

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado: 17001-23-33-000-2013-00502-00.
Demandante: **Hugo Rafael Stella Sánchez.**
Demandado: **Industria licorera de Caldas**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: Dohor Edwin Varón Vivas

Manizales, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P, el Despacho aprueba la liquidación realizada por el secretario de las costas y agencias en derecho.

Notificar

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes, positioned above the printed name.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 140

Manizales, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-33-39-006-2018-00136-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Luz Ángela García Herrera
Demandado: ESE Hospital San Simón de Victoria (Caldas)

Se emite fallo con ocasión al recurso apelación impetrado por las partes contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demandante.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se decrete la nulidad de la Resolución 006 del 9 de febrero de 2018, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, salarios, indemnizaciones, sanciones, perjuicios, aportes a seguridad social y devolución de gastos para ejecución de los contratos, como consecuencia de la prestación de servicios subordinados y dependientes de parte de la señora Luz Ángela García Herrera.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a pagar las prestaciones sociales y demás acreencias laborales que debió asumir la entidad como consecuencia de la prestación de servicios subordinados y dependientes por parte de la demandante. Se condene al pago de la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de auxilio de cesantías y demás indemnizaciones a las que considera tiene derecho. Se condene al pago

de 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes por daño moral y 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daño a la vida de relación y se condene en costas a la parte demandada.

1.2. Hechos

En síntesis señaló que, la demandante fue contratada por la demandada, mediante contratos de prestación de servicios desde el 1º de enero de 2014, para desempeñar sus funciones como auxiliar de enfermería; que las órdenes de prestación de servicios se fueron renovando sucesivamente hasta el 10 de agosto de 2017.

Que lo que en la realidad existió fue un contrato laboral toda vez que, la demandante debía cumplir con un estricto horario, debía recibir órdenes de sus superiores, debía permanecer siempre en las instalaciones del Hospital San Simón y desempeñar las labores propias de una auxiliar de enfermería y de odontología; que los servicios debían ser prestados en una jornada de 7:00 am a 12 pm y de 2:00 pm a 6:00 pm de martes a viernes y los sábados de 7:00 am a 3:00 PM.

Que el 23 de noviembre de 2017 presentó reclamación ante la entidad para que se reconociera que en realidad existió un contrato de carácter laboral y que la demandada mediante Resolución 006 del 9 de febrero de 2018, rechazó la solicitud.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Se indica que, el acto que es sometido a control de la jurisdicción es nulo por cuanto: i) desconoció los mandatos imperativos Constitucionales y legales en que debió fundarse y ii) Por incurrir en falsa motivación, al desatender el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas –Artículo 53 Constitucional y de paso toda la regulación predicable en punto de función pública -esto es el Decreto 1042 de 1978 predicable de este caso por virtud del Decreto 1919 de 2002 y el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, al disimular lo que debió ser una relación legal y reglamentaria, mediante una vinculación propia del régimen de contratación estatal.

2. Contestación de la demanda

La ESE Hospital San Simón de Victoria contestó de forma extemporánea.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la demandante, por lo que, declaró probada de oficio parcialmente la excepción de *prescripción*; declaró la nulidad de la Resolución 006 del 9 de enero de 2018, mediante el cual fue negado el reconocimiento de la relación laboral y a título de restablecimiento del derecho ordenó, reconocer y pagar a la demandante el *valor correspondiente a las prestaciones sociales a que haya lugar, tomando como base para la liquidación respectiva, el valor de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicio, por el periodo comprendido entre el 14 de octubre de 2014 y el 31 de julio de 2017.*"

Adicionalmente ordenó a la entidad, girar a favor de la entidad de previsión a la que estaba afiliada la demandante, el valor correspondiente a la suma faltante por concepto de aportes en pensión únicamente en el porcentaje que como empleador debió realizar.

Para ello, formuló como problemas jurídicos establecer si se configuraron los elementos propios de una relación laboral y en caso afirmativo, si le asiste derecho a la demandante al pago de prestaciones sociales y demás acreencias laborales devengadas por un trabajador con idénticas funciones en calidad de servidores públicos de dicha entidad, por el tiempo durante el cual estuvo vinculada a la misma.

Luego de analizar las pruebas y el desarrollo legal y jurisprudencial sobre el contrato realidad concluyó que, de las pruebas es posible concluir que hubo una relación laboral entre la demandante y el Hospital San Simón.

4. Recursos de apelación

La **ESE Hospital San Simón de Victoria** señaló que, no se configuraron los elementos de una vinculación laboral, iniciando por la idoneidad en la prestación del servicio pues básicamente en la sentencia se desprende una auxiliar de enfermería prestando los servicios en un consultorio odontológico, ello de entrada evidencia una total autonomía e independencia del contratista. Sostuvo que los testigos no entregaron elementos suficientes para evidenciar que la accionante efectivamente cumpliera un horario en el Hospital; que la testigo Cristina María García Herrera no laboraba en el Hospital San Simón para la época de los hechos; que tampoco existe un vínculo permanente en los periodos de tiempo de las personas que rindieron testimonios, para corroborar que efectivamente la demandante

hubiera prestado dicho servicio de manera continua, por lo que consideró que se mantuvo incólume la autonomía e independencia del contratista.

De otra parte sostuvo que, el horario de trabajo no implica subordinación o contrato de trabajo. Que un contrato de prestación de servicios entre una persona natural y una entidad pública puede llegar a configurarse en realidad en un contrato de trabajo, cuando se logra demostrar la existencia de los elementos propios de toda relación de trabajo.

Con fundamento en lo expuesto solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia o subsidiariamente que se revoque el ordinal cuatro de la sentencia en cuanto al giro de aportes a pensión, por cuanto la contratista los efectuó bajo el principio de legalidad.

La parte actora presentó apelación adhesiva, solicitando en términos generales que se revoque la sentencia en lo negativo y se acceda integralmente a sus pretensiones.

Argumentó que, se desconocieron elementos normativos que a la postre hubieran resultado en la aquiescencia a las indemnizaciones por el no pago y consignación oportuna del auxilio de cesantías, sus intereses, además de salarios y prestaciones a la finalización vínculo laboral, pues no es poca la regulación al respecto, en el sentido de proscribir la contratación de servicios misionales, ordinarios y habituales de una empresa social del estado, a través del negocio jurídico de prestación de servicios, por lo que para los agentes de la entidad eran absolutamente previsibles las obligaciones laborales que adeudaban a la actora y no es cierto que tengan conciencia de ello a partir del fallo que así lo decretó.

II.- Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Vista la sentencia de primera instancia y los recursos de apelación interpuestos, se considera necesario establecer:

¿Existió una relación de índole laboral entre la demandante y la ESE Hospital San Simón de Victoria (Caldas), que pueda dar lugar a la declaratoria de un contrato realidad?

¿Debe revocarse la sentencia en cuanto ordenó a la ESE Hospital San Simón de Victoria, reintegrar a la demandante el valor que pagó en exceso por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones?

¿Es procedente condenar a la demandada al pago de la sanción moratoria?

2. Primer Problema Jurídico

Tesis del Tribunal: Se encuentran acreditados los elementos propios de una relación laboral entre la demandante y la ESE Hospital San Simón de Victoria, entre el 2 de diciembre de 2013 hasta el 31 de agosto de 2014 y entre el 14 de octubre de 2014 hasta 31 de julio de 2017, teniendo en cuenta: el objeto de los contratos de prestación de servicios, las obligaciones de la contratista, la sujeción a un horario laboral, que las actividades desarrolladas por la demandante eran inherentes a la misión y objetivo principal de una institución prestadora de servicios de salud, por lo que no podían ser ejercidas de manera autónoma e independiente, sino que debían cumplirse con sujeción a las directrices de la ESE Hospital San Simón de Victoria.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) el marco normativo y jurisprudencial sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y ii) los hechos relevantes acreditados; para luego descender al iii) análisis del caso concreto.

2.1. Marco normativo y jurisprudencial¹

2.1.1. La primacía de la realidad sobre las formalidades

La Constitución Política, en su preámbulo, asegura a sus integrantes *“la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo”*. La anterior premisa fue desarrollada en los artículos 13 y 25 ibidem, según los cuales: i) Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y *“recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*; y, ii) se garantiza el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el cual surge como uno de los valores y propósitos del Estado al ser consagrado en el Preámbulo de la Constitución con particular importancia.

¹ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16 de agosto de 2018, Radicación número: 19001-23-31-000-2006-01070-01(1007-12)

Como sustento de lo anterior, el artículo 53 consagró el principio de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*, como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. La finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT.)², expresamente consagró en su Preámbulo el *“reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”* premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT³ al señalar que: *“todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

Dicho Convenio en Colombia es fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución, al decir: *“los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”*, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Constitución Política.

2.1.2. La relación de naturaleza laboral

Se encuentra que el Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral, así: i) La actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia *“del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al País”*; y iii) un salario como retribución del servicio.

² Aprobada en 1919

³ Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

Al respecto, el Consejo de Estado⁴, desarrolló los elementos de la relación laboral precisando que: (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y, (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.

2.2. Hechos relevantes acreditados

– Se encuentra acreditado y no existe discusión entre las partes que, la demandante se desempeñó como auxiliar de enfermería y auxiliar de odontología en el Hospital San Simón de Victoria, para lo cual suscribió sendos contratos de prestación de servicios⁵ por los siguientes periodos:

Ítem	Numero contrato	Fecha Inicio	Fecha Finalización
1	2013120205	02/12/2013	31/12/2013
2	2014010120	01/01/2014	31/01/2014
3	2014070105	02/07/2014	31/07/2014
4	2014080404	04/08/2014	31/08/2014
5	2014101401	14/10/2014	31/12/2014
6	2015010708	07/01/2015	31/05/2015
7	2015060508	05/06/2015	31/10/2015
8	2015110305	03/11/2015	31/12/2015
9	2016010511	05/01/2016	31/03/2016

⁴ Sentencia del 4 de febrero de 2016, expediente 0316-14.

⁵ Visibles en el archivo digital "001_Demanda_2018_136"

10	2016040521	05/04/2016	30/06/2016
11	2016070718	07/07/2016	30/09/2016
12	2016101013	10/10/2016	31/12/2016
13	2017010408	04/01/2017	31/03/2017
14	2017040513	04/04/2017	30/06/2017
15	2017071007	10/07/2017	31/07/2017

De la relación de contratos de prestación de servicios se tiene que, hubo interrupción en la prestación del servicio entre el 31 de agosto de 2014 hasta el 14 de octubre de 2014.

- Según certificados expedidos por la ESE Hospital San Simón de Victoria, la señora Luz Ángela García Herrera, prestó los servicios como Auxiliar de Enfermería y Auxiliar de Odontología y por dicha labor recibía asignación mensual⁶.
- El 23 de noviembre de 2017 la accionante solicitó ante el Hospital San Simón de Victoria el reconocimiento de la existencia de la relación laboral y el pago de las respectivas acreencias laborales.
- La ESE Hospital San Sin Simón de Victoria mediante Resolución 006 del 9 de enero de 2018 negó lo solicitado aduciendo que, la actora estuvo vinculada bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios del cual no se desprende subordinación ni dependencia.⁷

2.3. Caso concreto

A continuación se abordarán los siguientes tópicos: *i)* el aspecto temporal durante el cual la demandante prestó sus servicios a la entidad demandada; *ii)* la relación subordinación o dependencia en la prestación del servicio; y *iii)* la remuneración por los servicios prestados:

2.3.1. Aspecto temporal

Este aspecto no fue objetado por las partes, de tal suerte que no se hace necesario realizar pronunciamiento al respecto.

⁶ Visibles en el archivo digital "001_Demanda_2018_136".

⁷ Visible en el archivo digital "001_Expediente_Administrativo_2018_136"

2.3.2. Relación de subordinación o dependencia en la prestación del servicio

La parte demandada en su escrito de apelación aduce que, las pruebas recaudadas no permiten acreditar la existencia de una relación de subordinación o dependencia, indicando que los testigos no entregaron elementos suficientes para evidenciar que la accionante efectivamente cumpliera ese horario en el Hospital; que la testigo Cristina María García Herrera no laboraba en el Hospital San Simón para la época de los hechos, y que tampoco existe un vínculo permanente en los periodos de tiempo de las personas que rindieron testimonios sobre estancias permanentes en el Hospital para corroborar que efectivamente la demandante.

Al respecto, frente a la subordinación o dependencia, este Tribunal en otros pronunciamientos⁸ ha advertido que la naturaleza de las actividades que desempeñan los profesionales de la salud, tales como galenos o enfermeras cuentan con alguna suerte de dependencia o subordinación intrínseca que es propia a este tipo de oficios, esto, en línea con lo señalado por el H. Consejo de Estado en providencia del 24 de junio de 2015 en la que se sostuvo que, la carga probatoria frente a este elemento de la relación laboral es menos exigente al tratarse de actividades médicas dado que,

“la labor que presta un galeno es ínsita al objeto misional de una entidad prestadora de servicios de salud que, además, constituye una función pública a cargo y/o bajo la vigilancia del Estado, genera que sea menos exigente la demostración del elemento subordinación, tal y como acontece con el servicio docente, más aún cuando el servicio no ha sido contratado de manera transitoria o excepcional”⁹.

En el caso concreto la Sala encuentra que, del análisis conjunto de las pruebas recaudadas, se encuentra demostrada la relación de subordinación de la demandante respecto al Hospital San Simón en el desarrollo de los contratos de prestación de servicios suscritos, y si bien la testigo Cristina María García Herrera no laboraba en el Hospital San Simón para la época de los hechos, y que tampoco existe un vínculo permanente en los periodos de tiempo de las personas que rindieron testimonios sobre estancias permanentes en el

⁸ Ver sentencia del 11 de octubre de 2019, radicado 17001-23-33-000-2016-00283-00, M.P. Augusto Ramón Chávez Marín y del 10 de octubre de 2016, radicado 17-001-23-33-000-2014-00192-00, M.P. Augusto Morales Valencia.

⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 24 de junio de 2015, Radicación: 68001-23-31-000-2010-00067-01 (3038-13).

Hospital, sus declaraciones se encuentran en armonía con otros medios de prueba aportados, tal como se analiza a continuación:

-. El señor José Darío Llanos López, cónyuge de la demandante, señaló que le constaba que esta trabajó en el Hospital San Simón de Victoria desde el 2014 hasta el 2017, desempeñándose como enfermera, que además debía reemplazar a la ayudante de bacteriología y posteriormente laboró como ayudante de odontología; que tenía un horario de trabajo desde las 7 am a las 12 m y de 1 pm a 6 pm, que además le consta que debía estar disponible en cualquier momento si eran solicitados sus servicios en el Hospital; sostuvo que le consta lo mencionado toda vez que, ella misma le contaba, que en ocasiones estaba en la casa, la llamaban del Hospital San Simón para que fuera a atender imprevistos.

-. La señora Cristina María García Herrera, hermana de la demandante, manifestó que le constaba el tiempo en el que trabajó en el Hospital como enfermera y luego como auxiliar de odontología, desde 2014 hasta el 2017, de martes a sábado de 7 am a 12 m y de 1 pm a 6 pm, sin embargo en algunas ocasiones la llamaba para atender imprevistos, que ello le constaba porque en esas ocasiones, la señora García le pedía el favor de que le cuidara su hijo, que además el horario era de obligatorio cumplimiento.

De los testimonios citados se tiene que, son contestes en afirmar que en el desarrollo de las actividades por parte de la demandante en las instalaciones de la demandada, recibía órdenes, que además debía ejecutar sus actividades dentro de un horario definido y periódico sin poder apartarse libremente de este.

Estos hechos relatados por los testigos guardan correspondencia con los documentos aportados en el proceso, en cuanto a las funciones desarrolladas, obligaciones y la duración de la relación laboral. Así, en los contratos de prestación de servicios, se indica que su objeto consistía en:

i) *“(...) prestar sus servicios personales como AUXILIAR DE ENFERMERÍA de FORMA TEMPORAL, TRANSITORIA Y/O ACCEDENTAL DE MANERA EXTERNA EN LOS SERVICIOS DE URGENCIAS, HOSPITALIZACIÓN, CONSULTA EXTERNA, TRASLADO ASISTENCIAL DE PACIENTES Y PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN EN LA ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN SIMÓN A NIVEL INTRAMURAL, EXTRAMURAL, EN LA ZONA URBANA Y RURAL DEL MUNICIPIO DE VICTORIA,*

TODO LO ANTERIOR SEGÚN LA PROGRAMACIÓN DE HORAS PRESENCIALES Y DE DISPONIBILIDAD MENSUALES QUE REALICE LA ESE”; y

ii) “(...) PRESTAR SUS SERVICIOS COMO AUXILIAR DE CONSULTORIO ODONTOLÓGICO PARA LA ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN SIMÓN EJECUTANDO ACTIVIDADES A NIVEL INTRAMURAL, EXTRAMURAL, EN LA ZONA URBANA Y RURAL DEL MUNICIPIO DE VICTORIA, TODO LO ANTERIOR SEGÚN LA PROGRAMACIÓN DE HORAS PRESENCIALES Y DE DISPONIBILIDAD MENSUALES QUE REALICE LA ESE”.

Las principales labores que desempeñaba la demandante y que se encuentran descritas en la cláusula referente a las obligaciones y responsabilidades específicas de la contratista, correspondían a las propias que desempeña una auxiliar de enfermería y auxiliar de odontología, que consistían en lo siguiente:

*- Como auxiliar de enfermería: “1) Realizar ronda para entregar y recibir **turno**. 2) Saludar, presentarse y brindar la información que requiera el paciente. 3) Alistar y asistir todos los insumos, equipos o medicamentos que se requieran para la realización de procedimiento (retiro de puntos, suturas, curaciones, paso de sondas, venopunciones, canalización, preparación de mezclas, forma de laboratorios, administrar medicamentos etc.) (...).”¹⁰ (Se resalta)*

*- Como auxiliar de odontología: “1) Reconocer y aplicar las guías de atención y Normas Técnicas de la resolución 412 de 2000 y la resolución 3384 del 2008; las guías de Manejo implementadas por la ESE y las guías de Manejo adoptadas por el Servicio de Odontología. (...) 3) Saludar, presentarse y brindar la información que requiera el paciente. 4) Registrar todos los procedimientos o actividades asistenciales y administrativas que realice como **AUXILIAR DE CONSULTORIO ODONTOLÓGICO** a un paciente en su historia clínica y siempre ajustada a los procesos y procedimientos definidos para tal fin en la ESE. 5) Lavar y desinfectar el instrumental **que se utilice durante la jornada laboral en el servicio donde labore** (...).”¹¹ (Se resalta).*

De las funciones descritas en los diferentes contratos se constata que, para el cumplimiento de la labor encomendada a la actora era necesaria su permanencia en las instalaciones del

¹⁰ ver contratos visibles en archivo digital “001_Demanda_2018_136”.

¹¹ ver contratos visibles en archivo digital “001_Demanda_2018_136”

Hospital y en los que se refleja la capacidad dispositiva de la demandada sobre la labor prestada, desvirtuando así su autonomía e independencia en la prestación del servicio y superando bajo tales circunstancias el tema de la coordinación necesaria en desarrollo de la actividad contractual, lo que en suma refleja la subordinación y dependencia en la prestación del servicio por parte de la contratista; como auxiliar de enfermería y posteriormente como auxiliar de odontología, en unos turnos previamente establecidos.

Dentro de esos turnos, es apenas lógico concluir que la contratista se veía abocada al cumplimiento de órdenes, pues su tarea como auxiliar de enfermería y posteriormente como auxiliar de odontología así lo requiere, pues dicha actividad por su naturaleza exige el acatamiento de los mandatos efectuados por las jefes de enfermería o los galenos encargados de la atención médica.

Así las cosas, se encuentra probado el elemento de subordinación en la relación sostenida entre la señora Luz Ángela García Herrera y la ESE Hospital San Simón de Victoria (Caldas), pues se acreditó la exigencia de prestar sus servicios en una cantidad, calidad y bajo unas directrices establecidas por la entidad contratante y no como es propio del contrato de prestación de servicios, bajo su mera responsabilidad contractual.

Además, las notas características del contrato de prestación de servicios como son la temporalidad, y el carácter de excepcional de dicha posibilidad de contratación, no se aprecian en las labores – auxiliar de enfermería y auxiliar de odontología- desarrollada por la demandante, pues tal servicio debe prestarse habitual y permanentemente en entidades que prestan servicios de salud y de hospitalización como es el caso de la entidad demandada.

En consecuencia, la Sala comparte los argumentos expuestos en la sentencia impugnada y considera no admisible el argumento que expone la demandada en su apelación.

2.3.3. La remuneración por los servicios prestados

De acuerdo con lo estipulado en los contratos de prestación de servicios se estableció una suma que debía pagarse mensualmente. Aunado a esto, la misma entidad certificó las labores desempeñadas en calidad de auxiliar de enfermería servicio por el cual se cancelaba una suma mensual.

Así las cosas, es evidente que la demandante recibió una remuneración por parte de la accionada como contraprestación por sus servicios, por lo que el tercer elemento que configura la relación laboral se encuentra también acreditado.

2.4. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto, es claro que en la ejecución de los contratos de prestación de servicios por medio de los cuales se contrató a la demandante para la prestación de sus servicios como auxiliar de enfermería y auxiliar de odontología, se cumplieron los elementos de subordinación, remuneración y prestación personal del servicio. Por tanto, se impone confirmar la sentencia apelada que declaró la nulidad de la Resolución 006 del 9 de enero de 2018, expedido por el Gerente de la ESE San Simón de la Victoria, mediante la cual fue negado el reconocimiento de la relación laboral.

3. Segundo Problema Jurídico: *¿Debe revocarse la sentencia en cuanto ordenó a la ESE Hospital San Simón de Victoria, reintegrar a la demandante el valor que pagó en exceso por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones?*

Tesis del Tribunal: No hay lugar a revocar la sentencia, toda vez que en ella no se ordenó a la ESE Hospital San Simón de Victoria reintegrar a la demandante el valor que esta pagó en exceso por concepto de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) el marco normativo y jurisprudencial sobre los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones cuando se declara la existencia de un contrato realidad; para luego descender al ii) análisis del caso concreto.

3.1. Marco normativo y jurisprudencial

El Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, con referencia SUJ2-005-16, al respecto dispuso:

“...ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.”

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional...". (Se resalta)

En sentencia proferida el 31 de mayo de 2018¹², se refirió a la devolución de aportes, así: *"En relación con la pretensión de devolución de los dineros que a título de aportes al sistema de seguridad social le hubiera correspondido efectuar a la entidad y que fueron sufragados por la demandante, solo es procedente respecto de la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios relacionados en esta sentencia"*.

De allí que, la Administración debe determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Además, debe devolver los dineros cancelados por la parte demandante en razón a la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones durante la ejecución de los mencionados contratos.

Para ello, la parte demandante debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

3.2. Caso concreto

En la sentencia de primera instancia se ordenó a la ESE Hospital San Simón de Victoria, que gire *"a favor de la entidad de previsión a la que estaba afiliada la demandante el valor correspondiente a la suma faltante por concepto de aportes en pensión únicamente en el porcentaje que como empleador debió realizar, luego de hacer la liquidación de lo efectivamente cotizado y lo que se debió cotizar"*, toda vez que los contratistas efectúan aportes en porcentaje diferente a como lo hacen los dependientes, con el fin de recomponer el índice base de liquidación pensional

¹² Subsección "B", C.P. César Palomino Cortés, radicación 25000-23-25-000-2008-00646-01 (0016-12),

por el período comprendido entre el 1º de enero de 2014 al 10 de agosto de 2017, descontando las interrupciones en la prestación del servicio que fueron acreditadas, que fueren superiores a quince (15) días. Añadió que:

Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Dicha orden se encuentra en armonía con las pautas señaladas por el Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, en cuanto al giro a favor de la entidad de previsión a la que estaba afiliada la demandante el valor correspondiente a la suma faltante por concepto de aportes en pensión, teniendo en cuenta que no aplica el fenómeno prescriptivo frente a estos aportes, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad.

Por otra parte, es evidente que en la sentencia apelada no ordenó a la ESE Hospital San Simón de Victoria reintegrar a la demandante el valor que esta pagó en exceso por concepto de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

3.3. Conclusión

Por lo tanto, la orden proferida por el *a quo* se encuentra en consonancia con las pautas jurisprudenciales señaladas por el Consejo de Estado y carece de fundamento lo solicitado por la entidad demandada en su recurso de apelación sobre la revocatoria de la orden de devolución de dineros a la demandante por concepto de aportes a pensión. Por lo que se confirmará la sentencia apelada.

4. Tercer problema jurídico: ¿Es procedente el reconocimiento de la sanción moratoria con ocasión a la declaratoria del contrato realidad?

Tesis del Tribunal: No es procedente condenar a la entidad demandada al pago de la sanción mora, toda vez que, el reconocimiento y pago de las cesantías y demás prestaciones surge con la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Pretende la parte demandante, adhiriéndose a la apelación del Hospital San Simón de Victoria que, se acceda al reconocimiento de la indemnización moratoria, para fundamentar tal petición argumentó: “(...) *consideramos, que se obvió – en la sentencia- la rebeldía flagrante de disposiciones legales y reglamentarias, por lo que resultaba dable la concesión de las indemnizaciones moratorias deprecadas en la demanda.*”

El Despacho de primera instancia negó dicho reconocimiento aduciendo que, la obligación de pagar las cesantías, solo se generaba con la sentencia que declara la existencia del contrato realidad.

Respecto al pago de la indemnización por sanción mora con ocasión al reconocimiento de la primacía de la realidad sobre las formalidades, el Consejo de Estado ha señalado:

“(...) Ha sido pacífica la postura¹² que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.

En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas”.¹³

En sentencia del 18 de marzo de 2021¹⁴ frente a la sanción por el no pago oportuno de prestaciones sociales en general, precisó además que: “*Frente a la sanción moratoria deprecada, no hay lugar a tal reconocimiento, toda vez que a partir de esta sentencia surge la obligación del pago de las prestaciones al beneficiario, por lo que no es viable acceder a esa pretensión.*”

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de 18 de marzo de 2021. Rad. 23001-23-33-000-2016-00147-01(2420-19)

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 6 de octubre de 2016. Rad.: 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13)

Así mismo ha sostenido que, respecto a la sanción moratoria en este tipo de caso no se puede acceder *“teniendo en cuenta que por vía jurisdiccional surgió la obligación para la administración de cancelar a título de indemnización las prestaciones sociales y por ende, como el derecho hasta antes de la declaración judicial no podía decirse que tenía el carácter de exigible, no resulta viable pretender el pago de sanciones moratorias.”*¹⁵

De acuerdo con lo anterior, considera la Sala, acertada la decisión tomada por el juez *a quo*, en tanto negó el reconocimiento de la sanción mora, toda vez que, la jurisprudencia del órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo, ha sido enfático en señalar que la obligación de pagar las cesantías y demás prestaciones surgen solamente con ocasión a la declaración de la primacía de la realidad sobre las formalidades, de tal suerte que, no es posible predicar que se dio un pago tardío de las cesantías o de prestaciones sociales y por ende no es posible predicar la mora.

Conclusión.

Por lo anterior, confirmará la decisión que negó el reconocimiento de la indemnización mora deprecada por el apelante adhesivo, toda vez que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge con la declaratoria de la relación laboral.

5. Costas en esta instancia

Atendiendo al criterio objetivo valorativo que ha sido desarrollado por el H. Consejo de Estado con respecto a la imposición de costas (gastos procesales y agencias en derecho), no se condenará en costas de segunda instancia advirtiendo que no se encuentran acreditadas, toda vez que las partes no incurrieron en gastos procesales, ni efectuaron actuación alguna en esta instancia.

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

Resuelve

¹⁵ Sentencia del 10 de febrero de 2005, Radicación número: 05001-23-31-000-1998-03062-01(3758-02)

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales el 3 de febrero de 2021 dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Luz Ángela García Herrera contra la ESE Hospital San Simón de Victoria (Caldas).

Segundo: Sin costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 40 de 2021.

NOTIFICAR

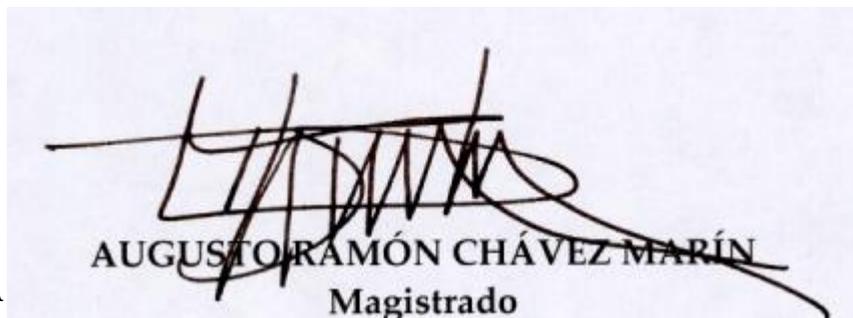


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente

AUGUSTO MORALES VALENCIA

(Ausente con permiso)



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El secretario del Tribunal Administrativo de Caldas, procede a efectuar la liquidación de las costas en primera instancia del proceso con radicado 17001-23-33-000-2018-00182-00 a cargo de la parte actora **BLANCA NELLY RODRIGUEZ PULGARIN** y a favor de la parte demandada **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, dentro de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Costas en primera instancia

Agencias en Derecho	Fl 143 (Vto)	1.453.285
---------------------	--------------	-----------

Total. Costas a cargo de la parte actora:

SON: UN MILLON CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$1.483.285)

Manizales, agosto 17 de 2021

CARLOS ANDRES DIEZ VARGAS

Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
LIQUIDACION GASTOS DE PROCESO

MAGISTRADO Augusto Morales Valencia

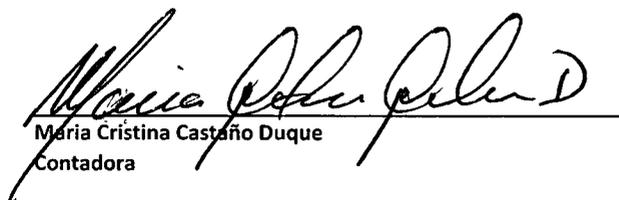
PROCESO 17001-23-33-000-2018-00182

CONCEPTO	FECHA	No Recibo	No Guia	Suma de CONSIGNACIONES	Suma de GASTOS
Consignación	1/06/2018	52451504	N.A	80.000	
Mensajería	14/06/2018	N.A	9-1830414		8.650
	17/09/2019	N.A	9101495544		10.350
Total general				80.000	19.000

LIQUIDACION GASTOS	
Consignacion	80.000
Gastos	19.000
Saldo	61.000

Para constancia se firma en Manizales a los doce dias del mes de agosto de dos mil veinti uno (12/08/2021)


Carlos Andres Diez Vargas
Secretario.


Maria Cristina Castaño Duque
Contadora

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

A.I.: 170

Medio de control: Reparación directa
Radicación: 17001-33-33-001-2020-00225-02
Demandante: Edgar Valencia Marulanda y Otros
Demandado: Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial (Seccional Manizales) y
Fiscalía General de la Nación

ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del 11 de diciembre de 2020, proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales, a través del cual se rechazó la demanda por caducidad.

ANTECEDENTES

Los demandantes interpusieron demanda con el fin de obtener la declaratoria de responsabilidad de las demandadas por la privación injusta de la libertad y la consecuente reparación de los perjuicios.

Como fundamento fáctico de la demanda se expuso que, el 8 de abril de 2012 se dio la captura de Edgar Valencia Marulanda; que el 11 de abril de 2012, en audiencia preliminar ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Manizales, se realizó la audiencia preliminar en la cual se formuló imputación y se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario. Que el 1 de octubre de 2014 se revoca la medida de aseguramiento; que el 7 de abril de 2015 terminado el juicio oral, el señor, Juez Penal del Circuito Especializado dicta el sentido del fallo absolutorio para el señor Edgar Valencia Marulanda. La sentencia fue apelada por el ente acusador y el 16 de marzo de 2018, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Manizales, resolvió la apelación interpuesta por el ente acusador, dejando en firme la sentencia, absolviendo en virtud del “in dubio pro reo” al señor Edgar Valencia Marulanda.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Juzgado Primero Administrativo de Manizales rechazó la demanda por advertir que se había presentado por fuera del término de caducidad, teniendo en cuenta que: (i) La providencia que confirmó la sentencia absolutoria quedó ejecutoriada el 13 de abril de 2018; (ii) Mediante Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 se suspendieron los términos judiciales desde el 16 de marzo hasta el 30 de junio de 2020; (iii) Los demandantes tenían plazo para formular la demanda hasta el 14 de abril de 2020; (iv) Se presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación el 19 de agosto de 2020; y (v) La demanda fue radicada el 07 de octubre de 2020, es decir por fuera del término establecido en la ley.

Por último señaló que, no acoge la tesis que plantea el demandante en cuanto que su apoderado judicial no le informó de la absolución y en virtud de ello solo hasta el 23 de agosto de 2018 supo de tal decisión del Tribunal Superior de Manizales, porque de ser así ningún sentido tendría el otorgamiento de poderes a los profesionales del derecho, ni mucho menos tendría razón de ser la declaratoria de ejecutoriedad de las decisiones judiciales. Y pero aún, si la figura de la caducidad dependiera tan solo de la voluntad del interesado en enterarse o no del hecho que da origen al medio de control judicial.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por el *a quo*, la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando en síntesis que, en el proceso penal, el 23 de marzo de 2018 se envió, a través de la empresa de mensajería 4-72, notificación para informar a las partes sobre la lectura de sentencia que se realizaría el 6 de abril de 2018, y según sello plasmado en la copia de la guía, el 26 de marzo de 2018, la empresa de mensajería, hizo la observación sobre que, el local de la dirección de envío se encontraba desocupado, por ende, no podía darse por notificado al señor Edgar Valencia Marulanda, por lo que considera hubo una indebida citación.

Que el 23 de agosto de 2018, el señor Edgar Valencia Marulanda por su propia iniciativa y al no tener información alguna, solicitó ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales, “...Copia auténtica de las sentencias de la Referencia (sic) y La (sic) respectiva constancia de ejecutoria del cuaderno principal del folio 2 al 33 y del folio 88 al 88 (sic) 136 (folio 88 al 136)...” y que para la presentación de dicho escrito y aunque sin apoderado judicial de confianza, fue orientado por el abogado Juan David Serna. Que por lo anterior, se tiene como fecha efectiva de notificación del fallo de fondo, al hoy demandante, el 23 de agosto de 2018.

Que el mismo 23 de marzo de 2018, el abogado Carlos Alberto Soto Arboleda, defensor público, envió al Tribunal Superior de Manizales – Sala de Decisión Penal, escrito en el cual le sustituía el poder al también defensor público Luis Gonzálo Bonilla Botero, haciendo la manifestación expresa de que el mismo era solamente para asistir a la audiencia de lectura de sentencia, sustitución que no fue informada al señor Edgar Valencia Marulanda, además que tampoco conocía a éstos profesionales del derecho, más exactamente, al abogado Luis Gonzalo Bonilla, quien fue quien efectivamente asistió a la misma. Por ende afirma que, el señor Valencia Marulanda no tenía cómo saber quién había asistido a la diligencia en cita,

como tampoco fue entrado del fallo proferido por el Tribunal, ni por parte del señor Carlos Alberto Soto, ni por el abogado Luis Gonzálo Bonilla.

Agrega que el 19 de agosto de 2020 presentó solicitud de conciliación extrajudicial, la cual se celebró el 1° de octubre siguiente, y que ni la Procuraduría ni los convocados puso de presente que a la misma no debía dársele trámite por estar expirada la oportunidad para hacerlo, por tanto, no debe ahora desconocerse esta situación.

Afirma que, resulta inadmisibles el argumento del despacho, según el cual, el defensor público sí tuvo que cumplir con la gestión de notificar al aquí demandante; *“es que, obviamente era ese el deber ser, empero, surge entonces el interrogante del por qué, suponiendo que mi poderdante efectivamente hubiera conocido desde antes, sobre dichas actuaciones, iba este a entrar en un desgaste innecesario, presentando a título propio un derecho de petición para conocer el contenido de dicho fallo final”*. Que es claro que, el defensor público nunca dio a conocer a quien era su poderdante, el contenido de la providencia, hecho que era determinante para el hoy demandante ya que, hasta la fecha de presentación del derecho de petición, el 23 de agosto de 2018, este consideraba estar aún vinculado al proceso penal, es decir, asumía que para esa fecha todavía no se había resuelto su situación jurídica y por ende no había recuperado plenamente su libertad.

Por último señala que, el *a quo* omitió aplicar la parte final del literal i del inciso 1° del artículo 164 del CPACA sobre el término de caducidad y que señala: *“...si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia”*, condiciones que se cumplen en este caso, respecto al tiempo en el que tuvo cierto conocimiento de los documentos contentivos del fallo favorable y que la prueba sumaria de tal circunstancia es el derecho de petición y su consecuente respuesta por parte del despacho de conocimiento el 23 de agosto de 2018.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procedibilidad y oportunidad del recurso de apelación interpuesto

Atendiendo lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 243 del CPACA, el auto que rechaza la demanda es susceptible del recurso de apelación y, en tal sentido, es procedente la impugnación aquí formulada. Adicionalmente, la alzada fue presentada en término oportuno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 244 del CPACA.

Problema jurídico

De conformidad con los argumentos de la apelación, se centra en establecer: *¿Se configuró en el caso concreto el fenómeno de la caducidad?*

Examen del caso

Alega la parte recurrente en síntesis que, se presentaron varias circunstancias que solo le permitieron conocer de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en la que se confirmó su absolución en el proceso penal adelantado en su contra, hasta el 23 de agosto de 2018, como son, una indebida citación a la audiencia de lectura del fallo, la sustitución de poder realizada por el defensor público la cual no le fue comunicada, el hecho de no conocer al abogado sustituto que participó en la audiencia de lectura del fallo, además que los defensores tampoco le informaron de dicha sentencia; por lo tanto considera que debió aplicarse la parte final del literal i del inciso 1º del artículo 164 del CPACA, esto es contabilizando la caducidad desde la fecha en que tuvo conocimiento de la sentencia.

Al respecto la Sala precisa que, la caducidad como instituto procesal tiene fundamento y sustento en el artículo 228 de la Constitución Política y que busca garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia dentro de los límites de su ejercicio razonable y proporcional¹. Con base en ello, ha señalado el Consejo de Estado que, las consecuencias del acaecimiento del elemento temporal que es manifiesto en toda caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por la vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad de la administración pública².

El término para formular pretensiones, en procesos de reparación directa, según los literales h) e i) del artículo 164 del CPACA es de 2 años, que se cuentan a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

En cuanto al término de caducidad del medio de control de reparación directa, cuando se trata de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha precisado además que, empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que: precluyó la investigación o absolvió al procesado o desde que el procesado quedó en libertad, lo último que ocurra, pues a partir de este momento se configura el carácter injusto de la privación de la libertad.³

En cuanto a la parte final del literal i) del inciso 1º del artículo 164 del CPACA ha señalado el Consejo de Estado: *“[E]s una carga de la parte demandante demostrar ..., la imposibilidad de haberlo conocido en el momento de su causación, por lo que juez debe estudiar lo ocurrido en cada caso y determinar la fecha en la cual comenzó a correr el término para demandar... En todo caso, la*

¹ Corte Constitucional, SC-418 de 1994. *“El derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, éste pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia... En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta”.* Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-565 de 2000.

² ver sentencia de 12 de marzo de 2021, Exp. 46856, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, sentencia de 5 de marzo de 2021, Exp. 51079, C.P. Alberto Montaña Plata, sentencia de 5 de marzo de 2021, Exp. 48461, C.P. Alberto Montaña Plata; sentencia de 4 de diciembre de 2020, Exp. 41399, C.P. Alberto Montaña Plata; sentencia del 30 de junio de 2016. C.P. Marta Nubia Velasquez Rico. Exp. 41604

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de febrero de 2009, expediente 15983, C. P. Myriam Guerrero de Escobar.

parte deberá acreditar los motivos por los cuales le fue imposible conocer el daño en la fecha de su ocurrencia”⁴.

Con base en lo expuesto, estima la Sala que, en tanto las pretensiones de la parte actora se dirigen a obtener la reparación de los perjuicios derivados de lo que considera una privación injusta de la libertad, el término para interponer el medio de control comenzaba a correr a partir del día siguiente a la firmeza de la providencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, que resolvió el recurso de apelación formulado contra la sentencia que absolvió al señor Edgar Valencia Marulanda, esto es, a partir del 14 de abril de 2018 conforme a la constancia de ejecutoria correspondiente. (pág. 257 -259 del PDF de Pruebas)

Por lo tanto, la parte demandante tenía hasta el 14 de abril de 2020, como término máximo para promover la acción judicial deprecada; sin embargo, teniendo en cuenta la suspensión de términos judiciales dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión de la pandemia del Covid-19, desde el 16 de marzo hasta el 30 de junio de 2020, como al actor le faltaban 28 días para que operara la caducidad y los términos judiciales se reanudaron el 1 de julio de 2020, la parte demandante tenía hasta un mes para interponer el medio de control, por lo que ha debido ejercerlo hasta el 01 de agosto de 2020.

Se constata además que, la solicitud de conciliación extrajudicial fue presentada el 19 de agosto de 2020, esto es, por fuera igualmente del término de 2 años precitado y la demanda fue presentada el 07 de octubre de 2020, por lo cual advierte esta Colegiatura que la demanda presentada por los actores se encontraba afectada por el fenómeno de la caducidad, tal como acertadamente lo señaló la juez de instancia.

Ahora, las circunstancias expuestas por la parte demandante para señalar que se encontraba en una situación que solo le permitió conocer de la sentencia del Tribunal Superior de Manizales el 23 de agosto de 2018, no son de recibo para la Sala por las siguientes razones:

El demandante Edgar Valencia Marulanda conocía la existencia del proceso penal adelantado en su contra y en especial del trámite de la apelación de la sentencia absolutoria, ante el tribunal Superior de Manizales.

Para la fecha en que fue proferida la sentencia del Tribunal Superior de Manizales se encontraba en libertad, pues la había recobrado con base en lo decidido en audiencia por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de Garantías de Manizales el 1 de octubre de 2014 en la que dispuso revocar la medida de aseguramiento de detención preventiva. (Fl. 241 C. 1)

Además, el demandante durante todo el desarrollo del proceso estuvo representado por un abogado, en este caso un defensor público; incluso en la audiencia de lectura del fallo que

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 29 de noviembre de 2018, Rad. 54001-23-31-000-2003-01282-02(47308), C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

se llevó a cabo el 6 de abril de 2018, a la cual fue debidamente citado. Y si bien es cierto que, el abogado defensor tenía el deber de informar al señor Edgar Valencia Marulanda del desarrollo del proceso, de la sustitución del poder y de la confirmación de la sentencia absolutoria, también es cierto que, el demandante debió mostrar algo de diligencia para acudir a los despachos judiciales, en especial en el que se tramitaba la apelación o consultar a su abogado sobre el desarrollo del proceso penal.

Al respecto, es necesario resaltar que, la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, *“la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”*⁵.

Por tanto, las circunstancias relativas a una posible indebida citación a la audiencia de lectura del fallo dictada por el Tribunal Superior; la falta de comunicación por parte de su abogado defensor sobre la sustitución del poder y de la confirmación de la sentencia absolutoria, o el hecho de no conocer al abogado sustituto que participó en la audiencia de lectura del fallo, no son motivos suficientes para afirmar que la parte demandante estuvo en una situación que le impidió conocer la ejecutoria de la providencia que lo absolvió.

Así, no basta alegar cualquier situación para que se dé aplicación a la parte final del literal i) del inciso 1º del artículo 164 del CPACA pues estas deben corresponder *“...a casos en los que existen y se comprueban circunstancias excepcionales”*⁶.

Tampoco es de recibo el argumento del apelante, respecto a que en el trámite de la conciliación prejudicial ni la Procuraduría ni las entidades convocadas adujeron la extemporaneidad de la reclamación, pues la caducidad, por ser de orden público, es indisponible, irrenunciable y el juez, cuando encuentre probados los respectivos supuestos fácticos, debe declararla, incluso de oficio, y aún en contra de la voluntad de las partes. *“La caducidad opera por el sólo transcurso objetivo del tiempo, y su término perentorio y preclusivo, por regla general, no se suspende, no se interrumpe y no se prorroga”*⁷.

Finalmente, la Sala advierte que no es posible en este caso, so pretexto de aplicar un enfoque constitucional y los principios *pro homine* y *pro actione*, desatender la aplicación de normas de orden público que materializan el derecho fundamental constitucional del debido proceso, afectando de paso la seguridad jurídica.

Conclusión

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de febrero de 2009, expediente 15983, C. P. Myriam Guerrero de Escobar

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. sentencia del 28 de febrero de 2019. Rad.: 11001-03-15-000-2019-00542-00(Ac)

⁷ Ibidem.

De conformidad con lo expuesto, considera el Tribunal que la decisión de primera instancia debe ser confirmada, por la configuración del fenómeno de caducidad en este asunto.

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

RESUELVE

Primero. CONFIRMASE el auto del 11 de diciembre de 2020, con el cual el Juzgado Primero Administrativo de Manizales rechazó por caducidad la demanda promovida por Edgar Valencia Marulanda y Otros contra, la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (Seccional Manizales) y Fiscalía General de la Nación.

Segundo. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

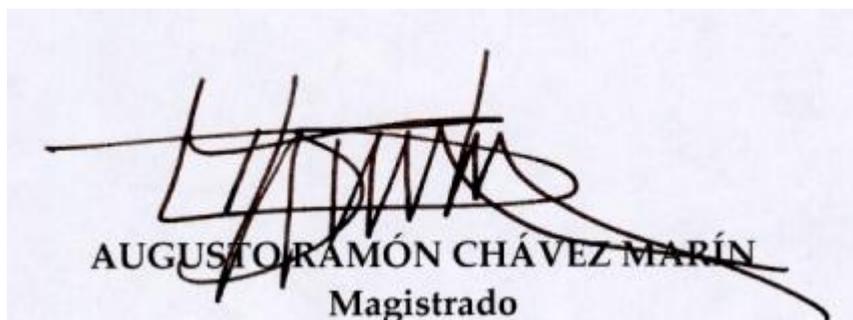
Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 40 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

AUGUSTO MORALES VALENCIA
(Ausente con permiso)



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente proceso, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021)



Carlos Andrés Díez Vargas

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-33-39-005-2016-00386-02
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES	MARÍA ISBELIA PATIÑO CAÑAS Y OTROS
DEMANDADO	NACIÓN - RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el 01 de julio de 2020 (No. 29 Cuaderno 1B Expediente Electrónico Juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 15 de mayo de 2020, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia,

¹ También CPACA

actuación procesal que se efectuó el 20 de mayo de 2020, ello teniendo en cuenta la suspensión de términos dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura a raíz de la pandemia por el Covid 19, que transcurrió del 16 de marzo de 2020 al 30 de junio de 2020.

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, según lo dispuesto en el artículo 247 numeral 4 del CPACA, modificado por el artículo 623 del Código General del Proceso, al considerar innecesario citar a audiencia de alegaciones y juzgamiento, **CÓRRASE** traslado común a las partes por el término de diez (10) días, para que presenten sus alegaciones de conclusión.

Vencido el término concedido a las partes, el Ministerio Público dispondrá igualmente de diez (10) días para emitir su concepto, sin retiro del expediente.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, surtido lo anterior envíese mensaje de datos con copia de la presente providencia, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 144 de fecha 17 de agosto de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



Carlos Andrés Díez Vargas
Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente proceso, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021)



Carlos Andrés Díez Vargas
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-33-39-006-2016-00148-02
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES	OSCAR ARTURO OROZCO SÁNCHEZ, CUT SUBDIRECTIVA CALDAS, SINTRAELECOL SUBDIRECTIVA CALDAS Y OTROS
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada el 07 de julio de 2020 (No. 07 Expediente Electrónico Juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de junio de 2020, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro

¹ También CPACA

de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 18 de junio de 2020, ello teniendo en cuenta la suspensión de términos dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura a raíz de la pandemia por el Covid 19, que transcurrió del 16 de marzo de 2020 al 30 de junio de 2020.

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, según lo dispuesto en el artículo 247 numeral 4 del CPACA, modificado por el artículo 623 del Código General del Proceso, al considerar innecesario citar a audiencia de alegaciones y juzgamiento, **CÓRRASE** traslado común a las partes por el término de diez (10) días, para que presenten sus alegaciones de conclusión.

Vencido el término concedido a las partes, el Ministerio Público dispondrá igualmente de diez (10) días para emitir su concepto, sin retiro del expediente.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, surtido lo anterior envíese mensaje de datos con copia de la presente providencia, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 144 de fecha 17 de agosto de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



Carlos Andrés Díez Vargas
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, trece (13) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Auto Sustanciación 186

Asunto: Fija fecha de audiencia de Alegaciones
Acción: Pérdida de Investidura
Demandante: Simón Arango Noreña
Demandado: Diego Alejandro Tabares Prieto
Radicación: 17-001-23-33-002021-00136-00

Asunto

De conformidad con el artículo 11 de la Ley 1881 de 2018, procede el Despacho a fijar fecha y hora para la celebración de la audiencia pública dentro de asunto de la referencia.

Para el efecto, se fijará para el día jueves 26 de agosto del 2021 a las dos y treinta de la tarde (02:30 p.m.).

La audiencia se realizará de forma virtual, a través de la plataforma Microsoft Teams, para lo cual se enviará el link de conexión a las partes, sus apoderados y al Ministerio Público, a los correos electrónicos suministrados.

Por Secretaría, comuníquese esta decisión a la totalidad de los Despachos del Tribunal Administrativo de Caldas, y háganse la correspondiente publicación de esta providencia en la página web de este Tribunal para que la comunidad en general pueda asistir a ella.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 141

Manizales, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 170013333001-2016-00050-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Eduar Andrés Guerrero 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 responsable a la Nación - Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación por los perjuicios ocasionados al señor Educar Andrés Guerrero y a su núcleo familiar¹, a raíz de la privación injusta de la libertad que soportó entre el 20 de abril de 2012 al 16 de octubre de 2014.

Que por lo anterior, se ordene a las demandadas pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir el daño material (lucro cesante² y daño emergente³) y los perjuicios morales⁴ que se les causaron.

1.2. Hechos jurídicamente relevantes

Se indica en síntesis que, ante denuncia presentada por la señora Jhoana Suárez Betancur, el

¹ María Saturia Guerrero Romero y Oscar de Jesús Guerrero Díaz en su condición de madre y padre, además de sus dos hermanos.

² Tasados en el escrito de demanda en cuantía \$24.650.506 constituido por lo que dejó de percibir durante todo el tiempo que estuvo privado de su libertad.

³ Tasados en \$20.000.000 por concepto de honorarios de abogado para la defensa técnica.

⁴ Estimados en 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el afectado directo y sus padres, y 75 para sus hermanos.

12 de abril de 2012, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Riosucio, emitió orden de captura contra el señor Eduar Andrés Guerrero, siendo capturado el 20 de abril de 2012 y cobijado con medida de aseguramiento privativa de la libertad, por el delito de “*actos sexuales en menor de 14 años*”.

Que el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio mediante sentencia del 16 de octubre de 2014, absolvió al señor Guerrero del delito imputado en su contra, toda vez que, la Fiscalía no logró demostrar que él hubiese cometido el delito, decisión que no fue apelada por el ente acusador y por la parte civil.

1.3. Fundamentos de derecho

Cita como fundamentos el artículo 90 de la Constitución; artículos 140 y 159 a 261 del CPACA; artículo 65 de la Ley 270 de 1996. Sostuvo que el demandante fue absuelto, toda vez que, no fue posible desvirtuar su presunción de inocencia, por lo que se generaron perjuicios a él y su familia, los cuales deben ser reparados por el Estado. Transcribió en su totalidad la sentencia del 12 de noviembre de 2014, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

2. Contestación de la demanda

2.1. Fiscalía General de la Nación

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, aceptó como ciertos los hechos referentes a la acusación, captura y privación de la libertad del demandante. Objetó la estimación de la cuantía respecto de los perjuicios inmateriales solicitados, frente a los cuales refiere que el Consejo de Estado ha fijado un tope indemnizatorio. En cuanto a los perjuicios materiales dice que, no se aportaron pruebas idóneas que permitan establecer que efectivamente el demandante realizó el pago que aduce por concepto de daño emergente; en cuanto al lucro cesante señaló que, se aportaron documentos que no son idóneos para demostrar tales perjuicios.

Propuso las excepciones tituladas: i) *Inexistencia del error judicial*: basado en que no se configuró dicho error toda vez que, el acusado fue absuelto debido a las dudas que existieron frente a la responsabilidad; ii) *Inexistencia del daño*: afirmó que el demandante no probó el daño, conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil; iii) *Inexistencia de la Falla del Servicio*: señaló que existe total ausencia de los elementos que constituyen la falla en el servicio; iv) *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; v) *Hecho exclusivo y excluyente de un tercero*: Sostuvo que debe ser exonerada la Fiscalía debió al hecho de un tercero, esto es la señora Jhoana Suárez Betancur; vi) *Inexistencia de nexa causal*: señaló que, no existe

relación entre la actuación de la Fiscalía y el daño alegado por la parte demandante.

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

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante; en relación con la indemnización de perjuicios adujo que la prueba del lucro cesante debe ser sometida a debate judicial, con las respectivas pruebas como la declaración de renta y demás. En cuanto al daño emergente adujo que, no se aportó el contrato de prestación de servicios que es la prueba que sustenta tal perjuicio.

Afirmó que ninguna responsabilidad le es imputable, porque se cumplían con todos los presupuestos establecidos por el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, para imponer medida de aseguramiento, pues dentro de la investigación adelantada por la Fiscalía, se acopiaron elementos probatorios que conducían a establecer razonablemente que el señor Eduar Andrés Guerrero podía ser el autor de la conducta punible endilgada.

Adujo que, se debe aplicar un régimen subjetivo de responsabilidad, pues la Jurisprudencia que viene aplicando la jurisdicción contenciosa administrativa contraviene abiertamente la *ratio decidendi* de la sentencia C-037 de 1996, en la que precisó que, la detención solo deviene injusta cuando ha sido consecuencia de una actuación o decisión arbitraria, injustificada e irrazonable que transgreda los procedimientos establecidos por el legislador, es decir, solo en esos eventos el daño se torna antijurídico, por tanto solicita que se verifique si la actuación de la Rama Judicial dentro del proceso fue arbitraria, injustificada y razonable.

Sostuvo que, la medida de aseguramiento de detención preventiva no equivale a sentencia condenatoria y los requisitos para su imposición, difieren en uno y otro caso, pues mientras que para la aplicación de la medida solo se requiere un convencimiento de probabilidad de la responsabilidad del imputado, para emitir sentencia se requiere que exista certeza de la responsabilidad penal endilgada.

Propuso las excepciones de: "*Culpa exclusiva de la víctima*", la cual sustentó en el artículo 70 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y diferentes fallos del Consejo de Estado, para indicar que fue la conducta del demandante la que dio lugar a que tuviera que soportar la medida privativa de la libertad. "*Falta de configuración de los elementos que estructuran responsabilidad extra- contractual del Estado*" por cuanto no se probó la ocurrencia de un daño antijurídico, que sea imputable a algún agente estatal. "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*" basada en que fue la Fiscalía la que en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 250 de la Constitución, capturó al demandante y aportó los elementos probatorios que llevaron al juez de control de garantías al convencimiento de su participación en el punible.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probadas las excepciones de "*Inexistencia de error judicial*", "*inexistencia del*

daño", *"Inexistencia de la falla en el servicio"* e *"Inexistencia de nexo causal"* propuesta por la Fiscalía General de la Nación y *"Culpa exclusiva de la víctima"*, propuesta por la Rama Judicial y denegó las pretensiones de la parte demandante.

Para dar base a la decisión, realizó un análisis fáctico y jurisprudencial del caso, para luego de transcribir apartes jurisprudenciales relacionados con la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad y analizar los elementos de la referida responsabilidad en concordancia con los elementos probatorios obrantes en el plenario, concluyendo que, la detención preventiva del señor Eduar Andrés Guerrero se ajustó a los criterios establecidos en la legislación y en la jurisprudencia y consecuentemente, no fue irracional, desproporcionada o ilegal; por lo tanto, el daño no fue antijurídico.

Señaló que, el hecho de que en materia penal las pruebas recaudadas no resultaron suficientes para convencer al juez penal más allá de toda duda razonable del acaecimiento del hecho, en materia extracontractual devienen en suficientes para negar la reparación reclamada por los demandantes.

Por otro lado, en cuanto a la culpa exclusiva de la víctima indicó que, conforme a las pruebas arrojadas, como el dictamen practicado a la niña presentado por la psicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; lo manifestado por el médico del Hospital San Juan de Dios de Riosucio - Caldas que valoró a la niña y los contactos directos de Eduar Andrés con la infante, eran situaciones que en conjunto confirmaban lo narrado por la niña, permitiendo concluir sin dubitación alguna, que la actuación del aquí demandante fue la causa eficiente en la producción del daño, pues, a pesar de que el referido señor fue exonerado de responsabilidad penal, las decisiones que adoptó la Fiscalía –que condujeron a la privación de su libertad- se encuentran justificadas por el comportamiento del actor.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello transcribió lo expuesto en la demanda, haciendo énfasis que, tal fue la contundencia de error que, ni la Fiscalía ni la parte civil del proceso penal apelaron la sentencia.

Adujo en síntesis que, la detención preventiva que se le impuso al señor Eduar Andrés Guerrero no obedeció a dolo o culpa grave imputable a él; que la Fiscalía incurrió en una serie de desafortunados desaciertos y mal direccionamiento de la investigación, lo cual culminó en la absolución de los cargos que se le imputaron. Que es claro que sí hubo una falla por parte de ente estatal, pues al probarse la inocencia ello no demerita el daño que se le causó con su privación injusta de la libertad, pues, no se probó por parte de los investigadores y la Fiscalía la culpabilidad del señor Eduar Andrés Guerrero, pero aun así él y su familia tuvieron que padecer las consecuencias de los delitos endilgados que no cometió.

Agrega que, la declaración de los testigos, fueron uniformes en cuanto el dolor profundo en que se vieron abocados, no solo Eduar Andrés Guerrero, como perjudicado directo, sino su padre, madre y hermanos, tal como lo afirmaron los señores Juan De Jesús Molina Rivera, Germán Adrián Marín y Jairo Taborda Montoya, manifestando que el señor Eduar Andrés y su familia sufrieron afectaciones psicológicas y emocionales.

II. 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 los siguientes cuestionamientos.

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

En caso afirmativo, *¿A qué monto ascienden los perjuicios causados a los accionantes?*

2. Primer problema Jurídico

Tesis del Tribunal: No se encuentran reunidos los elementos para atribuir responsabilidad patrimonial a las demandadas toda vez que, el daño sufrido por los demandantes, no es antijurídico pues, la imputación del delito, así como la captura y detención preventiva emergieron 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.

Ni la sentencia absolutoria en el proceso penal, ni el hecho consistente en que ni la Fiscalía ni la parte civil del proceso penal apelaron la sentencia absolutoria implican que deba declararse configurada la existencia de la responsabilidad extracontractual de las entidades demandadas.

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

2.1. Elementos de la Responsabilidad

2.1.1. 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 conjetura⁵.

2.1.2. 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, el Consejo de Estado 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, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-037 de 1996⁶, 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 60, 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

⁵ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 29 de febrero de 2012; Exp. 21536.

⁶ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

sentido y si su prolongación estuvo justificada.

En adición a lo anterior, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado⁷, en concordancia con la sentencia SU-072 de 2018⁸, 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, razonable y/o proporcionada.

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

“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

⁷ 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)

⁸ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

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, desde la óptica de la responsabilidad del Estado, solo será objeto de reproche y reparación la falla derivada del incumplimiento o de la omisión de las autoridades respecto de los presupuestos legales necesarios para imponerla, evento en el cual la privación de la libertad se tornará en arbitraria; o la falta de acatamiento de los términos legales que deben correr una vez se materializa la captura, caso en el cual se configura una prolongación indebida de la privación de la libertad.

Al respecto, el Consejo de Estado⁹ 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 repararlo¹⁰.

Cabe resaltar además que, en la sentencia de tutela del Consejo de Estado Sección Tercera,

⁹ 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)

¹⁰ 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,

Subsección B¹¹ citada por la parte apelante y que dejó sin efectos a la sentencia de unificación proferida el 18 de agosto de 2018 por el Consejo de Estado Sección Tercera¹², concluyó:

“44.- La Sala amparará el derecho al debido proceso, particularmente en lo referente a la presunción de inocencia, dejará sin efectos la sentencia de 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (exp. 46947) y dispondrá que en la sentencia de reemplazo se valore la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia; y por las razones explicadas al determinar el problema jurídico, se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia respecto de la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado”.

2.2. Lo probado en el proceso

Se aportaron algunas piezas procesales del proceso penal radicado 17-614-31-04-001-2012-00095-01 tramitado contra Eduar Andrés Guerrero por el delito de *Actos Sexuales con menor de 14 años*, de los cuales se resalta:

- Formato de audiencia preliminar del 2 de abril de 2012, a través del cual la Fiscalía General de la Nación solicitó orden de captura contra el señor Eduar Andrés Guerrero, de la que se destaca:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 del C.P. Penal, se solicita la expedición de la orden de captura, en contra del señor EDUAR ANDRÉS GUERRERO GUERRERO, para ser vinculado a la investigación con fines de imputación por estar incurso en la comisión del delito de Actos Sexuales con menor de 14 años, según la denuncia formulada por la señora JHOANA SUÁREZ BETANCUR, por los hechos ocurrido el día 5 de marzo de 2012 (...)

Una vez escuchados los argumentos de la Fiscalía y como el señor EDUAR ANDRÉS GUERRERO GUERRERO se encuentra plenamente individualizado e identificado y con base en los artículo 297 y 298 del C. de P. Penal, se ordenó la expedición de la orden de captura”. (fls. 102 a 103, archivo “01C1Fls1A159”)

- Acta de Audiencia Preliminar de expedición de Orden de Captura, celebrada el 12 de abril de 2012 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Riosucio (Caldas), en la cual se aceptó la solicitud y se expidió orden de captura en contra del señor Eduar Andrés Guerrero (fls. 106 a 107, archivo “01C1Fls1A159”).
- Acta de Audiencia celebrada el 21 de abril de 2012 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Riosucio, diligencia en la cual fue legalizada la captura del señor Eduar

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, Radicado: 11001-03-15-000-2019-00169-01

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicado No. 660001233100020100023501 (46947). C.P. Carlos Alberto Zambrano

Andrés Guerrero surtida el día 20 del mismo mes y año y, en la que además fue imputado el delito de *Actos Sexuales con menor de 14 años*; así mismo, fue impuesta medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión (Fls. 114-116, archivo "01Cuaderno1").

- Informe Psicológico 17-614-60-00073-2012-8012 del 28 de marzo de 2012, suscrito por la Psicóloga Eliana Lorena Vargas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, en el cual consta la valoración realizada a la niña SSS, del cual se destaca:

"(...) Entrevista a la madre:

Respecto al evento la señora comenta que salió a reclamar un giro que le colocó el esposo y dejó las niñas al cuidado de la abuela, cuando regreso observo a las niñas normal, sin embargo en la noche la niña expresó que le dolía en la vagina y la señora la reviso y la observo colorada y al preguntarle a la niña quien la había tocado ella dijo que Eduar cuando la había cargado, información que fue confirmada por la otra niña; entonces se la llevó al puesto de salud de Quebralomo allá le dijeron que solo la había manoseado.

(...)

En el apartado de tactos y tocamiento se pregunta (a la menor) inicialmente por los contactos positivos, se le pregunta quien le da besos y dice: "los hombres de arriba" se le preguntan cómo se llaman esos hombre y la dice: "Eduar", se le pregunta donde le da besos Eduar y señala que en la boca, se le pregunta quien le da abrazaos y dice "un hombre, Eduar", se le pregunta si la mama le da besos y responde afirmativamente, se le pregunta si la mama le da abrazos y dice que sí y señala donde la besa la mama, responde que la hermanita Sara también la abraza y le da besos, se le pregunta quien la acaricia el cabello y dice "un hombre", se le pregunta quien le hizo es peinado tan lindo y responde que la mama.

De los contactos negativos se le pregunta quien le pega y dice que la mama (la niña se dispersa dice que le pica el pie y ataca las tos).

Escenario del abuso

Se le pregunta si alguna persona la ha tocado alguna parte de su cuerpo y dice que sí, se le pregunta quién y dice Eduar se le pregunta dónde y la niña señala en el dibujo la vagina, se le pregunta nuevamente que parte del cuerpo le tocó y le generó dolor, entonces la niña asocia dolor y dice que cuando la mama le corta las uñas, entonces muestra que la mama le pintó las uñas de las manos y de los pies, se le pregunta qué otra parte de su cuerpo le han tocado y le generó malestar y señala el pómulo derecho diciendo que se "aporrio" también cuenta que se "aporrio en Medellín" y muestra la rodilla y muestra la cicatriz y cuenta que Sara se cayó en el jardín y no le salió sangre ..., se le pregunta si alguien le ha tocado alguna parte de su cuerpo y eso le generó dolor y responde que sí que fue Eduar, se le pregunta que parte del cuerpo le toco y señala el cuello.

(...)

CONCLUSIONES

PRIMERA

Al aplicar la metodología Análisis de Validez de la declaración, para analizar la entrevista realizada a la niña SSS respecto del relato de abuso sexual del cual fue víctima por parte del señor Eduar se encuentra elementos de credibilidad en la declaración.

SEGUNDA

La niña SSS logra verbalizar cuando el señor Eduar le besa la boca, la abraza y toca su vagina asociando esto con dolor pero sin ofrecer más datos, debido a su corta edad.

TERCERA

Aunque al aplicar el ACBC a la entrevista que da la niña SSS no se encuentran suficientes elementos esto no es significa un indicador de poca credibilidad por la corta edad que tiene la niña, sin embargo al revisar la lista de validez se encuentran elementos que aportan mayor credibilidad como el apartado presiones para informar en falso y cuestiones de investigación.

CUARTA

La niña como resultado del evento estresante vivido con Eduar ha presentado síntomas como mayor sensibilidad y terrores nocturna además de temor por el género masculino, estos síntomas están relacionados como consecuencias del abuso sexual.” (sic) (Fls. 70 a 76, archivo “01C1Fls1A159”)

- Oficio 17-10300-1185 del 15 de junio de 2012, mediante el cual la Defensora de familia remite al Investigador Grupo de Infancia y Adolescencia – Distrito Cuarto, informe Psicológico suscrito por la Psicóloga del ICBF Eliana Lorena Vargas (fls. 77 y 78. archivo “01C1Fls1A159”), del cual se destaca:

“3.. Durante la entrevista Psicológica realizada a la niña SSS se empleó la metodología SVA la cual consiste en aplicar entrevista por medio de protocolo RATAC, entrevista que fue grabada en video, posteriormente al video se le realiza el análisis de contenidos basados en criterio (ACBC) y la comprobación de la validez de las declaraciones (...).”

- Boleta de Libertad 03 del 1 de septiembre de 2014 del Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, a través de la cual se ordenó la libertad del señor Eduar Andrés Guerrero. (fl. 384, archivo “01C1Fls1A159”)
- Sentencia del 16 de octubre de 2014 proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio (fls. 386-400, archivo “04C1Fls349A566”), en la cual se señala:

“(...) Con fundamento en estas pruebas, como se ha venido sosteniendo, no es posible establecer más allá de toda duda razonable la ocurrencia de los hechos, y en consecuencia la responsable penal en calidad de autor del señor EDUAR ANDRÉS GUERRERO (...).”

2.3. 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 si es o no imputable a las entidades demandadas y si se presenta o no una culpa exclusiva de la víctima.

2.3.1. En cuanto al daño

El daño alegado por el demandante se concretó en el adelantamiento de un proceso penal y la privación de la libertad del señor Eduar Andrés Guerrero, desde el 12 de abril de 2012 hasta el 1 de septiembre de 2014 en virtud de la captura y medida de aseguramiento de detención preventiva intramural, ordenada por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal del Riosucio.

Al respecto, la Sala encuentra demostrado, el adelantamiento del proceso penal radicado 17-614-31-04-001-2012-00095-01 tramitado contra Eduar Andrés Guerrero por el delito de *Actos Sexuales con menor de 14 años*, así como la captura y la imposición de la medida de aseguramiento, tal como consta en el Acta de Audiencia Preliminar de expedición de Orden de Captura, celebrada el 12 de abril de 2012 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Riosucio (Caldas).

Igualmente se encuentra acreditada la relación de parentesco entre el señor Eduar Andrés Guerrero y los demás demandantes, de conformidad con los registros civiles de nacimiento aportados. (Fls. 32 a 40, archivo "01C1Fls1A159")

Por lo anterior se concluye que, se encuentra demostrado el daño ocasionado a los demandantes, debiendo en consecuencia desentrañar si el mismo es antijurídico y en caso afirmativo, si resulta atribuible a la Nación – Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación.

2.3.2. En cuanto a la antijuridicidad del daño

Como se refirió en el acápite anterior, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado¹³, en concordancia con la sentencia SU-072 de 2018¹⁴ de la Corte Constitucional, 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, razonable y/o proporcionada*. Solo si se determina que la medida restrictiva resultó injusta se genera un daño antijurídico.

La parte demandante adujo que la Fiscalía incurrió en una serie de desafortunados desaciertos y mal direccionamiento por parte de los investigadores, lo cual culminó en la

¹³ 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)

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

absolución de los cargos que se le juzgaron por el juez de conocimiento, por lo tanto, si hubo una falla por parte de ente estatal, pues al probarse de la inocencia ello no demerita el daño que se le causó con su privación injusta de la libertad, pues, no se probó por parte de los investigadores y la Fiscalía la culpabilidad del señor Eduar Andrés Guerrero, pero aun así él y su familia tuvo que padecer las consecuencias de los delitos endilgados que no cometió.

La Sala precisa que, tal afirmación parte de una interpretación errada, pues confunde el rol del juez penal con el del juez administrativo, frente al análisis que debe hacer sobre la imposición de la medida de privación de la libertad. Desde la óptica de la responsabilidad del Estado, el Juez administrativo debe realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue *apropiada, razonable y/o proporcionada* y solo será objeto de reproche y reparación la falla derivada del incumplimiento de las autoridades respecto de los presupuestos legales necesarios para imponerla o mantenerla, evento en el cual la privación de la libertad se tornará en arbitraria; o la falta de acatamiento de los términos legales que deben correr una vez se materializa la captura, caso en el cual se configura una prolongación indebida de la privación de la libertad.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 19 de febrero de 2021¹⁵ antes citada, señaló:

“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 de aseguramiento, 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 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 2004¹⁶, 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 constitucional fundamental a la libertad.

Así las cosas, 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*

¹⁵ 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)

¹⁶ 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.

que indiquen la posible existencia del mismo" (Artículo 250, Superior).

- **Sobre la captura**, 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 Fiscalía General de la Nación solicitó ante el Juez de Control de Garantías se librara orden de captura contra Eduar Andrés Guerrero, ello basado en la denuncia formulada por la señora Jhoana Suárez Betancur, por la presunta comisión del delito de *Actos Sexuales con menor de 14 años*, en hechos ocurridos el 5 de marzo de 2012.

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 la orden de captura fue solicitada por la Fiscalía ante un Juez de Control de Garantía, quien al valorar el respaldo probatorio presentado encontró que existían "*motivos razonablemente fundados*" para inferir que Eduar Andrés Guerrero era autor o partícipe del delito que se le imputaba. (fl. 115, archivo digital "01C1FIs1A159").

Se destaca que, en este estadio inicial de la investigación penal, la ley no exige para ordenar 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 el demandante era autor o partícipe del delito que se investigaba.

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 del daño, este no puede calificarse como antijurídico y en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo¹⁷.

¹⁷ 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.

- **Sobre la medida de aseguramiento**, el artículo 306 *ibidem* 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 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.*

Continuando con el análisis del desarrollo del proceso penal, se tiene que, el 20 de abril de 2012 se materializó la captura de Eduard Andrés Guerrero, por lo que la Fiscalía solicitó la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, teniendo en cuenta la calidad y la modalidad de la conducta punible investigada, con fundamento en lo que a continuación se destaca:

“La Fiscalía cuenta con información válidamente obtenida como historia clínica, Informe pericial de psicología que nos permite inferir con probabilidad de verdad que el imputado Eduard Andrés Guerrero Guerrero puede ser de verdad el autor material del punible de abuso sexual con menor de 14 años, con la agravación punitiva del delito cometido el 05 de marzo de 2012 del mediodía en zona rural del municipio de Riosucio en contra de una niña de apenas 3 años (...) la niña fue entrevistada por una profesional en psicología con experiencia en el protocolo SATAC que es un método de entrevista de víctimas infantiles que cierra las puertas a las posibilidades de que ese menor diga mentiras, de que ese menor se invente relatos, a través de ese protocolo se le brinda simpatía para que el niño no entre en juegos, que crea que esté jugando, es tal la simpatía entre el entrevistador y entrevistado para que el mismo cuente y se

sincere con él y se le valoran una serie de criterios para saber si está mintiendo, si está siendo presionado o saber si se está imaginando las cosas, y por esto siempre debe haber un psicólogo con experiencia, y ya vimos las conclusiones a la que llegó la psicóloga, la niña tiene un alto grado de credibilidad. Que no está siendo influenciada, ni presionada, además que no existen motivos para que esta niña perjudique de manera injusta y arbitraria a Eduar Andrés, lo que yo he dicho es todo lo contrario, hay es motivos para que la niña no lo incrimine y sin embargo lo hace de una manera espontánea y libre, existen más motivos para que le acolite o tape cualquier error a Eduar, por el cariño y la confianza en él depositada por esta pequeña en él. El médico que atendió urgencias en el hospital local de Riosucio dice así en la historia “la niña posee trauma por fricción en introito vaginal y fluido amarillento”, el mismo médico corroboró que si se presentaban signos de violencia sexual a la pequeña, ya lo había dicho la auxiliar de enfermería, quien primero miro a la niña, le noto algo raro en su piel a nivel de su vagina, quien dijo que notó ronchas en la piel, ella en el momento no vio el flujo vaginal, pero ella dijo yo vi a la niña como quemadita en la vagina, como rojo y dice que la piel de los niños es delicada y sensible y ante cualquier estímulo se irrita y más una niña de 3 años. Todas esas circunstancias asociadas a que Eduar Andrés estuvo a esa hora con esa niña en el corredor de la casa de la pequeña, que además era costumbre ir allá, cargarlas, jugar con ellas, charlar con ellas (...).

Hay un peligro para la comunidad cuando se trata de personas que han exteriorizados sus deseos sexuales con menores de edad, y más con menores de edad como la menor, que apenas tenía recién cumplidos los 3 años edad, lo que constituye un delito y comportamiento muy grave (...).”

En audiencia del 21 de abril de 2012, el Juez de Control de Garantías impartió legalización de la captura, se formuló imputación y se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario contra el demandante.

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, impuesta por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Riosucio, fue dictada conforme a los parámetros previstos en los artículos 308 y 313 de la Ley 906 de 2004, dado que, en el tipo penal de *Actos Sexuales con menor de 14 años*, el mínimo de la pena prevista por la ley excede de nueve (9) años¹⁸; además la Fiscalía encontró una

¹⁸ ARTICULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.

posible causal de agravación teniendo en cuenta “(...) *el carácter de amigo o vecino que tenía el imputado con la víctima*”. (fl. 115, archivo digital “01C1Fls1A159”).

Además, el material probatorio allegado hasta ese momento por la Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio permitían inferir al Juez de Control de Garantías que, era razonable imputar la autoría del delito de “*Actos sexuales abusivos en menor de 14 años - agravado*” al aquí demandante; igualmente permitía evidenciar, la gravedad de los hechos investigados y la necesidad de la imposición de la medida de aseguramiento, pues se inferir “*un peligro para la comunidad cuando se trata de personas que han exteriorizados sus deseos sexuales con menores de edad, y más con menores de edad como la menor, que apenas tenía recién cumplidos los 3 años edad, lo que constituye un delito y comportamiento muy grave*”.

Por lo expuesto, encuentra la Sala que la medida de aseguramiento impuesta sobre el demandante, se encontró ajustada a Derecho y por tanto, se descarta la falla en el servicio por parte de las entidades demandadas.

- Sobre el Daño Especial

Ahora bien, teniendo en cuenta que fue descartada la falla en el servicio, debe analizarse el caso bajo la teoría del daño especial, por cuanto es posible que el Estado, con su actuar legítimo, inflija daños a particulares, lo que conlleva, por razones de igualdad -frente a las cargas públicas- y de equidad, que la persona no deba soportarlo.

Por lo tanto, si se prueba que el daño consistente en la privación de la libertad -principio y valor supremo reconocido en normas constitucionales y supranacionales, que solo puede restringirse por orden de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley- fue especial, anormal y, por tanto, adquirió la característica de antijurídico, debe procederse a su reparación, toda vez que la privación de la libertad no es una carga que, por generalidad, deban soportar los ciudadanos.

En el presente asunto, para el momento de la audiencia de legalización de la captura, imputación de cargos y medida de aseguramiento, los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados y de la información legalmente obtenida, se podía inferir **razonablemente** que el imputado podía ser autor de la conducta delictiva que se investigaba y que además constituía un peligro para la sociedad.

Lo anterior es completamente diferente a la situación presentada en la audiencia del juicio oral, realizada el 1 de septiembre de 2014 adelantada ante el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio (Caldas), en la cual se anunció “*sentido del fallo absolutorio en virtud del principio universal del in dubio pro reo, decretándose la libertad del procesado por esta causa*”, en favor de Eduar Andrés Guerrero y en consecuencia dispuso su libertad inmediata.

Para fundamentar la absolución el Juez Penal señaló¹⁹ que: “Con fundamento en estas pruebas, como se ha venido sosteniendo, no es posible establecer más allá de toda duda razonable la ocurrencia de los hechos, y en consecuencia el responsable penal en calidad de auto del señor EDUAR ANDRÉS GUERRERO GUERRERO”

Lo anterior lleva a afirmar que, al momento de dictarse la orden de captura y la medida de aseguramiento de detención preventiva, existían elementos de juicio que permitían inferir razonadamente la participación del señor Guerrero en los hechos investigados; sin embargo, tales elementos fueron insuficientes para que, al momento de dictar sentencia, el Juez de conocimiento considerara demostrado, más allá de la duda, que había abusado de una menor de 14 años, según la teoría del caso de la Fiscalía. De allí que diera aplicación al principio del *in dubio pro reo*.

En ese orden de ideas, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, 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, lo cual no aconteció, generándose la necesidad de proferir sentencia absolutoria, situación que en momento alguno vuelve injusta la detención preventiva adoptada.

En un caso particular, donde fue aplicado el daño especial por privación injusta de la libertad, la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁹ fundamentó:

“La Sala considera que toda privación injusta de la libertad trae consigo una intensa vulneración al derecho al buen nombre de quien la padeció. En efecto, el ejercicio del poder punitivo del Estado se sustenta en la confianza legítima de toda la población, que lo acata porque presume su corrección. Por tanto, cuando la sociedad tiene conocimiento de la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de un ciudadano, asume que el Estado tenía serios y razonables indicios de su responsabilidad, y que dicha persona no podía defenderse de los cargos estando en libertad. Así las cosas, esta Subsección estima que una medida de este tipo, en ausencia de un título jurídico que justifique la restricción del derecho a la libertad, conlleva necesariamente un menoscabo en la reputación de quien la soporta, como ocurrió en el presente asunto.

(...)

Así las cosas, el entonces sindicado estuvo privado de la libertad debido a un proceso penal en el que el Estado no pudo desvirtuar su presunción de inocencia. En el presente asunto, la antijuridicidad del daño se deriva de la imposibilidad que surgió dentro del proceso de justificar definitivamente la restricción de su derecho a la libertad, lo que le generó un daño especial que deberá ser indemnizado”.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata. 5 de marzo de 2021. Radicación número: 05001-23-31-000-2011-01356-01(49387)

De lo anterior, se desprende que, efectivamente contra el demandante fue imputado un delito e impuesta medida de aseguramiento, en virtud a los materiales probatorios aportado por el Fiscalía, los cuales eran contundentes -en su momento, además serios y sólidos, lo cual justificaba la imputación del delito y la restricción a la libertad, por lo tanto no puede hablarse en este caso de que se configure un daño que sea antijurídico.

Ahora, en cuanto a la conducta de la víctima directa, de acuerdo con lo descrito por la Psicóloga del ICBF en su informe pericial, y lo descrito en los testimonios registrados en la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, se tiene que la conducta asumida por el demandante, desde la óptica del derecho civil, influyó en la decisión de imputar y privación de la libertad; al respecto se destacan las siguientes declaraciones practicadas en el juicio oral:

- Claret del Socorro Sánchez, enfermera del puesto de salud de la vereda “Quibralomo”, profesional que labora como auxiliar de enfermería, atendiendo lo relacionado con controles prenatales, de crecimiento y desarrollo, señaló sobre los hechos que:

*“atendió a la menor S.S.S. y la remitió al Hospital, en marzo del año 2012, un lunes a las 8 de la noche, recordó que la llevó la mamá de la menor, Johana (sic), porque la niña se quejaba de ardor y dolor en la vagina, que ella la reviso (sic) y la encontró un “poquito irritada en la vagina” (...) Posteriormente reconoce que dijo en la entrevista “La mamá llegó con la niña al puesto de salud, llegó anoche, iba a hacer las ocho de la noche, que porque la niña se quejaba de dolor en la vagina y un flujo, yo me puse a revisarla no le vi flujo, lo vi algo raro, ya le pregunte (sic) a la niña que quien la había tocado y **no dijo el nombre bien completo pero si dijo que Eduar la había tocada con el dedo y ella mostraba el dedo índice,** (...)”²⁰”*
(Destaca el Tribunal)

- Eliana Lorena Vargas Largo, Psicóloga del ICBF quien suscribió informe pericial en el proceso penal, quien señaló sobre los hechos:

*“(...) realizó la valoración el 23 de marzo de 2012, y el informe lo elaboró el 28 de marzo del mismo mes (...) Que en este caso se le solicito (sic) determinar la credibilidad del testimonio de la menor por la ocurrencia de un presunto abuso sexual, para lo cual le enviaron copia de la denuncia, copia de la declaración de la enfermera y de la abuela. (...) En este momento se deja a disposición de la perito el informe psicológico realizado el 15 de junio de 2012, relacionado con la conveniencia de la asistencia de la menor al Juicio Oral, con fundamento en el cual explica que la primera valoración psicológica la hizo en marzo de 2012, cuando la niña estaba en acompañamiento psicológico para superar el stress del primer evento, por tanto traerla a juicio no era recomendable, no solo por la poca capacidad de evocar lo sucedido, sino porque el evento no había sido reforzado. Sobre si era posible una falsa interpretación de los hechos por parte de la menor, explico (sic) que **los niños a la edad de tres años no interpretan, sino que narran lo ocurrido.**”²¹*

²⁰ fl. 393, archivo digital “04C1Fls349A566”

²¹ Fl. 394 ibidem.

- Johana Suárez Betancourt, madre de la niña SSS, refirió a cerca del señor Eduar:

“Sobre cómo era la relación de Eduar con las niñas dijo, “el las llamaba y se sentaba con ellas en el corredor de mi casa. Él les tocaba el cabello, las mejillas, solía cargarlas”, agregó que nunca se opuso a tales situaciones. Sobre los hechos dijo “mi hija el cinco de marzo de 2012, me dijo que Eduar le había tocado sus partes íntimas. Cuando yo la fue a empijamar (sic) ella me dijo que le dolía la vagina, presentó un flujo amarillento, y ella me comentó que el señor la había cargado, le había metido el dedo”.

Ahora bien, respecto al valor probatorio de las declaraciones rendidas en proceso penal, el Consejo de Estado²², ha señalado:

“(…)las pruebas practicadas válidamente en un proceso judicial podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciables sin más formalidades, “siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”.

En el presente asunto, la parte actora solicitó que se allegara a este proceso el expediente penal con radicado 132587, prueba que el Tribunal Administrativo del Huila decretó en auto del 5 de abril de 2010 (fl. 178 del c.1) y, posteriormente, corrió traslado de esta.

Así las cosas, la Sala valorará, sin restricción alguna, las pruebas documentales que obran en la actuación penal, dado que su traslado fue solicitado por la parte actora, la partes tuvieron la oportunidad de conocer el contenido y contaron con la oportunidad procesal para que, si así lo consideraban, formularan algún reparo, lo que no ocurrió, por lo que serán objeto de análisis.”(Se destaca)

Las declaraciones rendidas tienen plena validez y valor probatorio, toda vez que en el proceso penal fueron practicadas por la parte demandante y adicionalmente porque, la parte actora las aportó junto con el escrito de demanda para que fueran valoradas como pruebas en esta sede judicial, de la misma se corrió traslado a los demás sujetos procesales sin obtener oposición alguna.

Así las cosas, encuentra esta Corporación que, las pruebas arrimadas, sobre los contactos directos de Eduar Andrés con la niña, eran situaciones que en conjunto confirmaban lo narrado por la infante; lo que permitía afirmar que dichas acciones del aquí demandante tuvieron incidencia en la imputación en su contra y la privación de su libertad.

Se reitera además que, las circunstancias por las cuales el juez de control de garantías motivó la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva fueron **legales, razonables**, pues, para esos momentos existían elementos probatorios que

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: María Adriana Marín. 7 de mayo de 2021 Radicación: 41001-23-31-000-2008-00309-01(52751)

permitían inferir razonadamente la comisión del punible por parte del señor Guerrero, lo que en últimas justificaba el que fuera dictada.

Igualmente, la medida de aseguramiento impuesta al señor Eduar Andrés, cumple con el requisito de **proporcionalidad**, por cuanto, tanto el Juez de Control del Garantías como la Fiscalía estimaron con fundamento en los elementos de probatorios que se habían recaudado que, estas se justificaban por cuanto existía un peligro para la sociedad.

Por otra parte, el término de más de dos años en el que el señor Guerrero estuvo privado de la libertad, no resulta desproporcionado teniendo en cuenta la complejidad del asunto, así como las numerosas pruebas que se tuvieron que recaudar en la etapa del juicio oral, por solicitud tanto por la parte acusadora como por el defensor del acusado; además que no se evidencia un vencimiento de los términos que señala el procedimiento penal que diera lugar a una prolongación ilícita de la privación de la libertad.

Además si bien finalmente el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio mediante sentencia del 16 de octubre de 2014 absolvió al señor Eduar Andrés Guerrero, haciendo referencia entre otras, a la falta de precisión en la versión de la auxiliar de enfermería; de lo manifestado por la psicóloga en cuanto al estrés postraumático de la niña y del dictamen aportado, así como a la valoración del testimonio de la madre y las personas citadas por el enjuiciado; la absolución no acaeció como producto de la demostración de la plena inocencia en los hechos investigados, sino de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, lo cual tampoco es suficiente para afirmar que se le generó un daño especial que deberá ser indemnizado.

2.4. Conclusión

No se encuentran reunidos los elementos para atribuir responsabilidad patrimonial a las demandadas toda vez que, el daño sufrido por los demandantes no es antijurídico pues, la imputación del delito, así como la captura y detención preventiva emergieron 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.

Ni la sentencia absolutoria en el proceso penal, ni el hecho consistente en que ni la Fiscalía ni la parte civil del proceso penal apelaron la sentencia absolutoria implican que deba declararse configurada la existencia de la responsabilidad extracontractual de las entidades demandadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta innecesario el análisis del siguiente problema jurídico planteado.

Por estas razones, se confirmará la sentencia de primera instancia.

3. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y atendiendo a la remisión normativa señalada por el canon 306 *ibídem* 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: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, el 23 de abril de 2021, dentro del medio de control de reparación directa formulado por Eduar Andrés Guerrero y otros contra la Nación - Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

Segundo: Sin condena en costas.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 40 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

AUGUSTO MORALES VALENCIA
(Ausente con permiso)



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 139

Manizales, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

RADICADO: 17001-33-33-002-2017-00157-02
NATURALEZA: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Luz Marina Puerta Quintero
DEMANDADO: Instituto de Valorización de Manizales – en adelante Invama

Se deciden los recursos de apelación impetrados por las partes contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demandante.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1.Pretensiones

Se solicita se declare la nulidad de la Resolución 277 del 03 de noviembre de 2016, mediante la cual, el Gerente del Invama declaró la terminación por justa causa de la relación laboral con la demandante a partir del 31 de diciembre de 2016, inclusive; que se restablezca su derecho y consecuentemente se le reintegre al cargo del cual fue arbitraria e ilegalmente desvinculada o a uno de igual o mejores condiciones y que una vez realizado el reintegro, esta se mantendrá hasta la fecha en que cumpla la edad de retiro forzoso, esto es al momento de llegar a los 70 años, o ante sí la demandante así lo decide.

Que, en caso de que no se acceda a la pretensión de ordenar el reintegro hasta los 70 años de edad, se decrete que una vez realizado el reintegro, este se mantendrá hasta la fecha en que cumpla la edad de retiro forzoso, esto es al momento de llegar a los 65 años o antes si la demandante así lo decide.

Que se ordene el pago de todos los emolumentos como salarios, factores salariales y prestaciones sociales de todo tipo, dejados de percibir, declarando que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio; el pago de los aportes a la seguridad social integral, desde que se produjo su retiro hasta el día en que se produzca su reintegro, y los que se causen hasta su retiro definitivo del servicio.

1.2.Causa petendi

Se señala en síntesis que, la demandante se posesionó en el cargo de Técnico en la Unidad Financiera Administrativa del Invama el 16 de febrero de 1981; siempre tuvo un excelente

desempeño en el cargo y nunca registro sanciones en su contra. Que para 2016, contaba con 61 años; el 3 de noviembre del mismo año, la entidad expidió la Resolución 277 con la cual da por terminada la relación laboral a partir del 31 de diciembre de ese año. El acto administrativo fue notificado por correo electrónico.

Que como beneficiaria del régimen de transición, a la accionante le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución GNR 322878 del 16 de septiembre de 2014 expedida por Colpensiones. Con Resolución 37912 del 14 de diciembre de 2016, fue incluida en la nómina de pensionados a partir de enero de 2017 y dicha información le fue comunicada por la Asesora de Gestión Humana de la entidad demandada.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Se invocó el parágrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, el artículo 125 de la Constitución y la Ley 1821 de 2016; para fundamentar que existe una falsa motivación del acto administrativo. Explica que para retirar del servicio a un empleado público se deben observar las causales previstas en la ley; en el caso, resulta aplicable la Ley 1821 de 2016 que extendió la edad de retiro forzoso hasta los 70 años, no obstante, la accionada retiró del servicio a la accionante con 61 años.

Afirma que, se incurrió en falsa motivación por aplicación indebida de la Ley ya que, el acto administrativo se fundamentó en la Ley 797 de 2003 justificando la decisión en el reconocimiento pensional realizado a favor de la accionante; sin embargo la demandada no tuvo en cuenta que la demandante pertenece al régimen de transición y como tal puede solicitar la reliquidación de su pensión.

2. Contestación de la demanda

El **Invama** contestó la demanda extemporáneamente.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró la nulidad de la Resolución 277 del 03 de noviembre de 2016, por la cual se da por terminada por justa causa una relación laboral en el Invama por reconocimiento de pensión, y que por tanto, declaró que la demandante tenía derecho a permanecer en el cargo de Técnico de la Unidad Financiera del Invama, hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta el cumplimiento de los 70 años de edad.

A título de restablecimiento del derecho, condenó al Invama a reconocer y pagar a la demandante debidamente actualizados, los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha en que fue retirada del servicio por medio de la Resolución que se anula, hasta el momento en que se haga efectivo su reintegro; que de este monto se descontarán las mesadas percibidas por concepto de pensión de jubilación durante el mismo lapso, valores que serán reintegrados a Colpensiones.

Declaró además que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados por la demandante, afirmación que se tendrá en cuenta para todos los efectos legales y, en particular, laborales y prestacionales; que la entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y pagará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia. Por último condenó en costas al Invama.

Para ello señaló que, conforme al acto administrativo de reconocimiento pensional, el

derecho pensional de la demandante se reconoció bajo las condiciones previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; la transición contemplada en esa norma extendió sus efectos hasta el 2014 para quienes estando en ese régimen tuvieran 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 22 de julio de 2005.

Que la demandante contaba con el derecho a permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso en virtud del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, que regula las condiciones de retiro para el caso y le permite a la accionante mejorar el monto a su pensión a través de la permanencia en el empleo. Por lo tanto concluyó que, la Resolución 277 del 03 de noviembre de 2016, el cual dispuso el retiro del servicio de la demandante, es nula porque con este acto administrativo se infringieron las normas en que debía fundarse.

4. Recurso de apelación

4.1. La demandante solicitó revocar parcialmente la sentencia en lo que tiene que ver con el restablecimiento del derecho consistente en el descuento de las sumas recibidas por concepto de mesadas pensionales recibidas desde la fecha del retiro y hasta que se produzca el reintegro, y que las mismas sean consignadas a Colpensiones, con el fin de que el mencionado inciso sea modificado y en su lugar se ordene que al momento del reintegro y del pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, se descuenta solo lo percibido por cualquier concepto laboral público o privado, como trabajador dependiente o independiente, tal y como lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación SU- 354 de 2017.

Adicionalmente solicitó que se complemente el fallo ordenando el reintegro al cargo del cual fue arbitraria e ilegalmente desvinculada, o a uno de igual o mejores condiciones, tal y como se solicitó en la demanda.

4.2. El Invama solicitó revocar la sentencia; para ello transcribió apartes de la contestación de la demanda presenta extemporáneamente, de la cual se extrae la posición jurídica de la entidad, la cual se concreta en que, esta verificó que la resolución notificada a la demandante estuviera debidamente motivada su inclusión en nómina de pensionados; que el retiro del servicio obedeció a razones válidas como era, inicialmente el reconocimiento de su derecho mediante la Resolución GNR 322878 de Septiembre 16 de 2014 y posteriormente la Resolución GNR 379912 de diciembre 14 de 2016, por medio de la cual se incluía en la nómina de pensionados de Colpensiones.

Trajo a colación lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia C- 1037/03, en la se señaló que, *“no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2° y 5°). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión”*. Además que, *“con este condicionamiento no se incurre en la prohibición constitucional conforme a la cual no se pueden recibir dos asignaciones que provengan del tesoro público (C.P., art. 128), en relación con los pensionados del sector público, pues una vez se incluye en la nómina correspondiente el pago de la mesada pensional respectiva debe cesar la vinculación laboral”*.

Que con relación al reconocimiento de la pensión sí se cumplió, como se desprende de la Resolución GNR 322878 de 16 de Septiembre de 2014, y con la Resolución GNR 379912 del 14

de diciembre de 2016, se ordena el ingreso a nómina. Que además, la demandante en ningún momento le manifestó a la entidad la intención de quedarse en el cargo que en otrora laboraba.

Agrega que, se cumplió a cabalidad con la Ley 797 de 2003, en su artículo 9º, reglamentado parcialmente, Decreto 510 de 2003; el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, sobre los requisitos y condiciones para obtener la pensión de vejez, como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, ya que la demandante cumplió con los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión.

Que el Invama previamente a producirse la desvinculación, garantizó que no hubiere solución de continuidad entre la fecha del retiro y la fecha en que efectivamente se comenzó a disfrutar de la pensión. Que para poder incluir en la nómina de pensionados, era necesario contar con la certeza de la fecha a partir de la cual se producirá la desvinculación laboral definitiva, de tal forma que se garantizará la no solución de continuidad entre la fecha de terminación del vínculo laboral y la inclusión en nómina general de pensionados, siendo verificada esta situación.

Que el derecho reconocido en la Ley 1821 de 2016, es reclamable solo a partir de la vigencia de la misma, esto es a partir del 30 de diciembre de 2016, pero no cubre a la demandante, por ello debe afirmarse que las actuaciones administrativas generadas en relación al reconocimiento del derecho a pensión de vejez por parte de Colpensiones, la terminación por justa causa generada por el Invama, a partir del 31 de enero de 2017, se efectuó en vigencia del parágrafo 3 del artículo 9 de la ley 797 de 2003, por haberse notificado previamente, esto es a partir del 2014 y donde se notificó posteriormente su desvinculación a partir del 31 de enero de 2017, ya que con anticipación se había notificado la obtención de la pensión de vejez y su correspondiente inclusión en nómina.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Al analizar la sentencia de instancia y los argumentos pertinentes de apelación se tiene que, se centran en dilucidar:

¿El retiro del servicio de la demandante es legal, teniendo en cuenta que, además de ser notificada de la resolución de reconocimiento de la pensión de vejez, se le notificó la resolución de inclusión de la demandante en nómina de pensionados?

¿La orden de descuento de las sumas recibidas por concepto de mesadas pensionales y que las mismas sean consignadas a Colpensiones, debe ser modificada para en su lugar ordenar que, al momento del reintegro y del pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, se descuenta solo lo percibido por cualquier concepto laboral público o privado, como trabajador dependiente o independiente?

¿Debe adicionarse la sentencia para que se ordene el reintegro al cargo del cual fue desvinculada, o a uno de igual o mejores condiciones?

2. Primer problema jurídico

3.1. Tesis del Tribunal

El retiro del servicio de la demandante debe declararse nulo, teniendo en cuenta que, la actora había consolidado su estatus pensional, a la luz del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y

conforme al artículo 150 *ibidem* para efectos de retiro, por lo que resulta evidente que, su exclusión del servicio no era posible mediante el procedimiento establecido en la norma que aplicó el ente demandado, evento que configura un fenómeno de violación de la Ley por aplicación indebida de la misma, y en igual medida puntualiza una causal de nulidad constitucional al desconocer el amparo de los derechos pensionales, consagrado en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

3.2. Fundamento normativo - Reconocimiento de pensión como causal de terminación del vínculo laboral.

El artículo 9º de la Ley 797 de 2003, a través del cual se modifica el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, estableció una justa causa de retiro del servicio aplicable sin distingo a los servidores públicos y a los trabajadores del sector privado, en los casos en que estos cumplan los requisitos establecidos para tener derecho a una prestación pensional, así:

“ARTÍCULO 9º. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así: (...)

PARÁGRAFO 3º. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones. (...).”.

Debe resaltarse que, el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 derogó tácitamente el parágrafo único del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, toda vez que este último, contrario a lo señalado en la Ley 797 de 2003, dispone que: *“no puede obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.”*

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-1037 de 5 de noviembre de 2003 declaró la exequibilidad condicionada del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, al considerar que, no bastaba la notificación de la decisión a través de la cual se materializa el reconocimiento pensional, para ordenar el retiro del trabajador o servidor público. Lo anterior, al precisar que, en estos casos, se hacía necesario verificar la inclusión en la nómina pensional correspondiente para que procediera la referida causal de retiro, esto, con el fin de que el cambio de estatus de trabajador activo a pensionado no comporte materialmente la imposibilidad de percibir un ingreso mensual que garantice el mínimo vital y móvil del servidor o trabajador objeto de la medida de retiro.

De otra parte, la Ley 909 de 2004 en su artículo 41, literal a), retomó la causal de retiro con derecho a pensión, haciéndola extensiva no solo a empleados de carrera administrativa sino a quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción, así:

“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:

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez.”

Norma que a su vez, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-501 de 17 de mayo de 2005, condicionada a que con el fin de garantizar la efectividad de los derechos del pensionado y asegurar su digna subsistencia, dicha causal solo podía operar a partir del momento en que se hace efectivo ese derecho, es decir, “a partir de la inclusión del funcionario en la nómina de pensionados de la entidad”.

El Consejo de Estado en sentencia del 04 de agosto de 2010¹ señaló que, el parágrafo 3º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no aplica a quienes se encuentren amparados por el régimen de transición descrito en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la aplicación de la Ley 797 de 2003 se supedita al respeto del derecho de transición, el cual le otorga la posibilidad al empleado que consolida su derecho a una pensión, de diferir el goce de la misma y optar por la reliquidación del monto según el artículo 150 de la Ley 100 de 1993.

En sentencia de 27 de febrero de 2020, reiteró que²:

- *El derecho consolidado del demandante supone además de lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, también lo previsto en el artículo 150 de la misma Ley 100 de 1993 en cuanto a la posibilidad de permanecer en el servicio y de mejorar el quantum pensional que le asiste.*
- *Las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003 a la Ley 100 de 1993 no eran aplicables al demandante por cuanto, a la fecha de expedición de la nueva ley, su situación pensional ya estaba definida bajo el régimen de transición.*

Así, con la providencia del 2010, el Consejo de Estado adoptó una nueva posición que le permite a las personas pensionadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 o a quienes estuvieran amparados por el régimen de transición pensional, mejorar el monto de su pensión a través de la permanencia en el servicio hasta alcanzar la edad de retiro forzoso.

3.3. Hechos acreditados

- La demandante nació el 24 de diciembre de 1955, según registro civil de nacimiento. (fl. 45 C. 1)
- La demandante laboró en el Invama desde el 16 de febrero de 1981 en cargo de carrera administrativa, según certificación emitida el 17 de noviembre de 2016. (fl 43 C.1)
- Colpensiones mediante Resolución GNR 322878 del 16 de septiembre de 2014 reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a favor de la demandante, con fecha de adquisición del estatus el 24 de diciembre de 2010, sujeto al retiro definitivo del servicio; señaló además que, el régimen aplicable por favorabilidad es el contemplado en el Decreto 758 de 1990 porque estaba amparada por el régimen de transición. (fls 47-48 C. 1).
- Invama mediante Resolución 277 del 03 de noviembre de 2016, decidió dar por terminada por justa causa, a partir del 31 de diciembre de 2016 la relación laboral con la demandante,

¹ C.P Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; exp 2533-07

² Sección Segunda, C.P Sandra Lisset Ibarra Vélez; exp. 81001-23-39-000-2016-00019-01(1141-17).

teniendo en cuenta el reconocimiento de la pensión de vejez, precisando que en todo caso la terminación de la relación laboral se haría efectiva siempre y cuando se haya notificado debidamente la inclusión en nómina de pensionados. (fl. 36-37 C.1).

- Colpensiones mediante Resolución GNR 379912 del 14 de diciembre de 2016, ordenó la inclusión en la nómina de pensionados a la accionante a partir del 1 de enero de 2017. (fls 49- 54).
- Mediante oficio de 29 de diciembre de 2016, Invama comunicó a la accionante la terminación de la relación laboral por justa causa a partir del 31 de diciembre de 2016, teniendo en cuenta la inclusión en nómina de pensionados a partir del 1 de enero de 2017.

3.4. Caso concreto

De lo expuesto, se encuentra acreditado, por un lado, que la demandante es beneficiaria del régimen de transición en la medida en que, para el 1° de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad, y por otro, que el derecho pensional se consolidó el 24 de diciembre de 2010, esto es, antes del 31 de diciembre de 2014 *“fecha límite para pensionarse bajo el régimen de transición”*³, ya que para esa fecha había acreditado más de 1.000 semanas y contaba con 55 años de edad.

En tal sentido, al encontrarse inmersa la demandante dentro del régimen de transición y consolidado el derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, el retiro del servicio de éste *“que involucra la posibilidad de mejoramiento del derecho pensional a partir de los sueldos devengados con posterioridad”*, válidamente se encuentra regido por lo dispuesto en el artículo 150 de dicho ordenamiento *“norma más favorable en la materia dentro de los dos sistemas generales que concurren”*, que dispone para el caso concreto *“que los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución”*, precisando además en su parágrafo único, que *“no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso”*.

Significa lo anterior, que el derecho consolidado por la demandante supone además de lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo referente a edad, tiempo de cotización y monto de la pensión, también lo previsto en el artículo 150 transcrito de la Ley 100 de 1993, acerca de las condiciones de retiro del servicio, en cuanto a la posibilidad de permanecer en el mismo y de mejorar el *quantum* pensional que le asiste, por aplicación del principio de favorabilidad que emana del contenido del artículo 53 de la Carta Política.

Adicionalmente, la misma Ley 797 de 2003 en su artículo 1° dispuso que las normas allí contenidas se aplicarían a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando todos los derechos, garantías, prerrogativas servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo, para quienes a la fecha de su entrada en vigencia -29 de enero de 2003, hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores públicos, oficial, semioficial en todos los órdenes.

³ Acto Legislativo 01 de 2005.

Ello supone que las modificaciones a la Ley 100 de 1993, introducidas por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, no eran aplicables a la demandante por cuanto a la fecha de expedición del nuevo precepto, su situación jurídica pensional ya estaba completamente definida al abrigo del régimen de transición que le asistía, y por supuesto amparada por el contenido de los artículos 48 y 53 de la Constitución en cuanto prevén la garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social y con ésta la de las demás garantías que de él se deslindan, como los son el pago oportuno de las pensiones, su reajuste periódico y reliquidación.

3.5. Conclusión

Por las circunstancias anotadas, debe confirmarse la sentencia en tanto, la actora había consolidado su estatus pensional, a la luz del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y conforme al artículo 150 *ibídem* para efectos de retiro, resulta evidente, que su exclusión del servicio no era posible mediante el procedimiento establecido en la norma que aplicó el ente demandado, evento que configura un fenómeno de violación de la Ley por aplicación indebida de la misma, y en igual medida puntualiza una causal de nulidad constitucional al desconocer el amparo de los derechos pensionales, consagrado en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

No son de recibo los argumentos expuestos por la entidad apelante, por cuanto no bastaba con verificar la notificación del reconocimiento de la pensión y la inclusión en nómina de la accionada para hacer efectiva la terminación del vínculo laboral, pues a la demandante le asistía el derecho a permanecer en el cargo y mejorar el *quantum* pensional, por aplicación del principio de favorabilidad que emana del contenido del artículo 53 de la Carta Política y sin que pueda afirmarse que el silencio de la demandante al momento del retiro del servicio, constituya una renuncia a tal derecho.

4. Segundo problema jurídico *¿La orden de descuento de las sumas recibidas por concepto de mesadas pensionales y que las mismas sean consignadas a Colpensiones, debe ser modificada para en su lugar ordenar que, al momento del reintegro y del pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, se descuenta solo lo percibido por cualquier concepto laboral público o privado, como trabajador dependiente o independiente?*

4.1. Tesis del Tribunal

La orden de descuento de las sumas recibidas por concepto de mesadas pensionales desde la fecha en que fue retirada del servicio hasta el momento en que se haga efectivo su reintegro y que las mismas sean consignadas a Colpensiones, será confirmada, con base en los siguientes fundamentos:

4.2. Análisis del caso

En la sentencia, a título de restablecimiento del derecho se condenó al Invama a reconocer y pagar a la demandante debidamente actualizados, los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha en que fue retirada del servicio hasta el momento en que se haga efectivo su reintegro y que de este monto, valores que serán reintegrados a Colpensiones en aras de salvaguardar los recursos públicos implicados.

Por su parte, la demandante en su apelación solicita que, no se descuenten las mesadas percibidas por concepto de pensión de jubilación sino que, en su lugar se ordene que del pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, se descuenta solo lo percibido por

cualquier concepto laboral público o privado, como trabajador dependiente o independiente, tal y como lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia SU- 354 de 2017.

Al respecto, encuentra la Sala que las reglas señaladas por la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación SU- 354 de 2017, no son aplicables al presente asunto por cuanto se trata de asuntos disimiles, pues en aquella oportunidad se señalaron las pautas para el restablecimiento del derecho en aquellos casos de reintegro de servidores, haciendo referencia únicamente al descuento de los salarios y prestaciones percibidos por cualquier concepto, laboral, público o privado, dependiente o independiente; pero no analizó lo referente a los descuentos por concepto de mesadas pensionales recibidas cuando el acto de retiro del servicio se fundamente en el reconocimiento de la pensión de vejez.

En la referida sentencia, la Corte Constitucional señaló:

“9.2.2.3. De acuerdo con lo anterior, es evidente que a diferencia de los asuntos que ha conocido la Corte sobre la materia referentes a personas nombradas en provisionalidad en cargos de carrera, el debate en este caso surgió por la ilegalidad del nombramiento el cual nunca debió ser en provisionalidad sino como un verdadero cargo de carrera administrativa, en tanto el funcionario cumplió y aprobó el concurso de méritos llevado a cabo por la entidad. A pesar de ello y según lo expuesto, la Sala considera que el precedente constitucional sobre la materia se aplica indistintamente de si la designación fue en propiedad o en provisionalidad respecto de un cargo de carrera.

La esencia del restablecimiento del derecho ordenado en favor del señor Augusto Ramírez Zuluaga es retrotraer las cosas a su estado inicial, luego de hacer cesar los efectos jurídicos del acto administrativo que lesionó sus derechos. La condena de la cual será beneficiario está dirigida a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando y a pagarle los salarios y las prestaciones dejados de percibir, creando una ficción jurídica de que nunca fue retirado del servicio.

Siendo así, el señor Ramírez Zuluaga no puede recibir las sumas que se ordenan a título de restablecimiento del derecho y además los salarios y prestaciones de los cargos que ejerció en la Fiscalía y en la Defensoría, u otros que hubiere recibido ya sea del sector público o del privado, durante el mismo periodo, pues la esencia del restablecimiento del derecho es retrotraer las cosas a su estado inicial, luego de hacer cesar los efectos jurídicos del acto administrativo que lesionó los derechos del ciudadano.

*Esto significa que el señor Augusto Ramírez Zuluaga es beneficiario del reintegro sin solución de continuidad, pero con el pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir, descontando de ese monto las sumas que por cualquier **concepto laboral**, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, indemnizando de ese modo el daño realmente causado.”*

En este caso, lo que es objeto de análisis es lo referente a los descuentos por concepto de mesadas pensionales teniendo en cuenta que, el acto de retiro del servicio de la demandante se fundamentó en el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones y la inclusión en nómina de pensionados a partir del 1 de enero de 2017.

Es decir, aquí se analiza el pago de dos rubros distintos: (i) el proveniente del reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones; y (ii) el originado en el restablecimiento del derecho conculcado por el Invama, que implica su propio traslado

patrimonial, "(...) el actual régimen constitucional establece la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y que éste le sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial".⁴

Por lo tanto, y como quiera que el pago de la pensión de vejez estaba sujeto al retiro definido del servicio, y que en efecto, dicho retiro del servicio es declarado nulo, implica que las cosas vuelven a su estado inicial, luego de hacer cesar los efectos jurídicos del acto administrativo que lesionó los derechos de la demandante, por tanto, al considerarse que no existió retiro del servicio, no había lugar a la inclusión de la demandante en la nómina de pensionados.

Al respecto, el Consejo de Estado⁵ precisó que

*"81. Lo anterior, en consideración a que **el disfrute de la pensión está condicionado al retiro efectivo del empleo**, lo cual no implica, que se prohíba la posibilidad de que el beneficiario siga efectuando aportes si pretende acrecentar el monto de la pensión, tal como lo autoriza expresamente el artículo 17 de la Ley 100 de 1993*⁶.

*82. Sobre este aspecto, la jurisprudencia constitucional⁷ ha señalado que pese a que la obligación de cotizar desaparece cuando se causa el derecho, esto es, cuando se cumplen los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, **el disfrute de la pensión está condicionado "al retiro efectivo del empleo"**, lo cual no imposibilita que el beneficiario pueda seguir efectuando aportes voluntarios que le permitan aumentar el monto de la pensión u obtener una reliquidación con base en los últimos aportes realizados, derecho este último que no es posible conculcar en detrimento del derecho a una mesada pensional que corresponda con lo efectivamente aportado al Sistema General de Seguridad Social.*

*83. Al respecto, dicha Corporación ha considerado que "la obligación de realizar aportes cesa en el momento en que se cumplen los requisitos para acceder a una pensión mínima. No obstante, **el disfrute de la pensión que sea reconocida queda supeditado al retiro del empleo** y, en todo caso, se brinda a la trabajadora o el trabajador la posibilidad de continuar realizando aportes voluntarios que le permitirán aumentar el monto de su pensión bien si se trata del régimen de ahorro individual con solidaridad u obtener una reliquidación de su pensión con base en los últimos aportes, si la persona se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida"*⁸. (Se resalta)

Por lo anterior, teniendo en cuenta que el efecto de la declaratoria de nulidad consiste en retrotraer las cosas al estado anterior, esto es, como si no existiera el acto de terminación del

⁴ Sentencia C-333 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁵ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P Rocio Araújo Oñate; sentencia 3 de marzo de 2020; exp 11001-03-15-000-2019-03970-00(REV).

⁶ ARTÍCULO 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes."

⁷ Sentencia T-705 de 2006, reiterada en la Sentencia T-280 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Las consideraciones de esta sentencia se reiteraron por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia del 24 de enero de 2019, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 11001032500020150081700

⁸ Ibidem.

vínculo laboral de la demandante, la orden adecuada consiste en disponer que el Invama reconozca y pague debidamente actualizados, los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha en que fue retirada del servicio hasta el momento en que se haga efectivo su reintegro y que de este monto se descuenten las mesadas percibidas por concepto de pensión de vejez durante el mismo lapso, valores que deberán ser reintegrados a Colpensiones.

Al respecto, el Consejo de Estado en un asunto similar, dispuso:

*“En este orden de ideas, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, se impone el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales, y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro efectivo del servicio, esto es, desde el 1 de abril de 2004 y hasta la fecha en que la actora cumplió 65 años de edad, es decir, hasta el 5 de mayo de 2011, de cuyo monto se descontará el valor percibido por la misma por concepto de pensión de vejez por parte de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, durante el mismo lapso, ordenándose el reintegro de las mesadas recibidas a la entidad de previsión, en aras de salvaguardar los recursos públicos”.*⁹

Además, valga resaltar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 128 de la Constitución, nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, en consecuencia, a quien se le haya otorgado pensión de vejez con aportes de origen público, se configura una incompatibilidad para recibir de manera simultánea el salario correspondiente en la entidad u organismo público.

Por lo anterior, se impone confirmar la sentencia en este aspecto.

5. Tercer problema jurídico *¿Debe adicionarse la sentencia para que se ordene el reintegro al cargo del cual fue desvinculada, o a uno de igual o mejores condiciones?*

5.1. Tesis del Tribunal

No hay lugar a adicionar la sentencia de primera instancia, pues en ella se analizó y dispuso el reintegro de la demandante al mismo cargo o a otro de igual o mejores condiciones. Lo anterior con fundamento en los siguientes fundamentos:

5.2. Análisis del caso

En la demanda se solicitó que se ordene el reintegro de la demandante al cargo del cual fue arbitraria e ilegalmente desvinculada, o a uno de igual o mejores condiciones; que una vez realizado el reintegro, esta se mantendrá hasta la fecha en que cumpla la edad de retiro forzoso, esto es al momento de llegar a los 70 años, o ante sí la demandante así lo decide. Que, en caso de que no se acceda a la pretensión de ordenar el reintegro hasta los 70 años de edad, se decrete que una vez realizado el reintegro, este se mantendrá hasta la fecha en que cumpla la edad de retiro forzoso, esto es al momento de llegar a los 65 años o antes si la demandante así lo decide.

En la sentencia, en la parte resolutive, se declaró que, la demandante, *“tenía derecho a permanecer en el cargo”* de Técnico de la Unidad Financiera del Invama, hasta la edad de

⁹ Sección Segunda, C.P César Palomino Cortés; sentencia 7 de marzo de 2019 exp. 68001-23-31-000-2004-01862-01(0964-10).

retiro forzoso, esto es, hasta el cumplimiento de los 70 años de edad; y a título de restablecimiento del derecho se condenó al Invama a reconocer y pagar a la demandante debidamente actualizados, los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha en que fue retirada del servicio *“hasta el momento en que se haga efectivo su reintegro”*.

Además en la parte considerativa, concluyó que: *“Con base en lo anterior y sin más consideraciones al respecto, se accederá a las pretensiones de la demanda y como consecuencia de ello se ordenará de manera DEFINITIVA el reintegro de la demandante al mismo cargo o a otro de igual o mejores condiciones y el reconocimiento y pago de todos los sueldos, primas, subsidios y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de ejecución del acto de retiro, hasta el día en que efectivamente sea reintegrada a éste.*

En este orden de ideas, es claro que en la sentencia sí se analizó y dispuso el reintegro de la demandante, el cual debe realizarse *al mismo cargo o a otro de igual o mejores condiciones*; por lo tanto, no hay lugar a la adición de la sentencia en este aspecto.

6. Conclusiones

Por las razones expuestas, no son de recibo los argumentos expuestos por los apelantes; en consecuencia se confirmará en su integridad la decisión apelada, que declaró la nulidad de la Resolución 277 del 03 de noviembre de 2016, por la cual se da por terminada por justa causa una relación laboral en el Invama por reconocimiento de la pensión, y se declara que la demandante tenía derecho a permanecer en el cargo, hasta la edad de retiro forzoso, por cuanto la actora había consolidado su estatus pensional, a la luz del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y conforme al artículo 150 ibídem para efectos de retiro, resulta evidente, que su exclusión del servicio no era posible mediante el procedimiento establecido en la norma que aplicó el ente demandado, evento que configura un fenómeno de violación de la Ley por aplicación indebida de la misma, y en igual medida puntualiza una causal de nulidad constitucional al desconocer el amparo de los derechos pensionales, consagrado en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Además, el Invama debe reconocer y pagar a la demandante debidamente actualizados, los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha en que fue retirada del servicio, hasta el momento en que se haga efectivo su reintegro *al mismo cargo o a otro de igual o mejores condiciones*; de este monto el Invama descontará las mesadas percibidas por concepto de pensión de vejez durante el mismo lapso, valores que serán reintegrados a Colpensiones.

7. Costas en esta instancia

De conformidad con el artículo 365 del CGP (Código General del Proceso), toda vez que no prosperaron los recursos de apelación presentados por ambas partes, por lo que se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia, no se condenará a los recurrentes en las costas de esta instancia.

Por 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,

FALLA

PRIMERO: Se Confirma la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2020 por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales, dentro del medio de control de nulidad y

restablecimiento del derecho propuesto por Luz Marina Puerta Quintero contra el Instituto de Valorización de Manizales – Invama.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 40 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

AUGUSTO MORALES VALENCIA
(Ausente con permiso)



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado