decirme que Dora no sabía hacer el trabajo (...) yo le decía que por qué no capacitaba a las personas que iban a ocupar esos puestos (...) no me doy mucho por enterada de eso, porque yo también me fui retirando (...) efectivamente eso sucedió, pero de eso estaba encargada otra joven, eso de la contratación no se pudo hacer en tiempo (...) hubo un descontrol en todo lo que había en secretaría de gobierno (...) la Secretaria de Educación y yo fuimos compañeras de universidad, y siempre tuvimos problemas, ella tiene problemas de disociación (...) yo ya no aguantaba más (...) estando incapacitada me di cuenta de muchas cosas (...) tengo certificados médicos y del psiquiatra (...) me tocó abandonar el pueblo (...)”

Testigo Luz Idalba Duque de Gómez

“(...) fui alcaldesa del municipio de Aguadas 1992 a 1994, y nuevamente elegida del 2012 al 2015 (...) ella me pidió que diera mi concepto respecto de su cumplimiento (...) tengo para decir que era buena funcionaria y se desempeñaba a entera satisfacción (...) conozco a Dora Inés desde su niñez, y posteriormente fui su profesora en la Normal, y luego en la alcaldía se desempeñó como auxiliar (...) hay unos cambios en el manual de funciones, en el mes de enero de 2016, información que recibí de los que fueron declarados insubsistentes de los que venían desde mi administración (...) yo había dejado algunas observaciones en planes de mejoramiento (...) lo comentaban los compañeros de trabajo, porque ella como que exigía, lo comentaban los compañeros, pero a mí no me tocó verlo, porque yo ya no era alcaldesa (...) la mamá que es vecina, sí comentó que estaba estresada (...) pero yo con ella no hablé (...) no me consta, lo que si es que Cristina está en carrera administrativa, y lleva más de 20 años trabajando en el municipio, pero puntual de ella con Dora Inés no me consta (...) me consta,

porque tuve la información que ella se movía de un cargo a otro, porque les exigía a otros el cumplimiento del deber (...) pero directamente a mí no me consta, yo puedo hablar de ella en la época en que me acompañó (...) conozco que ese interactuar del alcalde con los secretarios de Despacho era traumático, pero hechos puntuales no (...)”

3.3. Interrogatorio de parte.

Interrogatorio de la demandante Dora Inés Gómez Franco

“(…) En el tiempo que me desempeñé como secretaria administrativa no tuve inducción (...) en el primero consejo de gobierno que fue el 7 de diciembre de 2015, el señor alcalde hizo una precisión con todos los secretarios de despachos, asesores (...) él hablaba de que yo iba a ser la jefe de personal que iba a tener todo su respaldo, y que a él no podían allegarle quejas ni comentarios allegados conmigo porque yo iba a tener todo, todo su apoyo, y que él no iba a permitir que la alcaldía municipal se fuera a convertir en la “vecindad del chavo del ocho”, a partir de ese momento, creo que eso levantó mucho malestar (...) a partir de ese momento hicieron cantidad de cosas en mi contra (...) empezaron a mal influenciarlo, eso impidió que yo ejerciera muchas funciones de mi cargo (...) poco cumplía funciones de control interno disciplinario (...) el tiempo y las funciones que allí había que cumplir eran excesivas (...) muchas de las funciones que yo cumplía allí, me tocó sola y me tocó tratar de ubicarme de la mejor manera, porque yo alcancé a estar allí veinte días, porque los últimos tres días fue la licencia que estuve, en una incapacidad, y tres días de entrega (...) yo llegué, no estaba preparada para ese cargo (...) yo se lo hice cuando él hizo el traslado, que no estaba preparada para ese cargo (...)”

2.1. Lo que se encuentra probado.

De las pruebas que se relacionaron en el numeral anterior se puede concluir lo siguiente:

- La señora Dora Inés Gómez Franco fue nombrada el 1° de enero de 2016 en el cargo de Secretaria de Despacho de la alcaldía municipal de la Dorada, Caldas.
- Fue encargada de las funciones de alcaldesa durante el 2, 3, 4, y 5 de febrero de 2016.
- Se trasladó el día 1° de abril de 2016 a la Secretaría de Gobierno.
- Hay prueba de 6 oficios relacionados con quejas o situaciones que daban cuenta de dificultades con la señora Dora Inés Gómez Franco.
- En la evaluación de desempeño de los Secretarios de Despacho, llevada a cabo el día 21 de abril de 2016, quedaron plasmadas varias inconformidades respecto de las relaciones personales y el manejo que daba la señora Dora Inés Gómez Franco en su calidad de Secretaria,

tanto de Despacho como de Gobierno, haciéndose evidente las dificultades en el manejo de personal, los conflictos generados con diversos secretarios y contratistas de la alcaldía; sugiriéndose por parte del asesor jurídico al alcalde, solicitar a todo su equipo renuncias protocolarias con el fin de reestructurar sus dependencias y realizar compromisos de desempeño.

- El día 23 de abril el alcalde municipal efectivamente solicitó a todo su equipo presentar renuncias protocolarias con el fin de evaluar a los funcionarios, y de su entorno, y desarrollar auditorías para garantizar la buena marcha de las Secretarías, e implementar las medidas correctivas.
- La Señora Dora Inés Gómez Franco, respondió públicamente que la declararan insubsistente, porque no presentaría renuncia.
- Mediante el Decreto número 045 de 23 de abril de 2016 se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Dora Inés Gómez Franco en el cargo de secretaria de Gobierno, código 020, nivel directivo, grado 02, y en sus consideraciones se hizo alusión a las dificultades con algunos funcionarios de la alcaldía; a quejas sobre el incumplimiento de sus deberes, debiendo asumirlos en parte otra persona.
- También se dice en la declaratoria de insubsistencia que por la naturaleza del cargo de libre nombramiento y remoción no tiene fuero de estabilidad; y que, la insubsistencia se da en ese caso por razones de confianza, por ineficiencia e ineficacia administrativa.

De la prueba testimonial se desprende lo siguiente:

- La mayoría de las dificultades de la señora Dora Inés Franco, eran de índole personal con diversas personas de la alcaldía municipal.
- Los testigos son coincidentes en afirmar que el trato entre el alcalde y sus empleados era bueno y cordial; solo una testigo dijo lo contrario, que era “malgeniado” y que reprochaba a la demandante las cosas que hacía.
- Dicen los testigos que la señora Dora Inés Gómez Franco y el alcalde municipal se conocían con anterioridad al ejercicio de su cargo en la alcaldía, que eran amigos.
- En el interrogatorio de parte la señora Dora Inés dice que el alcalde le había ofrecido su respaldo total, que le dio autoridad públicamente, y que luego empezaron dificultades con sus compañeras y comentarios de indisposición; al final dice que no se encontraba preparada para

asumir las funciones del traslado al cargo de Secretaria de Gobierno.

4. ¿Se encuentra demostrado que el acto demandado fue falsamente motivado?

El centro de la discusión en el presente asunto es, si las consideraciones expuestas en el Decreto número 46 mediante el cual se declaró insubsistente a la señora Dora Inés Gómez Franco fueron verdaderas o falsas; para lo cual es necesario citar los apartes más relevantes de la motivación del mismo, y lo que se encuentra probado respecto de éstos.

- Hace referencia al traslado horizontal, en el cual la señora Dora Inés Gómez Franco pasó a cumplir funciones de Secretaria de Gobierno para mejorar la eficiencia administrativa; situación que no se encuentra en discusión, pues consta ello en el Decreto 039 de 1° de abril de 2016 mediante el cual se efectúa el traslado, expresamente *“con el fin de mejorar la eficiencia administrativa”*.
- Se consigna en el acto demandado que *“con base en evaluaciones hechas con la Secretaría Administrativa y Jefe de Personal entre el 22 y 23 de Abril se evidenció la importancia de mejorar en los procesos del gobierno y la administración, con base en el cumplimiento de los 100 días de gobierno, teniendo como base los informes de gestión presentados y elaborados por los Secretarios de Despacho”*; y que *“para introducir correctivos en la marcha del Gobierno y la Administración el Alcalde Municipal, convocó un Consejo de Gobierno el 23 de Abril en el que solicitó como director del Gobierno y la Administración carta de renuncia protocolaria a todos los secretarios de Despacho. Para que cada Secretario pudiera cumplir con esta directriz el Alcalde concedió un tiempo para la redacción de la carta de renuncia protocolaria a todos los jefes de despacho”*, lo cual encuentra sustento en el acta de reunión de 21 de abril de 2016, correspondiente a la evaluación de desempeño de las Secretarías de Despacho.
- Se dice en las consideraciones que *“con base en diversas*

manifestaciones escritas hechas por contratistas, por la directora de control interno el Alcalde Municipal constató ineficiencia, ineficacia administrativa en procesos de contratación de personal, organización interna de los despachos, en todos los secretarios.”, situación que se encuentra demostrada con los 6 oficios que se citan en acápite de pruebas, en los que se exponen dificultades con diversas personas, tanto de índole personal, laboral, así como en temas de contratación. Lo cual a la vez se desprende de los testimonios rendidos en este asunto, antes transcritos.

- *Se lee en el acto que “durante el intervalo de tiempo concedido DORA INES GÓMEZ FRANCO, Ingresó al Despacho del Alcalde, en presencia de los secretarios del despacho manifestó que ella no iba a presentar la carta protocolaria de renuncia, que reconocía en el Alcalde Municipal la potestad que el Alcalde tiene para declarar a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción insubsistentes en el momento en que lo considere conveniente. En presencia de todos los Secretarios de Despacho DORA INES GOMEZ FRANCO le solicitó al Alcalde que la declarara insubsistente.”, lo cual también se encuentra demostrado, por estar expresa dicha situación en el acta del 23 de abril de 2016 que reposa entre folios 63 y 64 del cuaderno 2.*

- *Se plasma en la consideración que “unida a la solicitud expresa de DORA INES GÓMEZ FRANCO de que la declararan insubsistente, la servidora pública SANDRA MILENA RAMÍREZ TORRES presentó queja sobre agresión verbal por parte de DORA INES GÓMEZ FRANCO, la contratista MARIA GUISLAY ARIAS GIRALDO, presentó queja de agresión verbal por parte de la (SIC) DORA INÉS GÓMEZ FRANCO”, todo lo cual se encuentra acreditado dentro proceso, tal como consta en el folio 55 del C. 2.*

- *Menciona el acto que, “la contratista BEATRIZ HELENA MEJIA GARCÉS, mediante la comunicación con el número de radicado 1939 del 22 de Abril de 2016 presentó carta de renuncia al contrato de prestación de servicios número 1420-10-3-179 de*

2016. En el mencionado oficio BEATRIZ HELENA MEJIA GARCÉS Indica que "en su objeto contractual es muy diferente al que debo desarrollar en la práctica diaria, ya que en este se dice que soy apoyo a la gestión de esa dependencia, cosa que se aleja de la realidad material, en el presente contrato debo realizar infinidad de labores tales como realizar conciliaciones, querellas, inspecciones judiciales, archivo citaciones, entre otras, situaciones estas que no se presentaron en la ejecución del contrato de prestación de servicios número 1420-10-3-61 de 2016, siendo supervisora la profesional MONICA PATRICIA SANCHEZ CASTAÑEDA. Al ser indagada directamente por el Alcalde Municipal, sobre este oficio BEATRIZ HELENA MEJIA CORTES, en presencia de todos los secretarios manifestó que su renuncia tenía como motivación esencial el exceso de trabajo tenido entre el 1 y el 30 de Abril, por la ineficiencia e ineficacia de la Secretaría de Gobierno DORA INES GÓMEZ FRANCO"; esta consideración es cierta, en la medida que a folio 61 del cuaderno 2, obra efectivamente la carta de renuncia de la señora Beatriz Helena Mejía Garcés, en la cual se dice exactamente lo que allí se incluye entre comillas.

Ahora, respecto de la segunda afirmación, relacionada con la ineficiencia e ineficacia de la señora Dora Inés Gómez Franco y por ello tener una mayor carga en el cumplimiento de sus funciones, esa situación fue expuesta por la mencionada señora, cuando rindió su testimonio en el presente asunto, pudiéndose demostrar como cierta la motivación allí contenida.

- Finalmente, en el acto acusado se dice que la declaratoria de insubsistencia "obedece a razones de confianza (propias de los cargos de libre nombramiento y remoción), a la ineficiencia e ineficacia administrativa, y a una situación de pleno derecho, conforme a lo expuesto", respecto de esta afirmación, hay pruebas dentro del presente asunto que dan cuenta de las dificultades en la comunicación que tenía la señora Dora Inés Gómez Franco con sus compañeros de trabajo, las cuales se dieron desde el mes de febrero, esto es, cuando apenas llevaba

poco más de un mes de estar debidamente nombrada y posesionada.

- También se encuentra probado que el traslado horizontal que se le realizó, fue para el mejoramiento de la eficiencia administrativa, pues así se consigna en dicho acto.
- De igual manera, se demostró en el presente asunto que, las dificultades en las relaciones personales con otros secretarios de Despacho y contratistas afectaban el buen ambiente de trabajo, y a la vez dificultaba la coordinación de un trabajo mancomunado, y entorpecía las labores propias de su cargo.
- La mayoría de los testimonios dan cuenta que la señora Dora Inés Gómez Franco, no sólo tenía reiteradas dificultades con sus compañeros de Despacho, sino que, no hay claridad sobre el desarrollo de sus funciones; máxime cuando ella misma en el interrogatorio de parte acepta no estar preparada para desempeñarse como Secretaría de Gobierno.

Por su parte el Consejo de Estado¹ el reciente pronunciamiento se refirió a las circunstancias que deben presentarse para que se configure una falsa motivación de los actos administrativos:

“(...) Según la jurisprudencia de esta Corporación, para que se configure la falsa motivación de los actos administrativos «[...] es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente»².(...)” (Subraya la Sala).

Sumado a las razones expuestas, y teniendo en cuenta las circunstancias referidas en la jurisprudencia en mención, en el presente asunto, los hechos que la administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión sí se encuentran debidamente probados; y contrario a ello, no se encuentra demostrado que la administración

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección b. Sentencia de 25 de noviembre de 2021. C.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Rad. 08001-23-33-000-2017-01002-01(5009-19)

² Sección cuarta, sentencia de 26 de julio de 2017, expediente 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326), C. P. Milton Chaves García.

omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente. Razones suficientes para no encontrar por esta Sala acreditada una falsa motivación del Decreto 45 del 23 de abril de 2016, mediante el cual se declaró insubsistente a la señora Dora Inés Gómez Franco.

5. ¿Se acreditó en este asunto el acoso laboral y abuso de poder por parte del señor alcalde municipal respecto de la ahora demandante?

En el recurso de apelación se resalta el acoso laboral y abuso de poder, que a juicio de la recurrente padecía la demandante, basando el recurso en afirmaciones, sin citar ninguna prueba concreta relacionada con dicha situación, más allá de enunciar que, la prueba testimonial recaudada de los hechos abusivos en que incurrió el señor alcalde respecto de la señora Dora Inés Gómez Franco.

Una vez estudiadas las pruebas documentales, testimoniales y el interrogatorio de parte surtidos dentro del presente asunto, esta Sala no encontró probada ninguna situación de abuso de autoridad, hechos de hostigamiento o maltrato hacia la demandante por parte del alcalde municipal; y, contrario a ello se demostró que:

- El alcalde confiaba en la señora Dora Inés Gómez Franco, pues tenía con ella una amistad previa a su nombramiento, siendo ésta una afirmación coincidente en los testimonios recaudados.
- El encargo efectuado el día 1° de febrero de 2016 para ejercer las funciones del alcalde municipal durante 4 días en su ausencia, da cuenta de la confianza que el alcalde municipal tenía en ella.
- La mayoría de los testigos son coincidentes en afirmar que el trato del señor alcalde a sus empleados, y hacia la ahora demandante era bueno, cordial y amable, que no se evidenció un trato diferenciado de maltrato o acoso.
- La misma demandante en su interrogatorio de parte, expresa que el alcalde confiaba en ella, que públicamente la respaldaba, que decía que era la jefa de personal y tenía todo su respaldo; que no permitiría

comentarios de ella por tener su completo apoyo. Afirmaciones éstas que resultan a todas luces contrarias a un acoso laboral, al maltrato, discriminación, presión indebida o fórmulas de desautorización o reproches públicos con en la demanda y recurso se dicen.

Ahora bien, el Consejo de Estado³ ha considerado en reciente jurisprudencia sobre la desviación de poder lo siguiente:

*“(...) 57. La causal **de desviación de poder** ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse⁴.*

58. La demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar⁵.

59. Cabe resaltar, que el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, por disposición expresa del inciso segundo del artículo 2.º de la Ley 1437 de 2011, no se encuentra sometido a las normas de la primera parte del código, relativas a los procedimientos administrativos.

60. Entre otras cosas, ello supone, como se enunció, que el acto administrativo mediante el cual se ejerza no está en la necesidad de tener una motivación expresa, entendiéndose que su ejercicio, cuando se dispone la remoción de un funcionario, está amparado por una presunción teleológica en virtud de la cual se considera que la declaratoria de insubsistencia del funcionario respectivo obedece a motivos de mejoramiento del servicio.

61. Del análisis anterior, la Sala concluye que en este caso la definición de la existencia de un vicio de poder se desprende por llegar a la convicción de la voluntariedad o intencionalidad de la administración en la expedición del acto administrativo apartándose de los fines constitucional o legalmente previstos, cuestión que, por el hecho de revestir un alto nivel de complejidad en el mayor de los casos, no exime, ni alivia la carga que tiene el interesado consistente en acreditar suficientemente su configuración. Sobre el particular,

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "a". Sentencia del 11 de noviembre de 2021. CP. Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Rad. 25000-23-42-000-2016-03454-01(4673-18).

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009), Actor: Silvio Elías Murillo Moreno.

⁵ *Ibidem*.

esta corporación ha sostenido que «[...] demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. [...]»⁶. (...)” (Subraya la Sala).

De acuerdo con la sentencia en mención, en este caso no se encontró demostrada una intención particular, personal o arbitraria del alcalde municipal de Aguadas, Caldas, con la cual buscara un fin opuesto a las normas que debía someterse.

Tampoco se encuentra probado que el alcalde municipal, como autoridad nominadora, actuara con fines personales, a favor de terceros, o influenciado por causas contrarias al cumplimiento efectivo de los deberes públicos; y contrario a ello, sí se encuentra con suficiencia demostrado que, al mes de la posesión de la señora Dora Inés Gómez Franco, se empezaron a presentar situaciones de conflictos y quejas con relación a la comunicación, malos tratos y dificultades en las Secretarías de Despacho y contratistas; de manera que no en este caso no se advierte ni el abuso de autoridad ni el acoso laboral ni la desviación de poder.

Finalmente, no puede esta Sala pasar por alto el tema de la motivación en los actos de insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción; para lo cual basta con la siguiente cita jurisprudencial del Consejo de Estado⁷:

“(...) Ahora bien, la vinculación del personal que ocupe empleos de libre nombramiento y remoción se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger a quien tenga las condiciones de idoneidad para ejercerlos, y el retiro a su vez debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general, sin que ello signifique que el acto mediante el cual se declara la insubsistencia de la designación deba contener una motivación expresa.

Asimismo, esta Colegiatura ha dicho que el desempeño de un cargo de libre nombramiento y remoción no confiere fuero de inamovilidad o prerrogativa de permanencia alguna al empleado que lo ocupa⁸, por tanto, el nominador en ejercicio de la facultad discrecional que la ley le otorga, podrá removerlo libre y prudencialmente, bajo la presunción

⁶ Sentencia del 23 de febrero de 2011; Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; expediente. 170012331000200301412 02(0734-10).

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección b. Sentencia de 28 de octubre de 2021. CP. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Rad. 25000-23-42-000-2015-03311-01(3373-19)

⁸ Entre otras, ver sentencia de 23 de febrero de 2006, sección segunda, subsección A, expediente 25000-23-25-000-2002-01649-01 (7195-05), C. P. Jaime Moreno García.

legal de que se expide en aras de un mejor servicio público en el ente estatal que regenta:

La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como el demandante, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado. No obstante lo anterior, por ser presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a informarla. Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y “opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o convivencia”⁹.

Por lo anterior, frente a los empleados de libre nombramiento y remoción, el nominador goza de facultad discrecional para disponer su vinculación y retiro, potestad que se presume ejercida con el fin de lograr el mejoramiento del servicio oficial. (...)” (Subraya la Sala).

Esta Sala entonces, adiciona a las consideraciones realizadas, que la declaratoria de insubsistencia que se demanda en este caso, correspondiente a un empleado de libre nombramiento y remoción, como lo era el caso de la señora Dora Inés Gómez Franco, siendo dicha declaratoria, una facultad que ejerce el nominador por la facultad discrecional conferida por la constitución y la ley, así como ocurrió para la vinculación de la misma; de manera que, el acto mediante el cual se declara la insubsistencia no tiene que ser expresamente motivado, pues se presume que el retiro es con el fin del mejoramiento del servicio, debiendo existir sí, unas razones precedentes objetivas y justificadas del interés general; que no tienen que quedar plasmadas en el acto.

De lo expuesto se colige que, en el presente asunto la demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado, y tampoco se encuentra que hubiera sido falsamente motivado; o proferido con abuso de autoridad, ni otras situaciones contrarias a derecho que den lugar a la declaratoria de nulidad de dicho acto; motivos por los cuales se confirmará la sentencia proferida en primera instancia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demandante, tal como se dirá en la parte considerativa de esta sentencia.

7. Del reconocimiento de personería y renuncia de poder.

⁹ Sentencia de 23 de febrero de 2011, sección segunda, subsección B, expediente 17001-23-31-000-2003-01412-02 (734-2010), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

A folio 16 del cuaderno 5 obra memorial de sustitución de poder conferido por el abogado José David Gómez Martínez a la abogada Bibiana Valencia Marín, identificada con cédula de ciudadanía número 24.646.224 y portadora de la tarjeta profesional número 225.604 del CS de la J, el cual por reunir los requisitos legales, resulta procedente el reconocimiento de dicha personería, tal como se dirá en la parte resolutive.

A la vez, a folio 18 del C. 5, se allega la renuncia de poder de la abogada antes mencionada, con ocasión a la terminación del contrato de prestación de servicios con el municipio de Aguadas, Caldas, y aporta con éste el envío de la renuncia de los poderes a su cargo, al correo de la alcaldía municipal. Razón por la cual se aceptará la renuncia del poder presentada.

8. Costas

En este caso se condenará en costas a cargo de la parte demandante, en atención a que la demandada se vio en la necesidad de asumir el pago de un abogado para la defensa de sus intereses, e intervino en la segunda instancia presentando escrito de alegatos de conclusión.

Así las cosas, y conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A., se condenará en costas a la parte demandante, las agencias en derecho se tasan en un valor de **un salario mínimo mensual legal vigente**, a favor del demandado Municipio de Aguadas en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 5° del Acuerdo PSAA 10554 de agosto 5 de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, vigente para el momento de presentación de la demanda.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

III. Falla:

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019), dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Dora Inés Gómez Franco, contra el municipio de Aguadas, Caldas, mediante la cual negó las pretensiones de la demandante.

Segundo: Reconocer personería para actuar como apoderada judicial del demandado municipio de Aguadas a la abogada Bibiana Valencia Marín, identificada con cédula de ciudadanía número 24.646.224 y portadora de la tarjeta profesional número 225.604 del CS de la J, en los términos del poder a ella conferidos; y a la vez, aceptar la renuncia de poder presentada por la mencionada abogada.

Tercero: Condenar en costas a cargo de la parte demandante cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de un salario mínimo mensual legal vigente, por lo expuesto.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase,

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SECRETARÍA

Manizales, dieciocho (18) de abril de dos mil veintidós (2022)

Informando al señor Conjuez **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** que el proceso identificado en la referencia, fue allegado procedente del H. Consejo de Estado, con decisión que resolvió la apelación de la sentencia de 1º instancia, proferida por la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas el 17 de octubre de 2018.

CARLOS ANDRES DIEZ VARGAS
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-SALA DE CONJUCES-

Manizales, veintidós (22) abril de dos mil veintidós (2022).

A.S. 022

Radicación: 17001-23-33-000-2016-00049-02

De conformidad con la providencia de 5 de octubre de 2021, emitida por el H. Consejo de Estado que resolvió el recurso de alzada que contra la decisión primaria impetró la demandada **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, Estese a lo resuelto por el Consejo de Estado en Sentencia de 5 de octubre de 2021 (fl. 253-262 C.1) que modificó la sentencia primaria 016 de 17 de octubre de 2018 y en consecuencia ordénese el archivo del expediente.

Notifíquese y Cúmplase

TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Conjuez

<p>REPUBLICA DE COLOMBIA</p> <p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico nº. 069 de 25 de abril de 2022.</p> <p>CARLOS ANDRES DIEZ VARGAS Secretario</p>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Decisión de Recurso de Reposición**

Manizales, veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

Acción:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Lesividad.
Demandante:	Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP
Demandado:	Ancizar Ramírez Toro
Radicación:	170012333-000-2016-00805-00
Acto judicial:	Auto interlocutorio 80

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

Asunto

Procede el despacho a resolver el recurso de reposición presentado por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP, en contra del auto del 15 de diciembre de 2020 por medio del cual se negó la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados.

Antecedentes

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP por intermedio de apoderado presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en la modalidad de lesividad en contra del señor Ancizar Ramírez Toro, para obtener la nulidad de las Resoluciones N° 40831 del 29 de noviembre de 2005 y 33890 del 17 de julio de 2006, que ordenaron la reliquidación de la pensión de vejez del demandado con el 75% de la asignación más elevada durante el último año de servicios más un 6% de acuerdo con el Decreto 1835 de 1994.

Auto recurrido

Mediante auto del 15 de diciembre de 2020 el despacho en este litigio decretó negar la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados, así:

“PRIMERO: NEGAR la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP en contra del señor ANCIZAR RAMÍREZ TORO.

SEGUNDO: Ejecutoriado la presente providencia continúese con el trámite de la instancia.”

Del recurso de reposición de la UGPP

Inconforme con la decisión, La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP interpuso recurso de reposición, con fundamento en los siguientes argumentos:

- I.** Indicó que el objetivo de las medidas cautelares en el marco de la Ley 1437 de 2011, está orientado a salvaguardar los derechos subjetivos que se discuten en el proceso y la eficacia de la administración de justicia, los cuales podrían verse menguados por la tardanza en la resolución de fondo del litigio.
- II.** Respecto a la suspensión provisional, señaló que resulta procedente acceder a la solicitud de medida cautelar de los actos administrativos acusados, por medio de los cuales se ordenó de manera desbordada e ilegal, la reliquidación pensión del interesado; dejándose en firme la Resolución 15234 del 27 de mayo de 2005, que reconoció la prestación económica en cuantía de \$5.877.690,13 liquidando la misma con el 75% del promedio de lo devengado en 10 años efectiva partir del 1 de Agosto de 2004; en tanto se define la situación jurídica de fondo.
- III.** Resaltó que en el caso bajo estudio resulta de obligatorio cumplimiento lo establecido en el artículo 10 de la ley 1437 de 2011.

Consideraciones

El artículo 242 del CPACA precisa que “... Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica...”

1. *El que rechace la demanda.*
2. *El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.*
3. *El que ponga fin al proceso.*
4. *El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.*
5. *El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.*
6. *El que decreta las nulidades procesales.*
7. *El que niega la intervención de terceros.*
8. *El que prescinda de la audiencia de pruebas.*

9. *El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente (...)*

Conforme a lo anterior, como quiera que se está controvirtiendo el auto que negó la medida cautelar solicitada por la parte actora, resulta procedente es el recurso de reposición.

Dicho recurso debe interponerse dentro de los tres días siguientes al de la notificación del auto. (art. 318 CGP).

La medida cautelar de suspensión provisional dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Los artículos 229 a 241 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regularon las medidas cautelares que se pueden decretar en los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las cuales tienen la finalidad de «proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia»¹. Igualmente, las mencionadas disposiciones normativas establecieron que la solicitud de la medida debe estar debidamente sustentada.

Por su parte, el artículo 230 *ibídem* precisó que las medidas cautelares pueden ser de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión y deben relacionarse directa y necesariamente con las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, dentro del catálogo de medidas se incluyó la suspensión provisional de los actos administrativos, que se encamina a conjurar temporalmente sus efectos y, en lo que concierne al medio de control de simple nulidad, puede decretarse por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en el escrito que contenga la solicitud de la medida, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Por su parte, esta el Consejo de Estado ha aclarado que al tenor de lo dispuesto en el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) la medida precautoria solo procedía cuando existiera una «manifiesta infracción»² de las normas superiores por parte de la disposición enjuiciada, mientras que bajo el marco regulatorio del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,³ no se exige que esta sea evidente, ostensible,

¹ Artículo 229 del CPACA.

² «Artículo 152. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor».

³ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

notoria, palmaria, a simple vista o «*prima facie*»⁴. En tal sentido, se ha concluido⁵:

Así mismo el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa ha señalado⁶ que el CPACA «amplió el campo de análisis que debe adelantar el juez competente y el estudio de los argumentos y fundamentos que se deriven de la aplicación normativa o cargos formulados contra el acto administrativo demandado que podrán servir de apoyo a la decisión de suspensión provisional, dando efectivamente prelación al fondo sobre la forma o sobre aspectos eminentemente subjetivos», lo cual, implica el estudio de la vulneración respecto de las normas superiores invocadas junto la interpretación y aplicación desarrollada jurisprudencialmente en sentencias proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción.

En este orden de ideas, el juez de lo contencioso administrativo, previo análisis del contenido del acto acusado, de las normas invocadas como vulneradas y de los elementos probatorios allegados con la solicitud de medida cautelar, está facultado para determinar si la decisión enjuiciada vulnera el ordenamiento jurídico y, en caso afirmativo, suspender el acto para que no produzca efectos.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que lo anteriormente descrito corresponde a un estudio o análisis preliminar que versa sobre los planteamientos y pruebas que fundamenten la solicitud de la medida, es decir, se trata de una percepción previa y sumaria que, por regla general, se adopta en una etapa inicial del proceso. Entonces, la decisión sobre la medida comporta un primer acercamiento al debate, en el que se realizan interpretaciones normativas y valoraciones, pero sin que ello afecte o comprometa el contenido de la sentencia que debe poner fin a la cuestión litigiosa. En efecto, el artículo 229 del CPACA dispone que la decisión sobre la medida cautelar «no implica prejuzgamiento».

Los argumentos hasta aquí expuestos también se predicen de la suspensión provisional dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; sin embargo, en la medida en que la pretensión se oriente «al restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá **probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos**» (se resalta).⁷

Sobre este aspecto conviene indicar que al fallador de la medida precautoria se le dio un amplio margen para valorar los elementos de juicio allegados por las partes

⁴ Ver entre otras las providencias del: (1) 24 de enero de 2014, expedido por el Consejero Mauricio Fajardo en el Expediente No. 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); (2) 29 de enero de 2014 proferido por el Consejero Jorge Octavio Ramírez, emitido en el Expediente No. 11001-03-27-000-2013-00014- (20066); (3) de 30 de abril de 2014, proferido por el Consejero Carlos Alberto Zambrano, en el Expediente 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); (4) de 21 de mayo de 2014, emitido por la Consejera Carmen Teresa Ortiz en el Expediente No. 11001-03-24-000-2013-0534-00 (20946); (5) de 28 de agosto de 2014, proferido dentro del Expediente 11001-03-27-000-2014-0003-00 (20731), con ponencia del Consejero Jorge Octavio Ramírez; y (6) 17 de marzo de 2015, emitido en el expediente 11001-03-15-000-2014-03799-00, consejera de estado Sandra Lisset Ibarra. Todas ellas citadas en el auto del 18 de agosto de 2017, Radicación número: 11001-03-25-000-2016-01031-00(4659-16), magistrada ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez, auto de 25 de enero de 2018, Radicación: 11001-03-25-000-2017-00433-00 (2079-2017).

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia de 17 de marzo de 2015, Consejero Ponente Hernán Andrade, número interno 51754.

⁷ Artículo 231 del CPACA.

para definir la procedencia de la suspensión provisional, pero siempre bajo un marco mínimo probatorio, es decir, que al menos debe existir prueba sumaria de los perjuicios alegados por el demandante. En tal sentido, el Consejo de Estado ha expuesto⁸:

Sobre el perjuicio y su demostración sumaria, esta Corporación ha reiterado⁹ que “la prueba sumaria es un mecanismo demostrativo no sometido a controversia”¹⁰ sin que puedan aceptarse hechos evidentes porque ello “no puede suplir la exigencia legal, la que no quiere dejar el extremo a la calificación subjetiva del juzgador y/o a la simple afirmación de la demanda”¹¹.

Caso concreto

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP señaló, en el *sub examine*, la nueva normatividad que rige sobre medidas cautelares, la figura de la suspensión provisional se ha flexibilizado, esto es, ya no resulta menester comprobar la existencia de una infracción manifiesta de la ley.

Con relación a este punto, la norma en cita establece:

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares.
Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, consejera ponente: Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto (E), providencia de 26 de julio de 2017, Radicación: 11001-03-27-000-2015-00004-00(21605), Actor: Consorcio Aseo Capital S.A.

⁹ Providencia del 3 de octubre de 2007, expediente 16738, C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa.

¹⁰ Autos de Sala Unitaria, Sección Primera, de 2 de agosto de 1990, Exp. 00869, C.P. Dr. Libardo Rodríguez y de 11 de abril de 1996, Exp. 3693, C. P. Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

¹¹ Auto de 4 de marzo de 1994, Expediente 8470, C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Sección Tercera.

- a) *Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable,*
o
b) *Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.*

De la norma transcrita se infiere que en los eventos en los que se pretende la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, los requisitos a analizar para su procedencia son (i) la confrontación del acto enjuiciado con las normas superiores invocadas como violadas; y (ii) la demostración o la prueba sumaria de la existencia de un perjuicio causado con su expedición

Por lo anterior se itera que es necesario examinar en detalle las pruebas relativas al mismo, a fin de determinar si el demandado se encuentra bajo el régimen transitorio y el efecto de las posiciones jurídicas vigentes sobre el régimen transitorio.

En el *sub examine*, no se cumplen los requisitos necesarios para decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones N° 40831 del 29 de noviembre de 2005 y 33890 del 17 de julio de 2006, deprecada por la entidad demandante.

Por lo anterior, no se repondrá el auto del 15 de diciembre de 2020 por medio del cual se negó la medida cautelar de suspensión provisional de las Resoluciones N° 40831 del 29 de noviembre de 2005 y 33890 del 17 de julio de 2006, que ordenaron la reliquidación de la pensión de vejez del demandado.

En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado,

RESUELVE

PRIMERO: NO REPONER el auto proferido el 15 de diciembre de 2020, por medio del cual se niega la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

SEGUNDO: Ejecutoriado el proveído continúese con trámite de la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Decisión de Recurso de Reposición**

Manizales, veintidós(22) de abril de dos mil veintidós (2022).

Acción:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Lesividad.
Demandante:	Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
Demandado:	Leticia Gómez Gómez
Radicación:	170012333-000-2017-00656-00
Acto judicial:	Auto interlocutorio 81

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

Asunto

Procede el despacho a resolver el recurso de reposición presentado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en contra del auto del 15 de noviembre de 2019 por medio del cual se negó la medida cautelar de suspensión provisional del acto demandado.

Antecedentes

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones por intermedio de apoderado presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en la modalidad de lesividad en contra de la señora Leticia Gómez Gómez, para obtener la nulidad de la Resolución N° 48644 del 22 de octubre de 2009, que reconoció una pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990 en cuantía de \$ 695.276 efectiva a partir del 06 de febrero de 2009.

Auto recurrido

Mediante auto del 15 de noviembre de 2019 el despacho en este litigio decretó negar la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados, así:

“PRIMERO: NEGAR la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados dentro del medio de control de NULIDAD Y

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por COLPENSIONES en contra de la señora LETICIA GÓMEZ GÓMEZ.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia continúese con el trámite de la instancia.”

Del recurso de reposición de Colpensiones

Inconforme con la decisión, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones interpuso recurso de reposición, con fundamento en los siguientes argumentos:

- I.** Indicó que no comparte el argumento relativo a la falta de pruebas para acceder a la suspensión provisional. Adicionó que no se puede restar valor probatorio al análisis que determinó los errores en el cargue de la historia laboral reportada de la señora Leticia Gómez Gómez.
- II.** Respecto a la suspensión provisional, señaló que la liquidación correcta se logró acreditar en debida forma en el proceso.
- III.** Resaltó que, el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, podrá el Despacho modular los efectos de la solicitud de medida cautelar.

Consideraciones

El artículo 242 del CPACA precisa que “... Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica...”

- 1. El que rechace la demanda.*
- 2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.*
- 3. El que ponga fin al proceso.*
- 4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.*
- 5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.*
- 6. El que decreta las nulidades procesales.*
- 7. El que niega la intervención de terceros.*
- 8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.*
- 9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente (...)*

Conforme a lo anterior, como quiera que se está controvirtiendo el auto que negó la medida cautelar solicitada por la parte actora, resulta procedente es el recurso de reposición.

Dicho recurso debe interponerse dentro de los tres días siguientes al de la notificación del auto. (art. 318 CGP).

La medida cautelar de suspensión provisional dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Los artículos 229 a 241 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regularon las medidas cautelares que se pueden decretar en los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las cuales tienen la finalidad de «proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia»¹. Igualmente, las mencionadas disposiciones normativas establecieron que la solicitud de la medida debe estar debidamente sustentada.

Por su parte, el artículo 230 *ibídem* precisó que las medidas cautelares pueden ser de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión y deben relacionarse directa y necesariamente con las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, dentro del catálogo de medidas se incluyó la suspensión provisional de los actos administrativos, que se encamina a conjurar temporalmente sus efectos y, en lo que concierne al medio de control de simple nulidad, puede decretarse por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en el escrito que contenga la solicitud de la medida, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Por su parte, esta el Consejo de Estado ha aclarado que al tenor de lo dispuesto en el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) la medida precautoria solo procedía cuando existiera una «manifiesta infracción»² de las normas superiores por parte de la disposición enjuiciada, mientras que bajo el marco regulatorio del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,³ no se exige que esta sea evidente, ostensible,

¹ Artículo 229 del CPACA.

² «Artículo 152. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor».

³ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

notoria, palmaria, a simple vista o «*prima facie*»⁴. En tal sentido, se ha concluido⁵:

Así mismo el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa ha señalado⁶ que el CPACA «amplió el campo de análisis que debe adelantar el juez competente y el estudio de los argumentos y fundamentos que se deriven de la aplicación normativa o cargos formulados contra el acto administrativo demandado que podrán servir de apoyo a la decisión de suspensión provisional, dando efectivamente prelación al fondo sobre la forma o sobre aspectos eminentemente subjetivos», lo cual, implica el estudio de la vulneración respecto de las normas superiores invocadas junto la interpretación y aplicación desarrollada jurisprudencialmente en sentencias proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción.

En este orden de ideas, el juez de lo contencioso administrativo, previo análisis del contenido del acto acusado, de las normas invocadas como vulneradas y de los elementos probatorios allegados con la solicitud de medida cautelar, está facultado para determinar si la decisión enjuiciada vulnera el ordenamiento jurídico y, en caso afirmativo, suspender el acto para que no produzca efectos.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que lo anteriormente descrito corresponde a un estudio o análisis preliminar que versa sobre los planteamientos y pruebas que fundamenten la solicitud de la medida, es decir, se trata de una percepción previa y sumaria que, por regla general, se adopta en una etapa inicial del proceso. Entonces, la decisión sobre la medida comporta un primer acercamiento al debate, en el que se realizan interpretaciones normativas y valoraciones, pero sin que ello afecte o comprometa el contenido de la sentencia que debe poner fin a la cuestión litigiosa. En efecto, el artículo 229 del CPACA dispone que la decisión sobre la medida cautelar «no implica prejuzgamiento».

Los argumentos hasta aquí expuestos también se predicen de la suspensión provisional dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; sin embargo, en la medida en que la pretensión se oriente «al restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá **probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos**» (se resalta).⁷

Sobre este aspecto conviene indicar que al fallador de la medida precautoria se le dio un amplio margen para valorar los elementos de juicio allegados por las partes

⁴ Ver entre otras las providencias del: (1) 24 de enero de 2014, expedido por el Consejero Mauricio Fajardo en el Expediente No. 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); (2) 29 de enero de 2014 proferido por el Consejero Jorge Octavio Ramírez, emitido en el Expediente No. 11001-03-27-000-2013-00014- (20066); (3) de 30 de abril de 2014, proferido por el Consejero Carlos Alberto Zambrano, en el Expediente 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); (4) de 21 de mayo de 2014, emitido por la Consejera Carmen Teresa Ortiz en el Expediente No. 11001-03-24-000-2013-0534-00 (20946); (5) de 28 de agosto de 2014, proferido dentro del Expediente 11001-03-27-000-2014-0003-00 (20731), con ponencia del Consejero Jorge Octavio Ramírez; y (6) 17 de marzo de 2015, emitido en el expediente 11001-03-15-000-2014-03799-00, consejera de estado Sandra Lisset Ibarra. Todas ellas citadas en el auto del 18 de agosto de 2017, Radicación número: 11001-03-25-000-2016-01031-00(4659-16), magistrada ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez, auto de 25 de enero de 2018, Radicación: 11001-03-25-000-2017-00433-00 (2079-2017).

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia de 17 de marzo de 2015, Consejero Ponente Hernán Andrade, número interno 51754.

⁷ Artículo 231 del CPACA.

para definir la procedencia de la suspensión provisional, pero siempre bajo un marco mínimo probatorio, es decir, que al menos debe existir prueba sumaria de los perjuicios alegados por el demandante. En tal sentido, el Consejo de Estado ha expuesto⁸:

Sobre el perjuicio y su demostración sumaria, esta Corporación ha reiterado⁹ que “la prueba sumaria es un mecanismo demostrativo no sometido a controversia”¹⁰ sin que puedan aceptarse hechos evidentes porque ello “no puede suplir la exigencia legal, la que no quiere dejar el extremo a la calificación subjetiva del juzgador y/o a la simple afirmación de la demanda”¹¹.

Caso concreto

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones señaló, en el *sub examine*, que el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, preceptúa que el Despacho podrá modular los efectos de la solicitud cautelar atendiendo la acreditación de la liquidación de semanas cotizadas presenta inconsistencias en cuanto a la densidad de semanas cotizadas que se tuvieron en cuenta para el mismo.

Con relación a este punto, la norma en cita establece:

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares.
Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, consejera ponente: Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto (E), providencia de 26 de julio de 2017, Radicación: 11001-03-27-000-2015-00004-00(21605), Actor: Consorcio Aseo Capital S.A.

⁹ Providencia del 3 de octubre de 2007, expediente 16738, C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa.

¹⁰ Autos de Sala Unitaria, Sección Primera, de 2 de agosto de 1990, Exp. 00869, C.P. Dr. Libardo Rodríguez y de 11 de abril de 1996, Exp. 3693, C. P. Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

¹¹ Auto de 4 de marzo de 1994, Expediente 8470, C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Sección Tercera.

- a) *Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable,*
o
b) *Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.*

De la norma transcrita se infiere que en los eventos en los que se pretende la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, los requisitos a analizar para su procedencia son (i) la confrontación del acto enjuiciado con las normas superiores invocadas como violadas; y (ii) la demostración o la prueba sumaria de la existencia de un perjuicio causado con su expedición.

Se dispone entonces que, es necesario examinar en detalle las pruebas relativas al mismo, por cuanto no es suficiente el certificado de semanas cotizadas de la entidad demandante del 17 de enero de 2017, por desconocer la certificación de la Dirección Territorial de Caldas, a través de la que se logró acreditar 1190 semanas cotizadas.

En el *sub examine*, no se cumplen los requisitos necesarios para decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de la Resolución N° 48644 del 22 de octubre de 2009, deprecada por la entidad demandante, toda vez que las pruebas allegadas son insuficientes.

Por lo anterior, no se repondrá el auto del 15 de noviembre de 2019 por medio del cual se negó la medida cautelar de suspensión provisional de la Resolución N° 48644 del 22 de octubre de 2009, que reconoció una pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990.

En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado,

RESUELVE

PRIMERO: NO REPONER el auto proferido el 15 de diciembre de 2020, por medio del cual se niega la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

SEGUNDO: Ejecutoriado el proveído continúese con trámite de la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado