

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 171

Manizales, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-33-39-004-2015-00245-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Unión temporal VM La Pintada
Demandado: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas – Inficaldas
Vinculado: Consorcio Santodomingo

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

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare la nulidad de la Resolución 72-2015 del 27 de febrero de 2015, por medio de la cual se adjudica el contrato resultante de la licitación pública No. *L.P. Inficaldas 029-2015* y se declaren nulos de pleno derecho los informes de evaluación y demás conceptos emitidos para la adjudicación de la referida licitación.

Como consecuencia de lo anterior, se declare a la demandante adjudicataria de la Licitación Pública No. *L.P. Inficaldas 029-2015* y se reconozca la suma de \$100.830.942 equivalente al 4% del valor total del presupuesto presentado dentro de la licitación, como utilidad que debía percibir.

1.2. Hechos

En síntesis señaló que, el 5 de enero de 2015 se publicó en la página del SECOP el aviso de convocatoria de Licitación Pública No. *LP Inficaldas 029 de 2015* cuyo objeto era “*la reconstrucción, ampliación, pavimentación y/o repavimentación de la vía 3302, tramo Arma - La Pintada*”, con un plazo estimado de cinco meses y un presupuesto oficial de \$2.687.073.296. Así mismo se publicaron los estudios previos, anexo 1 al estudio previo, especificaciones

técnicas, presupuesto, anexo APUS, estudio del sector, anexo análisis del riesgo, proyecto de pliegos, anexo formatos, anexo documentos soportes, anexo formato condiciones.

Que la accionante se encontraba en primer orden de elegibilidad, cumpliendo cabalmente con los pliegos de condiciones, como se da cuenta en los informes de evaluación, pero por errónea interpretación de las causales de rechazo, se subestimó su propuesta y a través de la Resolución 72-2015 del 27 de febrero de 2015, se declaró que no cumplió con los requisitos de los equipos presentados y por lo tanto se adjudicó el contrato al Consorcio Santodomingo.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

En síntesis explicó que, cumplió con todos los requisitos exigidos dentro de la invitación y que no existía una causal que le impidiera ser adjudicataria de un proceso contractual con los mismos equipos acreditados en otro proceso ya adjudicado, lo anterior teniendo en cuenta que las inhabilidades, incompatibilidades y las causales de rechazo de una oferta son taxativas, no de invención ni de interpretación.

Expuso que la única causal relacionada con lo anterior, se encuentra en el capítulo 5 al señalar *"-cuando el equipo mínimo requerido ofertado por el proponente se encuentre comprometido en contratos que en el momento estén en ejecución con INFICALDAS"*, la cual es clara al manifestar que, debe existir un contrato y que para la fecha, no existía ninguno en ejecución, y si se revisaban dichos equipos tampoco estaban siendo usados para algún contrato en ejecución. Por lo tanto, la Unión Temporal Vm La Pintada en legal y debida forma fue quien debió ser declarado adjudicatario del proceso contractual.

2. Contestación de la demanda

2.1. Inficaldas: Se opuso a las pretensiones de la demandante y en cuanto a los hechos aceptó como ciertos los referentes a la convocatoria de la Licitación Pública No. Inficaldas 029-2015, y al oficio G.G. 145-2015 del 4 de marzo de 2015, por medio del cual se resolvió la solicitud de revocatoria de la Resolución 72-2015 del 27 de febrero de 2015; frente a los demás hechos señaló que no son ciertos.

Explicó que al momento de la audiencia de adjudicación del proceso licitatorio LP029-2015 *la Unión Temporal VM La Pintada*, no conservaba la capacidad técnica solicitada por el pliego de condiciones debido a que, los equipos mínimos requeridos los tenía comprometidos con *la Unión Temporal VM Caldas* frente al proceso licitatorio LP28-2015, del cual, la citada unión temporal fue la adjudicataria suscribiendo para tal efecto el contrato PV027-2015.

Advierte que, *la Unión Temporal VM La Pintada* y *la Unión Temporal VM Caldas* fueron conformadas por las mismas personas, es decir, por el señor Javier José Pereira Areiza, y por la sociedad VM Ingenieros Ltda., en ambos casos con una participación del 50% cada uno.

Añade que, se evidenció que la hoy demandante ofreció el mismo equipo mínimo requerido para la licitación pública LP028-2015, la que finalmente le fue adjudicada, razón por la cual, no hubo una interpretación errónea de los pliegos entendidos éstos como parte del engranaje de todo el proceso de selección y no como una única fórmula para la escogencia del colaborador de la administración.

Que con la decisión tomada se evitó un incumplimiento contractual ya que, se logró advertir que en cabeza de la *Unión Temporal VM La Pintada* sobrevendría una contrariedad que afectaría el cumplimiento del contrato, en razón a que la obra a ejecutarse en virtud del proceso LP-029-2015 debía hacerse en tramo Arma - La Pintada y la obra objeto del proceso de selección LP-028-2015 en el tramo Supía - Hojas Anchas, es decir, en sitios geográficamente separados por más de 25 kilómetros de distancia entre una y otra, por lo cual, sería imposible mantener en ambas obras al mismo tiempo el equipo mínimo requerido.

Que de conformidad con el artículo 23 del Decreto 1510 de 2013 y en relación con el equipo mínimo requerido ofertado de manera idéntica por las uniones temporales mencionadas es claro que, la proponente no realizó observaciones al proyecto de pliego de condiciones en ese sentido como era su deber, tal como quedó consignado en el oficio G.G.158-2015.

Con relación al equipo mínimo requerido el numeral 2.4.1 del Pliego de Condiciones dispuso: "*La disponibilidad de los equipos en este numeral no genera asignación de puntaje, se consideran como parámetro de Condición Mínima Requerida. La no presentación de la disponibilidad del equipo mencionado anteriormente, relacionado con los equipos mínimos requeridos, generará la inadmisibilidad de la propuesta*"; situación que le fue recordada a la accionante a través del oficio G.G.158-2015 mencionado.

Frente a la motivación del acto explica que, según la jurisprudencia no es necesario que la parte considerativa del acto sea extensa sino precisa en su contenido y que se aparte de la arbitrariedad o capricho del funcionario, ya que en la motivación del mismo se encuentran incorporadas las evaluaciones y análisis previos realizados en la audiencia de adjudicación.

Que la demandante al momento de la adjudicación del proceso licitatorio LP29-2015 no conservaba la capacidad técnica solicitada por el pliego de condiciones y que haberle permitido acreditar con posterioridad un equipo adicional conllevaría a una mejora y modificación a la propuesta con lo cual, se vulneraría el principio de igualdad. En este sentido en el ejercicio de una selección objetiva se escogió la propuesta más favorable para la entidad respetando el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, subrogado por el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007.

Propuso las excepciones que denominó: "*Ausencia de vicios invalidantes en la resolución atacada*": Sostuvo que el acto acusado se ajustó a los parámetros del Decreto 1510 de 2013 y el artículo 3 de la Ley 80 de 1993; destacando que, la decisión tiene como fin último la

prevalencia de conservación de los fines estatales. *“Imposibilidad de demostrar que la demandante presento la mejor oferta”*: Indicó que, para declara la nulidad del acto de adjudicación, se debe demostrar la vulneración de normas de orden superior y demostrar que la su propuesta era la mejor y con ello, lo más favorable para la entidad. *“Mala fe en la presentación del equipo mínimo requerido”*: Sostuvo que la Unión Temporal VM Caldas y la Unión Temporal VM La Pintada, fueron conformadas por la mismas personas naturales y jurídicas, que además participaron en las licitaciones cuyo objeto contractual era el mismo, solo que en sectores diferentes y en ambas convocatorias, presentaron el mismo equipo mínimo requerido y adicionalmente, no realizaron ninguna observación a los pliegos de condiciones en cuenta a ese ítem. *“Cobro de lo no debido”*: señaló que, al ser legal la Resolución 072-2015 de 2015, Inficaldas no adeuda suma alguna a la demandante. *“A nadie es lícito invocar su propia culpa”*: Sostuvo que, fue la demandante quien incurrió en error, por lo tanto no puede alegar su culpa a su favor.

2.2. Consorcio Santodomingo (vinculado): Se opuso a las pretensiones de la demandante y en cuento a los hechos aceptó como cierto el referente a que Inficaldas el 5 de enero de 2015, publicó en la pagina web SECOP, los documentos del proceso contractual de la Licitación Pública No. L.P. Inficaldas 029-2015 por valor de \$2.687.073.296.

Afirmó que, el comité evaluador de Inficaldas analizó los requisitos habilitantes de todos los proponentes concluyendo que, la demandante y el vinculado se encontraban habilitados para continuar con el trámite de la evaluación de la oferta económica establecido por la entidad en el capítulo 4 del pliego de condiciones.

Que la demandante no fue adjudicataria del contrato en la medida que, pese a que acreditó 500 puntos, Inficaldas consideró con razón que, no cumplía con la capacidad técnica, puesto que los equipos requeridos para la ejecución ya se encontraban asignados al contrato resultante del proceso de selección *LP Inficaldas 028-2015*, siendo entonces que el proponente no se encontraba habilitado.

Propuso como excepciones las siguientes: *“Falta de legitimación material en la causa por pasiva”*: Señaló que, no es el llamado a responder por los actos de Inficaldas. *“Legalidad del acto demandado”*: Acto que se fundó en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015. *“Inoponibilidad de las pretensiones”*: En el entendido que entre el vinculado y la unión temporal no existió ningún vínculo legal ni contractual, así mismo, no tuvo injerencia en las decisiones tomadas por Inficaldas. *“Cobro de lo no debido”*: Sostuvo que no es dable solicitar utilidad, toda vez que no ejecutó las obras, lo cual se constituiría en un enriquecimiento sin justa causa. *“Inexistencia de daño patrimonial”*: Señaló que no existe fundamento legal ni probatorio que justifique el daño patrimonial alegado en la demanda. *“El demandante no puede alegar a su favor su propia culpa”*: Afirmó que, la demandante pretende recibir beneficios económicos basado en errores propios.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la demandante; para dar base a esa decisión encontró demostrado que, aquella se presentó en dos licitaciones públicas con dos razones sociales diferentes, pero presentó el mismo equipo mínimo requerido en ambas; que Inficaldas no tuvo como conocer al momento de la presentación de las propuestas, que se trataba del mismo equipo mínimo, razón por la cual no lo valoró dentro de los requisitos habilitantes como causal de rechazo de la oferta.

Por otro lado, sostuvo que, debe darse aplicación a los principios generales del derecho y los principios de la contratación estatal establecidos en la Ley 80 de 1993, como son la transparencia, economía y responsabilidad; señalando que la facultad de rechazo de la oferta debe estar orientada de manera categórica a garantizar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal. Que la demandante defraudó la buena fe al presentar los mismos equipos mínimos requeridos para diferentes licitaciones; señalando que se configuró lo que podría denominarse una causal de rechazo sobreviniente y que, de tomarse una decisión diferente se afectaría el derecho a la igualdad de los demás proponentes.

Que además, en aplicación de la prevalencia del derecho sustancia sobre el formal y el interés general, si bien es cierto al momento de adjudicar el proceso licitatorio LP029-2015, el contrato estatal LP028-2015 no se estaba ejecutando, éste ya había sido adjudicado y salvo un suceso fuera de lo común se iba a ejecutar, con el agravante de que sería ejecutado con el mismo equipo mínimo requerido con el que se pretendía acceder a la adjudicación del proceso licitatorio que se discute.

4. Recursos de apelación

La parte actora solicitó revocar el fallo y acceder a sus pretensiones; señaló que la sentencia incurrió en un defecto fáctico al enmarcar dentro de un trámite, dos procesos licitatorios totalmente distintos y jurídicamente independientes, que si bien fueron convocados simultáneamente en la cual participó, se demostró que en ambos era el más favorable. Expuso que el defecto se configuró en cuanto el fallo señala que, la causal se configura por haber sido adjudicatario del proceso licitatorio 028 de 2015, lo cual no es así, como quiera que dicha causal se refiere es cuando el equipo mínimo requerido ofertado por el proponente se encuentre comprometido en contratos que en el momento estén en ejecución con Inficaldas, así que el contrato donde tenía comprometido el equipo de marras inició su ejecución el 21 de mayo de 2015, 2 meses y 24 días después del rechazo o audiencia de adjudicación, lo cual no era justificación de la causal de rechazo, por ser atípica y por no honrar el principio de legalidad.

Afirmó que el acto acusado fue expedido con desviación de poder toda vez que, bajo una falsa apariencia de legalidad, se suprimen los legítimos derechos e intereses de la demandante. Que lo anterior, encuentra fundamento en el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual prevé que, si bien las propuestas deben acatar las exigencias contempladas en el pliego de condiciones, dicha disposición necesariamente debe acompañarse con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Así

mismo señaló que, la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada, según el numeral 15, artículo 25 de la Ley 80 de 1993, toda vez que no tendría justificación excluir una propuesta por una deficiencia que no tenga incidencia alguna en la contratación.

Finalmente expuso que, el tener bienes comprometidos en otro contrato si se hubiese presentado el caso, como lo enseña las reglas de la experiencia para nada afectaba la ejecución contractual por tratarse de equipos o bienes que no son únicos en el mercado y perfectamente pueden ser sustituibles en las condiciones, cantidad y calidad requerida en el pliego de condiciones; lo mismo sucede con el talento humano, la falta de personal técnico mínimo requerido para nada conduce a la paralización de la ejecución del objeto contratado, en el entendido que este perfectamente puede ser reemplazado con respeto a las exigencias plasmadas en el pliego de condiciones y demás documentos que hacen parte integral del contrato.

II.- Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Vista la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto, consiste en establecer: *¿La Resolución 072-2015 del 27 de febrero de 2015, proferida por Inficaldas, por medio de la cual se adjudicó una licitación pública, se encuentra viciada de nulidad por falsa motivación y desviación de poder, al descartar la propuesta de la Unión Temporal VM La Pintada por considerar que no cumplió con el requisitos de presentación del equipo mínimo requerido?*

2. Tesis del Tribunal

La Resolución 072 del 27 de febrero de 2015, emitida por Inficaldas se encuentra ajustada a derecho toda vez que: i) la licitación Pública No. 029-2015 fue clara en establecer los requisitos mínimos requeridos; ii) la demandante en la licitación pública No. 028-2015 y la licitación pública No. 029-2018, presentó los mismos equipos mínimos requeridos; iii) para el momento de la adjudicación del contrato derivado de la licitación Pública No. 029-2015, dicho requisito se tornó insubsanable, por lo tanto, era necesario el consecuente rechazo de la propuesta de la demandante.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos relevantes acreditados y ii) el análisis del caso concreto.

3. Hechos relevantes acreditados

❖ Según el Anexo No. 4 de la propuesta la Unión Temporal VM La Pintada, para participar en la Licitación Pública No. LP – 29 – 2015, “*Carta de información de Unión Temporal*”, se indica que sus integrantes son: VM Ingenieros Limitada y Javier José Pereira Areiza cada uno con un 50% de participación. (fl. 19 archivo “01C1Fls1A145”) Además, la *Unión Temporal VM Caldas* que participó en la Licitación Pública No. LP – 28 – 2015 se encuentra conformadas por las mismas personas.

❖ En el Documento “Análisis del sector económico y de los oferentes por parte de las entidades Estatales y criterios para determinar los requisitos habilitantes”, el cual hace parte de los Estudios y Documentos Previos para la Licitación Pública LP 29-2015 en cuanto a los “Equipos mínimos requeridos” como parte de **los requisitos habilitantes** y su disponibilidad, señala:

“(…) 1.1.4. Documentos relacionados con las condiciones técnicas

1.1.4.1. Carta de aceptación de los requerimientos técnicos mínimos (anexos 6)

El proponente deberá adjuntar a su Propuesta una carta (Anexo 6) en la que manifieste el conocimiento, la aceptación y el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos relacionados y contenidos en el Formulario No. 4 de este Pliego de Condiciones.

En el Formulario No. 4, se deberá relacionar, como mínimo, los equipos que en este Pliego de Condiciones se señalan como obligatorios y todos los demás equipos que, en su concepto, sean necesarios para ejecutar los trabajos objeto de esta Licitación y del Contrato.

Condiciones Técnicas Mínimas Requeridas

Las condiciones Técnicas Mínimas requeridas para esta Licitación, esto es, el equipo mínimo requerido para la ejecución del Contrato, es el siguiente:

- 1. Una Retroexcavadora de orugas de mínimo 110hp*
- 2. Un retrocargador de mínimo 70 hp*
- 3. Cinco Volquetas*
- 4. Una motoniveladora mínimo 120 HP*
- 5. Un compactador vibratorio con capacidad igual o superior a 7 toneladas de peso estático.*
- 6. Una Terminadora de 70 HP potencia al volante ancho mínimo 8’*
- 7. Un compactador vibratorio para asfalto con capacidad igual o superior a 7 toneladas de peso estático.*
- 8. Un compactador de llantas con capacidad 10 toneladas, como mínimo*

Parágrafo: el cumplimiento de las condiciones técnicas mínimas requeridas está determinado por los siguientes aspectos:

- 1. Presentación y firma del Anexo 6.*
 - 2. Presentación y firma del Formulario 4 en donde se relacionan todos los equipos ofrecidos dentro de las Condiciones Técnicas Mínimas Requeridas. Si la propiedad no es del proponente se debe anexar careta de disponibilidad de quien la ofrece.*
 - 3. Certificar las disponibilidad de todos y cada uno de los equipos.*
- (…)*

La disponibilidad de los equipos señalados en este numeral no genera asignación de puntaje, se consideran como parámetro de Condición Mínima Requerida. La no presentación de la

disponibilidad del equipo mencionado anteriormente, relacionado con los equipos mínimos requeridos, generará la inadmisibilidad de la propuesta.

El proponente, estará obligado a suministrar y a poner al servicio de las obras objeto del contrato todo el equipo que se requiera para la debida ejecución de las mismas y a mantenerlo en óptimas condiciones de funcionamiento, so pena de incurrir en causal de incumplimiento del Contrato y, por lo tanto, de hacerse acreedor de las sanciones contractuales a que haya lugar.

(...)

Los equipos ofrecidos por el proponente en las Condiciones Técnicas Mínimas requeridas, deberán permanecer en el sitio en donde se realizarán las obras que son objeto de esta licitación y del contrato quince (15) días antes que el programa de obra determine su utilización y hasta que se ejecute el ítem contenido en el formulario No. 1 "Presupuesto Oficial" en el cual se hace uso de este equipo. El retiro de los equipo se hará previa autorización por parte del Interventor y Vo.Bo del supervisor del contrato, sin que implique un mayor consto al valor total de la Propuesta Económica, ni una mayor ejecución de obra.

Con anterioridad al momento del inicio de las actividades definidas en el Programa de Obra se realizará el chequeo y aprobación de dichos equipos. La no aprobación de cualquiera de los equipos por parte de la interoventoría no será causal para ampliar el tiempo en el inicio del Programa y se considerará como un incumplimiento al Contrato." (fls. 25 a 43 archivo "01C1Fls1A145")

❖ Del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. *Inficaldas LP-29-2015*, se destacan los siguientes aspectos:

"(...)

1.13. Reglas de Subsanabilidad.

(...)

i. En el presente proceso de selección primará lo sustancial sobre los formal

ii. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al Proponente, no necesarios para la comparación objetiva de las Propuestas no servirá de título suficiente para efectos de que INFICALDAS rechace los ofrecimientos hechos.

iii. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la Propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por INFICALDAS en cualquier momento hasta al adjudicación.

iv. INFICALDAS no rechazará una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del Proponente o soporten el contenido de la Propuesta, y que no constituyan los factores de escogencia señalados en este Pliego de Condiciones, de acuerdo con lo dispuesto en los Numerales 2, 3 y 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

v. Los referidos requisitos podrán ser requeridos por INFICALDAS en igualdad de condiciones para todos los proponentes hasta la adjudicación.

vi. INFICALDAS rechazará la propuesta del proponente que dentro del término previsto en la solicitud, no responda el requerimiento que le haga INFICALDAS para subsanarla.

vii. INFICALDAS no permite que se subsane la falta de capacidad para presentar la Propuesta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del presente proceso de selección.

(...)

2.2.4 Documentos relacionados con las condiciones técnicas

2.2.4.1. Carta de aceptación de los requerimientos técnicos mínimos (anexos 6)

El proponente deberá adjuntar a su Propuesta una carta (Anexo 6) en la que manifieste el conocimiento, la aceptación y el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos relacionados y contenidos en el Formulario No. 4 de este Pliego de Condiciones. (...)

(...)

Condiciones Técnicas Mínimas Requeridas

Las condiciones Técnicas Mínimas requeridas para esta Licitación, esto es, el equipo mínimo requerido para la ejecución del Contrato, es el siguiente:

1. Una Retroexcavadora de orugas de mínimo 110hp
2. Un retrocargador de mínimo 70 hp
3. Cinco Volquetas
4. Una motoniveladora mínimo 120 HP
5. Un compactador vibratorio con capacidad igual o superior a 7 toneladas de peso estático.
6. Una Terminadora de 70 HP potencia al volante ancho mínimo 8'
7. Un compactador vibratorio para asfalto con capacidad igual o superior a 7 toneladas de peso estático.
8. Un compactador de llantas con capacidad 10 toneladas, como mínimo

Parágrafo: el cumplimiento de las condiciones técnicas mínimas requeridas está determinado por los siguientes aspectos:

1. Presentación y firma del Anexo 6.
2. Presentación y firma del Formulario 4 en donde se relacionan todos los equipos ofrecidos dentro de las Condiciones Técnicas Mínimas Requeridas. Si la propiedad no es del proponente se debe anexar careta de disponibilidad de quien la ofrece.

3. Certificar la disponibilidad de todos y cada uno de los equipos.

(...)

La disponibilidad de los equipos señalados en este numeral no genera asignación de puntaje, se consideran como parámetro de Condición Mínima Requerida. La no presentación de la disponibilidad del equipo mencionado anteriormente, relacionado con los equipos mínimos requeridos, generará la inadmisibilidad de la propuesta.

El proponente, estará obligado a suministrar y a poner al servicio de las obras objeto del contrato todo el equipo que se requiera para la debida ejecución de las mismas y a mantenerlo en óptimas condiciones de funcionamiento, so pena de incurrir en causal de incumplimiento del Contrato y, por lo tanto, de hacerse acreedor de las sanciones contractuales a que haya lugar.

(...)

Los equipos ofrecidos por el proponente en las Condiciones Técnicas Mínimas requeridas, deberán permanecer en el sitio en donde se realizarán las obras que son objeto de esta licitación y del contrato quince (15) días antes que el programa de obra determine su utilización y hasta que se ejecute el ítem contenido en el formulario No. 1 "Presupuesto Oficial" en el cual se hace uso de este equipo. El retiro de los equipo se hará previa autorización por parte del Interoventor y Vo.Bo del supervisor del contrato, sin que implique un mayor consto al valor total de la Propuesta Económica, ni una mayor ejecución de obra.

Con anterioridad al momento del inicio de las actividades definidas en el Programa de Obra se realizará el chequeo y aprobación de dichos equipos. La no aprobación de cualquiera de los equipos por parte de la interoventoría no será causal para ampliar el tiempo en el inicio del Programa y se considerará como un incumplimiento al Contrato.

(...)

4.4. Orden de Elegibilidad de las Propuestas

La Audiencia de Apertura del Sobre No. 2 y Establecimiento del Orden de Elegibilidad no constituye instancia de adjudicación, es una actuación administrativa que adelanta INFICALDAS con el propósito de dar a conocer las Propuestas Económicas de los Proponentes y establecer el Orden de Elegibilidad de las mismas.

(...)

5.1. Causales de Rechazo de la Propuesta

INFICALDAS rechazará aquellas Propuestas que no se ajusten a las exigencias de este Pliego de Condiciones, a menos que hubiere posibilidad de saneamiento, conforme a lo previsto en el mismo y en la ley.

A continuación se incluyen los casos de manera enunciativa en que se generará rechazo de la Propuesta:

- No adjuntar la carta de presentación de la Propuesta o no encontrarse suscita por el Proponente o su representante legal, o no encontrarse suscrita por quien la avala.*
- Falta de capacidad jurídica para presentar la Propuesta.*
- No adjuntar la autorización de representante legal para efectos de presenta la propuesta, o presentar una autorización que resulte insuficiente de conformidad con lo exigido en el Pliego de Condiciones.*
- Presentación de varias Propuestas por parte del mismo Proponente, por si o por interpuesta persona*
- Formar parte de más de un consorcio, unión temporal o cualquier tipo de asociación.*
- Modificar en la etapa precontractual los porcentajes de participación de los integrantes del consorcio o unión temporal.*
- La no acreditación por las personas jurídicas proponentes de que su objeto social les permite desarrollar el objeto de la licitación o que el término de su duración no sea superior a la vigencia del contrato y 3 años más.*
- La limitación de facultades del representante legal para presentar propuesta y suscribir el contrato.*

- Estar el proponente incurso en alguna de las prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades previstas en el ordenamiento jurídico colombiano.
 - No estar inscrito el proponente o alguno de sus miembros en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio en la actividad, especialidad y grupos (s) señalados en el Pliego de Condiciones a la fecha de cierre del plazo de licitación
- (...)

- Cuando el equipo mínimo requerido ofertado por el proponente se encuentre comprometido en contratos que en el momento estén en ejecución con INFICALDAS.”(Destaca la Sala) (fls. 60 a archivo “01C1Fls1A145”)

❖ En el documento titulado “RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES FORMULADAS AL PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA LP INFICALDAS 28-2015 Y LP INFICALDAS 29-2015”, Inficaldas emitió respuesta y anunció modificaciones a los pliegos de condiciones, con ocasión a los interrogantes planteados por los proponentes. (fls. 793 a 808 archivo “05C1BFls762A1000”)

❖ En la Adenda No. 01 a la Licitación Pública LP Inficaldas 029-15, fueron modificados y eliminados unos ordinales de esa licitación. (fls. 1075 a 1082 archivo “06C1BFls1001A1212”) y en la Adenda No. 02 se modificó -entre otras-, el numeral 2.4.1 “Carta de aceptación de los requerimientos técnicos mínimos”, (fls. 1100 a 1108 archivo “06C1BFls1001A1212”), del cual se destaca lo siguiente:

“(...)2.2.4.1. Carta de aceptación de requerimientos técnicos mínimos (Anexo 6)

El proponente deberá adjuntar a su propuesta un carta (Anexo 6) en la que manifieste el conocimiento, la aceptación y el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos relacionados y contenidos en el Formulario No. 4 de este pliego de condiciones. La mencionada carta deberá estar suscrita por el representante legal del proponente. La no presentación de la aludida carta por parte del proponente o la presentación de la misma sin la firma del respectivo representante legal del proponente, es causal de rechazo de la propuesta. El proponente tiene la obligación de diligenciar debidamente y presentar con su propuesta el Anexo 6 de este Pliego de Condiciones.

(...)

En el formulario No. 4 de este Pliego de Condiciones el proponente deberá presentar todo el equipo necesario para la ejecución de los trabajos objeto de esta Licitación y del Contrato, teniendo en cuenta los items relacionados en el Formulario No. 1 de este pliego de Condiciones. Por lo tanto, en el formulario No. 4 se relacionará, sin excepción, el año, modelo, la capacidad, la marca, el número de serial y el propietario del equipo mínimo requerido. (Condiciones mínimas requeridas) (...)”

❖ El Comité Evaluador designado por el Gerente General de Inficaldas presentó “Informe de Evaluación” de la Licitación Pública LP Inficaldas 29-2015 dentro del cual se observa que, tanto la Unión Temporal VM La Pintada y Consorcio Santodomingo fueron evaluados -entre otros proponentes- como hábiles, (fls. 1527 a 1552 archivo “08C1CFls1478A1677”). Adicionalmente, se señaló:

“(...) 4. Observaciones al informe de evaluación

Si dentro del término establecido en el presente pliego, para la publicación de éste (SIC) informe de evaluación de las propuestas, los proponentes encontraren discrepancias u omisiones en el mismo, deberán darlos a conocer por escrito a INFICALDAS (...)”

❖ El 25 de febrero de 2015, el Comité de Evaluación elaboró la respuesta a las observaciones presentadas por frente al “Informe de Evaluación LP INFICALDAS 29-2015” (fls. 1553 a 1557 archivo “08C1CFIs1478A1677”).

❖ En el Acta de Audiencia de Apertura de Sobre No. 2 y Establecimiento del orden de elegibilidad de la Licitación Pública No. LP-029-2015, celebrada el 27 de febrero de 2015, (Fls. 1642 a 1647 archivo “08C1CFIs1478A1677”), se señaló:

“(...)Siendo las 10:20 am se reanudó la audiencia del sobre número 2 y establecimiento del orden de elegibilidad y procedió a dar lectura a la evaluación del sobre número 2 de la Licitación Pública No. 029-2015 y establecimiento del orden de elegibilidad a todos los proponentes asistentes, la cual se anexa a la presente acta y hace parte integral de la misma, el cual fue el siguiente:

No PROPUESTA	NOMBRE	VALOR TOTAL PROPUESTA CALCULADO	PUNTAJE ASIGNADO
6	UNIÓN TEMPORAL VM LA PINTADA	\$2.520.773.552	500
30	CONSORCIO SANTODOMINGO	\$2.518.451.402	480
5	MBS SOLUCIONES	\$2.569.205.228	460

Teniendo en cuenta que el proponente ubicado en el primer orden de elegibilidad es el mismo proponente adjudicatario del proceso LP INFICALDAS 028-2015, realizado el día de ayer, la entidad procede a analizar su capacidad residual de contratación incluyendo el valor del contrato del día de ayer, y se puede verificar que se cumple con este requisito.

De igual forma, se procede a verificar los equipos presentados en la propuesta para la ejecución del contrato, estableciéndose que es el mismo equipo ofrecido para licitación LP INFICALDAS 028-2015, por lo cual no se cumple con este requisito y se procede a adjudicar al proponente ubicado en segundo orden de elegibilidad CONSORCIO SANTODOMINGO.(...)”

❖ Inficaldas mediante Resolución 72-2015 del 27 de febrero de 2015 adjudicó el contrato resultante de la Licitación Pública No. LP Inficaldas 029-2015, y en el cual nuevamente indicó:

“Teniendo en cuenta que el proponente ubicado en el primer orden de elegibilidad es el mismo proponente adjudicatario del proceso LP INFICALDAS 028-2015, realizado el día de ayer, la entidad procede a analizar su capacidad residual de contratación incluyendo el valor del contrato del día de ayer, y se puede verificar que se cumple con este requisito.

De igual forma, se procede a verificar los equipos presentados en la propuesta para la ejecución del contrato, estableciéndose que es el mismo equipo ofrecido para licitación LP INFICALDAS 028-2015, por lo cual no se cumple con este requisito y se procede a adjudicar al proponente ubicado en segundo orden de elegibilidad CONSORCIO SANTODOMINGO.(...)” (fl. 1855 a 1856 archivo “09C1DFIs1678A1949).

❖ Obra archivo Excel en el cual se encuentra relacionado el equipo mínimo requerido (carpeta “C1FI24SecopCD”, archivo DA_PROCESO_15-1-131699_217000042_13552477”), dentro del cual se destaca el presentado por el proponente Unión Temporal VM La Pintada en la Licitación Pública No. LP Inficaldas 29-2015”:

Retroexcavadora de orugas de mínimo 110 HP	KOBELCO	SK210 LC	20 07	143 HP	YQ08 U2188	IRON EQUIPMENT RENTAL S.A.S.
Retrocargador de mínimo 70 HP	BACKHOE	310G	20 06	73 HP	T0310 GX95 6556	EDGAR DARIO DELGADO RUGELES
Volquetas	CHEVROLET	FVR	20 12	9.8 TON	SSZ73 8	DALIA CATELINE MONOGA CARREÑO
Volquetas	CHEVROLET	FVR	20 13	9.8 TON	SSZ70 2	DALIA CATELINE MONOGA CARREÑO
Volquetas	CHEVROLET	FVR	20 13	9 TON	SSZ97 4	DALIA CATELINE MONOGA CARREÑO
Volquetas	INTERNATIONAL	7600	20 12	16.6 TON	SSZ34 7	LUIS ALEJANDRO DULCEY VILLAMIZAR
Volquetas	KENWORTH	T800	20 13	17.5 TON	TTR39 9	LUIS ALEJANDRO DULCEY VILLAMIZAR
Motoniveladora mínimo 120 hp	CATERPILLAR	CAT12 H	20 07	40 HP	CAT0 012HE AMZ0 1043	IRON EQUIPMENT RENTAL S.A.S.
Compactador vibratorio con capacidad igual o superior a 10 toneladas de peso estático.	INGERSOLL RAND	SD116 DX	20 06	10.8 TON	46621 38	LEASING FIDUCIARIA COLPATRIA - IRON EQUIPMENT RENTAL S.A.S.

<i>Terminadora de 70 hp potencia al volante ancho mínimo 8'</i>	MAULDIN	1750C	20 09	90 HP	302-I- 7STJZ SY2- 02302	FREDY ALFONSO RODRÍGUEZ CASTELLANOS
<i>Compactador vibratorio para asfalto con capacidad igual o superior a 7 toneladas de peso estático.</i>	INGERSOLL RAND	DD110 HF	20 04	11. 5 TO N	17400 2	ARMOING S.A.S.
<i>Compactador de llantas con capacidad 10 toneladas, como mínimo.</i>	CATERPILLAR	PS300 B	20 03	99 HP	CATP S300J3 XR007 39	IRON EQUIPMENT RENTAL S.A.S.
<i>Retroexcavadora de orugas de mínimo 110 HP</i>	KOBELCO	SK210 LC	20 07	143 HP	YQ08 U2188	IRON EQUIPMENT RENTAL S.A.S.

4. Fundamento jurídico

4.1. La facultad de las entidades pre-contratantes para incorporar en los pliegos causales de rechazo de las propuestas

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se profundizaron las reglas del principio de la selección objetiva en la contratación de la Administración Pública que ya se habían consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993. El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007¹ reafirmó la prohibición de instrumentar rechazos de las propuestas con base en asuntos meramente formales, lo cual se corresponde con el sentido del numeral 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993².

La jurisprudencia del Consejo de Estado³, de tiempo atrás, ha sostenido que la entidad estatal contratante, en razón a su condición de directora del procedimiento de selección, se encuentra revestida de cierto margen de autonomía en la elaboración del pliego de condiciones, y en desarrollo de esa actividad ostenta la facultad para introducir las exigencias y los requisitos que deben observar y reunir los oferentes.

¹ "Artículo 5°. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: "(...)".

² Ley 80 de 1993. "Artículo 25. Del Principio de Economía. En virtud de este principio: (...) 2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias".

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 14 de marzo de 2013, exp. 24.059.

Por oposición, su facultad no puede emplearse para la fijación de requisitos inanes, superfluos, caprichosos o arbitrarios que en nada contribuyan al logro de los fines de la contratación y, por el contrario, obstaculicen la selección objetiva de la propuesta más favorable para la entidad.

Lo anterior halla su respaldo normativo en el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual prevé que las propuestas deben acatar las exigencias contempladas en el pliego de condiciones, sin perjuicio de lo cual dicha disposición necesariamente debe acompañarse con lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que establece que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirán de título suficiente para el rechazo.

De ahí que la incorporación de una causal de rechazo que justifique la exclusión de alguna propuesta del procedimiento de selección debe encontrar apoyo normativo que la dote de sustento jurídico, al tiempo que debe referirse a la ausencia de requisitos o documentos necesarios para la comparación objetiva de las propuestas y, a la luz de la Ley 1150 de 2007, debe aludir a aspectos que afecten la asignación de puntaje.

Se precisa igualmente que, además de aquellas causales de rechazo que con apego a estos dictados inserte la entidad pública en el texto precontractual, también se entenderán agregadas las que se desprendan directamente de la normativa constitucional y legal, en cuanto resulten aplicables al procedimiento de selección que corresponda, al margen de que no se hubieren vertido expresamente en el catálogo negocial.

4.2. Causales de rechazo - Requisitos habilitantes - subsanación

En cuanto a los requisitos habilitantes, el Decreto 1510 de 2013⁴ consagra unas limitaciones a la configuración de los mismos dentro del pliego de condiciones, así:

“Artículo 16. Determinación de los Requisitos Habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes”.

El párrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, vigente para la época en que se adelantó la licitación pública cuestionada en este proceso, estableció la siguiente regla de oportunidad en la subsanación de los documentos referidos a los requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas:

⁴ Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Compilado Decreto 1082 de 2015

*“PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, **deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes en cualquier momento hasta la adjudicación**, No obstante lo anterior, en aquellos procesos en que se utilice el mecanismo de subasta, deberá ser solicitados hasta el momento de previo a su realización” (la negrilla no es del texto).*

Así, la Ley 1150 de 2007 concedió la oportunidad de aclarar los documentos presentados para cumplir con los requisitos habilitantes, que no otorgaban puntaje, hasta el momento de adjudicación.

Sobre la obligatoriedad de cumplir con los requisitos habilitantes y la posibilidad de subsanar la prueba de su cumplimiento, el Consejo de Estado⁵ ha señalado:

“[H]ay que diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen: lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe.

“Lo anterior supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

“(…).

“En ese orden de ideas, todos los requisitos habilitantes se deben cumplir al momento de presentar la propuesta, lo que significa que el oferente no puede pretender adquirir o completar las condiciones mínimas de participación en desarrollo del proceso de selección.

“(…).

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 29.855.

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto de 20 de mayo de 2010, exp. 1992, afirmó: *“¿Cuál es el límite entre el derecho a subsanar una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones y el abuso de tal derecho?”.*

“No existe el derecho a subsanar. Lo que existe es la posibilidad de la entidad contratante de solicitar el saneamiento de un defecto no necesario para la comparación de las ofertas, el cual no puede conllevar a que el oferente mejore, complemente, adicione, modifique o estructure su propuesta a lo largo del proceso contractual.

“Lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas” (se destaca).

En Sentencia de 8 de febrero de 2012, exp. 20688, la Sección Tercera, Subsección B, sostuvo en relación con los requisitos habilitantes: *“la falta de capacidad de un proponente es un defecto de carácter insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección”.* Una reiteración del anterior pronunciamiento puede encontrarse en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 23 de julio de 2014, exp. 35008.

“Lo anterior supone que lo subsanable son las inexactitudes o las dudas que puedan surgir o que detecte la entidad pública al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes o de revisar los demás documentos de la propuesta que no resulten necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, a luz de la Ley 1150 de 2007, aquellos que no incidan en la asignación de puntaje; por el contrario, las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir –reitera la Sala–” (subrayado fuera del original).

De acuerdo a lo anterior, es clara la obligatoriedad de cumplir con los requisitos habilitantes al momento de presentación de la oferta y la posibilidad de subsanar la prueba de su cumplimiento lo que significa que el oferente no puede pretender adquirir o completar las condiciones mínimas de participación en desarrollo del proceso de selección.

5. Caso concreto

5.1. En cuanto a la falsa motivación de la Resolución 072-2015 del 27 de febrero de 2015

Señala el demandante en síntesis que, el acto acusado fue expedido con falsa motivación toda vez que, Inficaldas le dio a la causal de rechazo un alcance no establecido en el pliego de condiciones, asegurando que para el momento de la adjudicación del contrato 029-2015 no existían contratos en ejecución; además que, *“la ausencia o falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no son necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de ofrecimientos hechos”*.

Al respecto el fallo de primera instancia señaló que, desde la publicidad del Pliego de Condiciones, el proponente conocía las exigencias que en materia de equipo mínimo debía cumplir para ser adjudicatario del contrato estatal, dentro de las que se encontraba, la disponibilidad de éste para la ejecución del contrato; que las mismas personas que conformaron la Unión Temporal VM La Pintada para presentar propuesta en la licitación pública 029-2015, fueron quienes conformaron otra unión temporal con razón social diferente en la licitación pública 028-2015 y, en ambas licitaciones, presentaron el mismo equipo mínimo requerido; situación que defrauda los principios de buena fe e igualdad, por lo que el rechazo por Inficaldas de la oferta presentada en la licitación 029-2015, fue acertado.

Como se señaló anteriormente, la entidad estatal contratante, en razón a su condición de directora del procedimiento de selección, se encuentra revestida de cierto margen de autonomía en la elaboración del pliego de condiciones, y en desarrollo de esa actividad ostenta la facultad para introducir las exigencias y los requisitos habilitantes que deben reunir los oferentes; sin embargo su facultad no puede emplearse para la fijación de requisitos inanes, superfluos, caprichosos o arbitrarios que en nada contribuyan al logro de los fines de la contratación y, por el contrario, obstaculicen la selección objetiva de la propuesta más favorable para la entidad.

La Sala, de conformidad con las pruebas aportadas, encuentra acreditado que, el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. *Inficaldas 029-2015*, en el punto “2.2.4” estipula claramente que: “(...) *La no presentación de la disponibilidad del equipo mencionado anteriormente, relacionado con los equipos mínimos requeridos, generará la inadmisibilidad de la propuesta*”. Así mismo, con relación al equipo mínimo requerido el numeral 2.4.1 del Pliego de Condiciones dispuso: “*La disponibilidad de los equipos en este numeral no genera asignación de puntaje, se consideran como parámetro de Condición Mínima Requerida. La no presentación de la disponibilidad del equipo mencionado anteriormente, relacionado con los equipos mínimos requeridos, generará la inadmisibilidad de la propuesta*”.

Además, en el Documento “*Análisis del sector económico y de los oferentes por parte de las entidades Estatales y criterios para determinar los requisitos habilitantes*”, el cual hace parte de los Estudios y Documentos Previos para la Licitación Pública LP 29-2015 en cuanto a los requisitos habilitantes, respecto a los “*Equipos mínimos requeridos*” señaló que, “*En el Formulario No. 4, se deberá relacionar, como mínimo, los equipos que en este Pliego de Condiciones se señalan como obligatorios y todos los demás equipos que, en su concepto, sean necesarios para ejecutar los trabajos objeto de esta Licitación y del Contrato*”. Que el cumplimiento de las condiciones técnicas mínimas requeridas está determinado por los siguientes aspectos: “...3. *Certificar la disponibilidad de todos y cada uno de los equipos*”. (Resalta la Sala)

De acuerdo a lo anterior, es claro que la disponibilidad de los equipos mínimos requeridos constituía un requisito habilitante para la presentación de las propuestas y que se debía cumplir para ser adjudicatario del contrato estatal; por lo que, en caso de incumplimiento lo procedente era el rechazo de la propuesta.

Lo anterior, en adición a las causales de rechazo señaladas en el ordinal 5.1. del pliego, en el que se dispuso “*de manera enunciativa*” y no taxativa los casos en que se genera el rechazo de las propuestas, (fls. 60 a archivo “01C1Fls1A145”), teniendo en cuenta que, además de aquellas causales de rechazo que con apego a estos dictados inserte la entidad pública en el texto precontractual, también se entenderán agregadas las que se desprendan directamente de la normativa constitucional y legal, en cuanto resulten aplicables al procedimiento de selección que corresponda, al margen de que no se hubieren vertido expresamente en el catálogo negocial.

Ahora, sobre las causales de rechazo de las propuestas, el Consejo de Estado⁶ ha señalado lo siguiente:

“Con este entendimiento, la Administración no puede establecer en los pliegos de condiciones causales de rechazo que no tengan un fundamento legal o constitucional, y que carezcan de

⁶ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Subsección B. Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata. 3 de agosto de 2020, Radicación número: 05001-23-31-000-2007-00593-01(49221)

razonabilidad y proporcionalidad en relación con el objeto a contratar. Sobre este punto el Consejo de Estado⁷ sostuvo (se transcribe):

*“De esta manera, según el régimen normativo de contratación estatal vigente, se encuentra que el rechazo de una propuesta o, lo que es lo mismo, la exclusión de una oferta del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sólo puede adoptarse o decidirse de manera válida por parte de la respectiva entidad estatal contratante, cuando verifique la configuración de una o varias de las hipótesis que se puntualizan a continuación: i) cuando el respectivo proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; ii) **cuando el respectivo proponente no cumple con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente;** iii) cuando se verifique “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente” que en realidad sean necesarios, esto es forzosos, indispensables, ineludibles, “para la comparación de las propuestas” y, claro está, iv) cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a Principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones”.*

*Conviene precisar que la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia de 1987 (párrafo 30), que inspiró el referido artículo de la Ley 80 de 1993 y sus posteriores modificaciones, **tuvo por finalidad que aquellas ofertas que eventualmente pudieran ser las mejores no quedaran excluidas de los procedimientos de selección por asuntos formales y no, como se ha entendido en ocasiones, el permitir que el proponente vaya complementando y modificando su oferta en lo relativo a los requisitos habilitantes, después de su presentación, bajo el amparo de la figura de la subsanabilidad y en contravía de los principios de igualdad, de selección objetiva y de transparencia.** A juicio de la Sala, esta última institución, que bien se ha configurado como un derecho del proponente, está limitada a remediar, reparar, o enmendar deficiencias en la prueba de aquellos requisitos no necesarios para la comparación de ofertas —para el caso de la Ley 80 de 1993— siempre que hayan ocurrido con anterioridad a la presentación de esta.” (Destaca el Tribunal)*

De acuerdo con la jurisprudencia señalada es claro que, las causales de rechazo o exclusión de la oferta deben ser razonables y proporcionales en relación con el objeto del contrato, y una de las hipótesis en que proceden, ocurre cuando el proponente no cumple con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos en el pliego de condiciones.

En el presente asunto encuentra la Sala que, la causal de rechazo o exclusión de la oferta señalada en los pliegos por parte de Inficaldas no es desproporcionada o carece de razonabilidad dado que, el objeto de garantizar que el equipo mínimo requerido no estuviese comprometido en otro contrato, no es otro que el cumplimiento del contrato mismo, el cual -valga señalar-, tenía un presupuesto oficial de \$2.687.073.296, provenientes

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 14 de marzo de 2013, Exp. 24.059.

de recursos públicos, siendo fundamental que el contratista tuviese los equipos mínimos necesarios para ejecutar el objeto del contrato.

Así mismo, no deja lugar a equívocos la preponderancia que tenía este requisito, en tanto se establece en el pliego que:

“El proponente, estará obligado a suministrar y a poner al servicio de las obras objeto del contrato todo el equipo que se requiera para la debida ejecución de las mismas y a mantenerlo en óptimas condiciones de funcionamiento, so pena de incurrir en causal de incumplimiento del Contrato y, por lo tanto, de hacerse acreedor de las sanciones contractuales a que haya lugar (...) Los equipos ofrecidos por el proponente en las Condiciones Técnicas Mínimas requeridas, deberán permanecer en el sitio en donde se realizarán las obras que son objeto de esta licitación y del contrato quince (15) días antes que el programa de obra determine su utilización y hasta que se ejecute el ítem contenido en el formulario No. 1 “Presupuesto Oficial” en el cual se hace uso de este equipo”. (fl. 118 archivo “01C1Fls1A145”)

Ahora bien, se encuentra acreditado además que, la demandante *Unión Temporal VM La Pintada* que participó en la Licitación Pública No. LP – 29 – 2015 y la *Unión Temporal VM Caldas* que actuó en la Licitación Pública No. LP – 28 – 2015, fueron conformadas por las mismas personas, es decir, por el señor Javier José Pereira Areiza, y por la sociedad VM Ingenieros Ltda., en ambos casos con una participación del 50% cada uno. (fl. 19 archivo “01C1Fls1A145”). Además, los equipos mínimos que la demandante presentó dentro de su oferta en la licitación pública No. LP 029-2015 eran los mismos presentados en la licitación pública No. LP I028-2015, la cual fue adjudicada el 26 de febrero de 2015 (Fl. 2234 a 2237 archivo “12C1EFls2192A2359”), ello según se desprende de lo indicado en el acta de “*Audiencia de apertura de sobre No. 2 y establecimiento del orden de elegibilidad licitación pública No. LP-INFICALDAS 028-2015*”, aspectos que no son discutidos por las partes.

Con fundamento en lo anterior, Inficaldas a través de la Resolución No. 72-2015 del 27 de febrero de 2015 -acto demandado- señaló que, procedió a “(...) verificar los equipos presentados en la propuesta para la ejecución del contrato, estableciéndose que es el mimos equipo ofrecido para la licitación LP Inficaldas 028-2015, por lo cual no se cumple con este requisito y se procede a adjudicar al proponente ubicado en segundo orden de elegibilidad CONSORCIO SANTODOMINGO.” (Fl. 2 archivo “ADA_PROCESO_15-1-131699_217000042_13703249”).

El Consejo de Estado en sentencia del 9 de abril de 2021 refiriéndose al rechazo de una propuesta que contenía información inexacta o que no concordaba con la realidad, señaló:

“una causal dirigida a sancionar con el rechazo a una propuesta que suministre información que no concuerde con la realidad resultará válida en la medida en que comporta un desarrollo del principio constitucional de buena fe que impone a las partes el deber de actuar con rectitud, lealtad y honestidad en su gestión negocial.

También entraña una expresión del principio de selección objetiva, puesto que solo será posible la escogencia de la oferta más favorable a partir de la verificación de datos verdaderos, confiables y fidedignos que reflejen la real sujeción de la propuesta al interés que se pretende satisfacer con la celebración del contrato que se aspira a adjudicar”.⁸

En el caso concreto es evidente que, la demandante presentó una información inexacta en su propuesta, pues al tener comprometidos los equipos mínimos requeridos, en la licitación pública No. LP Inficaldas 028-2015, la cual le fue adjudicada el 26 de febrero de 2015⁹, le era imposible utilizar el mismo equipo para la ejecución del contrato que se derivaría de la licitación pública No. LP Inficaldas 029-2015, pues de encontrarse dicho equipo en sitio de obra en una de ellas, necesariamente no podría estar en el otra. Además que, entre uno y otro sitio de la obra existían 25 kilómetros, según lo señalado por Inficaldas, ello, en el entendido que la Licitación Pública 028-2015, comprendía la intervención de aproximadamente 2 kilómetros para el tramo vial entre Supía y Hojas Anchas¹⁰ y la Licitación Pública 029-2015, comprendía la intervención de aproximadamente 2 kilómetros para el tramo vial entre el Tramo Vial Arma – La Pintada¹¹.

Ahora, el argumento de la apelante consistente en que, la causal de rechazo no se configuró por cuanto el equipo presentado en la licitación 029-2015, no estaba comprometido en la ejecución de otro contrato con Inficaldas, no es de recibo por la Sala toda vez que, desconoce el sentido y finalidad de la estipulación en el Pliego de Condiciones, respecto a la disponibilidad y permanencia del equipo mínimo requerido en la obra, el cual era la de garantizar la efectiva ejecución del objeto contractual; precisamente por esa razón es que, la entidad convocante solicitó entre otras condiciones que, fuera especificado el equipo mínimo, incluyendo placa, modelo, propietario; que además estuviesen libres de gravámenes que en un eventual caso pudiesen entorpecer la ejecución contractual.

Por otra parte y en cuanto a la oportunidad en la subsanación de los documentos referidos a los requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas, el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, vigente para la época en que se adelantó la licitación pública cuestionada en este proceso, estableció:

*“PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, **todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes en cualquier momento hasta la adjudicación, No obstante lo anterior, en***

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, M.p. Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia de 9 de abril de 2021, Radicado 05001-23-33-000-2014-00332-01(64932)

⁹ Consorcio M.P. Caldas.

¹⁰ Fls. 2245 archivo “12C1EFls2192A2359”

¹¹ Fl. 2702 archivo “12C1EFls2192A2359”

aquellos procesos en que se utilice el mecanismo de subasta, deberá ser solicitados hasta el momento de previo a su realización” (la negrilla no es del texto).

Con base en dicha norma, se entiende que la Ley 1150 de 2007 concedió la oportunidad de aclarar los documentos presentados para cumplir con los requisitos habilitantes, que no otorgaban puntaje, hasta el momento de adjudicación, lo cual comprende incluso la audiencia correspondiente.

En el presente asunto se tiene que, el incumplimiento del requisito habilitante fue advertido por Inficaldas el 27 de febrero de 2015, una vez agotadas todas las etapas de la licitación pública LP- Inficaldas 029-2015, esto es, luego de la realizarse la audiencia de apertura del sobre 1, la verificación técnica de las propuestas, los informes de evaluación jurídica y financiera de las propuestas, cuando en la audiencia de apertura de sobre No. 2 y establecimiento del orden de elegibilidad, teniendo en cuenta que, el día anterior, Inficaldas a través de la Resolución 71-2015, adjudicó el contrato producto de la Licitación Pública LP 028- 2015 a la Unión Temporal VM Caldas, en el cual estaba comprometido el mismo equipo mínimo requerido presentado en la licitación Pública No. LP Inficaldas 029 -2015.

Ante el incumplimiento de uno de los requisitos habilitantes, y su verificación al momento de establecer el orden de elegibilidad, resultaba improcedente intentar subsanar la deficiencia, en primer lugar por cuanto, si bien el referido requisito no otorgaba puntaje, si afectaba el desarrollo del principio de selección objetiva, puesto que solo será posible la escogencia de la oferta más favorable a partir de la verificación de datos verdaderos, confiables y fidedignos que reflejaran la real sujeción de la propuesta al interés que se pretende satisfacer con la celebración del contrato que se aspira a adjudicar, lo cual no ocurría en el presente asunto, pues los equipos mínimos requeridos habían sido presentados en dos licitaciones simultaneas, una de las cuales le había sido adjudicada el día anterior.

En segundo lugar, por cuanto, como lo señala el Consejo de Estado desconocería el *“desarrollo del principio constitucional de buena fe que imponía a las partes el deber de actuar con rectitud, lealtad y honestidad en su gestión negocial”*¹² pues es claro que, la demandante ofreció el mismo equipo mínimo requerido en dos licitaciones publicas que se adelantaban simultáneamente por Inficaldas, lo que denota que, aún con el pleno conocimiento de que el equipo mínimo requerido con que contaba no le sería suficiente para atender la ejecución de los dos eventuales contratos estatales, se presentó a los dos procesos licitatorios. Además, la demandante tuvo la oportunidad de aclarar o informar esta situación pero no lo hizo.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, M.p. Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia de 9 de abril de 2021, Radicado 05001-23-33-000-2014-00332-01(64932)

En tercer lugar, por cuanto se estaría permitiendo el cambio los equipos mínimos requeridos con posterioridad al cierre del proceso, esto es, que se adquirieran o completaran *las condiciones mínimas de participación en desarrollo del proceso de selección*¹³.

En cuarto lugar, como lo señaló el *a quo*, por cuanto al permitirse el cambio los equipos mínimos requeridos con posterioridad al cierre del proceso, se vulneraría el derecho a la igualdad de los demás proponentes, quienes habían cumplido de principio a fin con cada uno de los requisitos para hacerse acreedores a la adjudicación del contrato.

En este orden de ideas, no se evidencia la falsa motivación de la Resolución 072-2015 del 27 de febrero de 2015.

5.2. En cuanto a la desviación de poder

La demandante en su recurso de apelación insiste en que, el acto demandando fue expedido con desviación de poder, aduciendo que, se observa que bajo una falsa apariencia de legalidad, se suprimen sus legítimos derechos e intereses, desplazándola con arbitrariedad, traducida en el despliegue de exagerada discrecionalidad al recurrir al rechazo o desplazamiento del primer orden de elegibilidad con fundamentos normativos y facticos inexistentes.

Al respecto la Sala precisa que, la desviación de poder consiste en el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla. Al respecto el Consejo de Estado¹⁴, sobre la desviación de poder en la celebración de contratos, ha señalado:

“Por lo tanto, siendo premisa fundamental que los funcionarios deban actuar teniendo en cuenta el interés general, cuando obran con un fin distinto del autorizado, desligado del interés general, de los principios que guían a la administración y de la buena marcha del servicio y

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 29.855.

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto de 20 de mayo de 2010, exp. 1992, afirmó: *“¿Cuál es el límite entre el derecho a subsanar una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones y el abuso de tal derecho?”.*

“No existe el derecho a subsanar. Lo que existe es la posibilidad de la entidad contratante de solicitar el saneamiento de un defecto no necesario para la comparación de las ofertas, el cual no puede conllevar a que el oferente mejore, complemente, adicione, modifique o estructure su propuesta a lo largo del proceso contractual.

“Lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas” (se destaca).

En Sentencia de 8 de febrero de 2012, exp. 20688, la Sección Tercera, Subsección B, sostuvo en relación con los requisitos habilitantes: *“la falta de capacidad de un proponente es un defecto de carácter insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección”*. Una reiteración del anterior pronunciamiento puede encontrarse en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 23 de julio de 2014, exp. 35008.

¹⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. 28 de mayo de 2012. Radicación: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

función públicas asignadas, con el propósito de favorecer intereses propios o de terceros, están desviando el poder que se les atribuyó, circunstancia que hace anulable el acto.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, “la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. Y, el artículo 24 numeral 8 ibidem, para garantizar el principio de transparencia en ella, prohíbe expresa y categóricamente esta actuación cuando señala que “[l]as autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias para los fines previstos en la ley”, precepto cuya inobservancia en la celebración del contrato, mutatis mutandi de la consecuencia prevista para los actos administrativos, se sanciona con nulidad absoluta del mismo, en los términos del numeral 3 del artículo 44 ibidem, según el cual incurrir en ese vicio cuando los contratos del Estado “se celebren con abuso o desviación de poder”.

En este caso, el vicio es predicable del propio contrato, en tanto él constituye un abuso o desviación de poder, por no atender el fin público que anima celebrarlo, sino otros fines diferentes a los establecidos en las normas que rigen esta actividad del Estado. En tal sentido, debe precisarse que el fin de la contratación constituye un presupuesto de legalidad del contrato y, por ello, se configura la desviación de poder siempre que con él se persiga un fin distinto al señalado por el legislador, de manera que no resulta válido un contrato que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o satisfacción de los intereses generales.

Según el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 debe declararse la nulidad de los contratos estatales celebrados con abuso o desviación de poder (numeral 3º ídem), causal en la que también pueden estar incursos los contratos que lesionen derechos colectivos como el de la moralidad administrativa o el patrimonio público en los términos indicados, teniendo en cuenta que se ha ejercido la competencia del funcionario para contratar no con el fin o propósito general de la contratación (art. 3 Ley 80/93), sino con otro en desmedro del mismo. Para tal efecto, se debe demostrar entonces las motivaciones secretas o preferencias, interés particular o motivación subjetiva por parte de los funcionarios que celebraron el contrato. Por esta razón, ha sostenido esta Sección que “...cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del art. 44 de la ley 80 de 1993) y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular...”

Así, la desviación de poder entraña una problemática probatoria, en tanto el acto o contrato en apariencia puede observarse como legal, pero la intención o finalidad que se propone con el mismo no es la de satisfacer el interés general. Por lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado, que:

“(...) teniendo en cuenta la complejidad probatoria en tratándose del vicio de desviación de poder, que enfrenta una evidente dificultad al momento de acreditarse en el proceso, en tanto

de ordinario no es posible acudir a pruebas directas para demostrarlo, es posible recurrir para ello a la prueba indiciaria

En efecto, en nuestro derecho positivo (arts. 248 a 250 CPC), los indicios son medios de prueba indirectos y no representativos -como sí lo son el testimonio y la prueba documental- y no pueden ser observados directamente por el juez, como por ejemplo sucede en la inspección judicial. En la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales establece otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos.

En otros términos, al ser el indicio una prueba indirecta que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso, tal construcción demanda una exigente labor crítica en la que si bien el fallador es autónomo para escoger los hechos básicos que le sirven de fundamento al momento de elaborar su inferencia, así como para deducir sus consecuencias, en ella está sujeto a las restricciones previstas en la codificación procesal: i) La consignada en el artículo 248 del CPC conforme a la cual los raciocinios son eficaces en tanto los hechos básicos resulten probados; y ii) la contemplada en el artículo 250 eiusdem que impone un enlace preciso y directo entre el indicio y lo que de él se infiere, que exige –salvo el evento no usual de los indicios necesarios que llevan a deducciones simples y concluyentes pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia entre sí como frente a los demás elementos de prueba de que se disponga”.¹⁵

Para el caso concreto basta reiterar que, el pliego de condiciones claramente estipuló como requisito habilitante la presentación del equipo mínimo requerido que debía permanecer en el sitio de la obra, con la finalidad de garantizar la adecuada ejecución del objeto contractual.

Como se expuso en el acápite anterior, es evidente que ese requisito fue omitido por la demandante, quien presentó el mismo equipo mínimo requerido para dos convocatorias simultáneas; al serle adjudicada la licitación pública No. LP Inficaldas 028-2015, el 26 de febrero de 2015¹⁶, comprometió esos equipos mínimos requeridos, por lo que es diáfano concluir que, le era imposible utilizar el mismo equipo para la ejecución del contrato derivado licitación pública No. LP Inficaldas 029-2015. Lo anterior por cuanto, de encontrarse en sitio de obra en una de ellas, necesariamente no podría estar en el otra, además que, entre uno y otro sitio de la obra existían 25 kilómetros.

Adicionalmente, no se existen elementos de prueba o indicios que permitan afirmar que el acto demandado fuera expedido con un fin distinto del autorizado, desligado del interés general, de los principios que guían a la administración y de la buena marcha del servicio y función públicas asignadas, o con el propósito de favorecer intereses propios o de terceros, dirigido a suprimir legítimos derechos e intereses de la demandante.

¹⁵ *Ibídem.*

¹⁶ Consorcio M.P. Caldas.

Ahora en cuanto al argumento consistente en que *“el tener bienes comprometidos en otro contrato si se hubiese presentado el caso, como lo enseña las reglas de la experiencia para nada afectaba la ejecución contractual por tratarse de equipos o bienes que no son únicos en el mercado y perfectamente pueden ser sustituibles en las condiciones, cantidad y calidad requerida en el pliego de condiciones”*, basta indicar que, tal y como ya fue referido, ese requisito mínimo fue establecido por la entidad contratante, precisamente con el objetivo de evitar, demoras y por ende incumplimiento contractual, situación que no podía quedar librada al azar, menos aun tratándose de la ejecución de un contratación con dineros públicos.

En todo caso, la Unión Temporal demandante nunca se pronunció, en cuanto a ese aspecto, en la etapa de observaciones a las Licitaciones Públicas 028-2015 y 029-2015 (archivo “ROPPC_PROCESO_15-1-131699_217000042_13257194”), de tal suerte que, si consideraba que el equipo mínimo requerido era fácilmente reemplazable, debió por lo menos poner en consideración de la entidad dicha apreciación, o simplemente, si eran fácilmente sustituibles, haber indicado en sus propuestas otros equipos mínimos diferentes en cada una de ellas, esto teniendo en cuenta que se trataba de dos convocatorias que se tramitaban simultáneamente ante la misma entidad pública.

Por lo tanto, no se evidencia que el acto demandado fuera expedido con desviación de poder, dirigido a suprimir legítimos derechos e intereses de la demandante. Así las cosas, no prospera el cargo de nulidad contra el acto acusado.

6. Conclusión:

La Resolución 072 del 27 de febrero de 2015, emitida por Inficaldas se encuentra ajustada a derecho toda vez que: i) la licitación Pública No. 029-2015 fue clara en establecer los requisitos mínimos requeridos; ii) la demandante en la licitación pública No. 028-2015 y la licitación pública No. 029-2018, presentó los mismos equipos mínimos requeridos; iii) para el momento de la adjudicación del contrato derivado de la licitación Pública No. 029-2015, dicho requisito se tornó insubsanable, por lo tanto, era necesario el consecuente rechazo de la propuesta de la demandante.

7. 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 Tercera de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales el 18 de marzo de 2021 dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la Unión Temporal VM La Pintada contra el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas- Inficaldas.

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. 48 de 2021.

NOTIFICAR

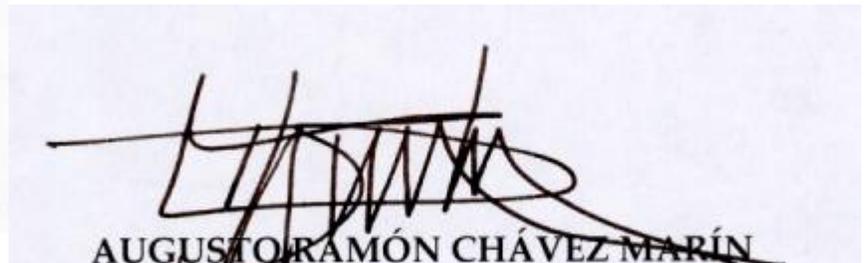


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



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. 173

Manizales, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

RADICADO: 17001-33-33-002-2016-00327-03
17001-33-39-005-2016-00350-00 (acumulado)
NATURALEZA: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Jesús Bernardo Gallego Mejía
DEMANDADOS: Municipio de Manizales
LLAMADO EN GTIA: Aseguradora Previsora S.A.

Se emite fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por las partes demandante y demandada contra de la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la parte actora.

I. Antecedentes

1. Demanda.

1.1. Pretensiones.

1.1.1. Asunto 2016-00327.

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del Decreto 135 del 29 de febrero de 2016, por medio del cual la accionada aceptó la renuncia presentada por el demandante al cargo que desempeñaba; así como del Oficio S.S.A. 075 S.J. 0395 del 07 de marzo de 2016 por medio del cual se le informó que no era posible dar trámite a su desistimiento de la renuncia, dado que la misma ya había sido aceptada.

Se ordene que el demandante sea reintegrado en un cargo de igual o superior categoría, considerándose la no existencia de solución de continuidad en los servicios para todos los efectos legales; que se reconozcan y paguen los salarios y prestaciones dejadas de percibir, sumas debidamente indexadas y canceladas con los intereses que se generen con posterioridad al fallo.

1.1.2. Asunto 2016-00350.

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 0867 del 10 de junio de 2016, acto por medio del cual la accionada dispuso el retiro del servicio del actor por reconocimiento de una pensión de vejez.

Se ordene que el demandante sea reintegrado en un cargo de igual o superior categoría, considerándose la no existencia de solución de continuidad en los servicios para todos los efectos legales; que se reconozcan y paguen los salarios y prestaciones dejadas de percibir, sumas debidamente indexadas y canceladas con los intereses que se generen con posterioridad al fallo.

1.2. Sustento fáctico relevante.

El demandante nació el 27 de febrero de 1958 y prestó sus servicios como Asesor, Código 105, Nivel 1, Grado 01 en la secretaría de salud del municipio de Manizales, en forma continua desde el 16 de julio de 1990, presentando renuncia al cargo que desempeñaba el 29 de febrero de 2016.

El 3 de marzo de 2016 -data para la cual aún no se había notificado acto de aceptación de su dimisión- el demandante manifestó al ente territorial demandado su intención de desistir de la renuncia al cargo que había presentado.

Mediante Oficio S.S.A. 075 S.J. 0395 del 07 de marzo de 2016, el Secretario General y el Secretario Jurídico informaron al demandante que, no era posible dar trámite a su retractación de renuncia al cargo, toda vez que dicha dimisión había sido aceptada desde el mismo 29 de febrero de 2016, mediante el Decreto No. 135 de dicha data, acto del cual se remitió copia con el referido oficio.

El demandante instauró acción de tutela en contra de la entidad demandada la cual fue decidida en segunda instancia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Adolescentes de Manizales, ordenando lo siguiente:

“PRIMERO: REVOCAR en su integridad el fallo de primera instancia y por lo anterior TUTELAR PROVISIONALMENTE los derechos al debido proceso, mínimo vital y trabajo del Dr JESÚS BERNARDO GALLEGO MEJÍA, conforme a lo consignado en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR al Dr JOSÉ OCTAVIO CARDONA LEÓN en su calidad de ALCALDE MUNICIPAL, que en un término no superior a cinco (5) días, proceda a reintegrar al cargo que venía desempeñando o a uno de igual categoría al Dr JESÚS BERNARDO GALLEGO MEJÍA sin solución de continuidad.

TERCERO: DISPONER, que el accionante cuenta con un lapso de cuatro meses contados desde la fecha de ejecutoria de este fallo, para acudir a la Justicia Administrativa, so pena de que cesen sus efectos, Art. 8 Decreto 2591/91...”

En cumplimiento de la orden anterior, el municipio de Manizales mediante el Decreto 0268 de 2016 ordenó el reintegro del demandante a su cargo, sin que se le hubiese

efectuado el pago de los salarios y demás prestaciones correspondientes al periodo durante el cual estuvo desvinculado.

Mediante Resolución No. 0867 del 10 de junio de 2016 la entidad demandada dispuso retirar del servicio al demandante advirtiéndole que, al señor Gallego Mejía le fue reconocida pensión de vejez por parte de Colpensiones E.I.C.E. incluida en nómina de junio de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión.

Se invocaron como vulneradas la Constitución Política, artículos 29, 125 y 315; Decreto 2468 de 1968, artículo 31; ley 100 de 1993, artículo 33 modificado por la ley 797 de 2003; ley 136 de 1994, artículo 91, numeral 2, literal d; ley 1437 de 2011, artículos 3, 87, 138, 155, 161 a 164.

Se arguye respecto de los actos referentes a su renuncia que, con se incurrió en falsa motivación y desconocimiento de las normas en que debían fundarse dado que, el acto que aceptó la renuncia al accionante, si bien fue datado 29 de febrero de 2016 no le fue notificado al demandante sino hasta el 7 de marzo siguiente, por lo cual su desistimiento a esta dimisión presentado el 3 de marzo de 2016 debió ser aceptado, dado que el referido acto administrativo no había adquirido firmeza por no haberle sido comunicado.

Igualmente señala que, existió falta de competencia, ya que los secretarios general y jurídico del municipio de Manizales no contaban con la competencia para resolver sobre su retracto a la renuncia presentada, pues tal facultad recaía sobre el mismo nominador, siendo este el alcalde municipal.

Añade, con respecto al acto que posteriormente le desvinculó del servicio por reconocimiento de una pensión de vejez, que dicha decisión contraría su derecho a permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso, siendo esta una facultad por la cual el demandante pudo optar dado que era beneficiario del régimen de transición y le permitiría acrecentar el valor de su mesada pensional, transición que precisamente impedía que le fuera aplicado lo dispuesto por la Ley 797 de 2003 -reconocimiento pensional- como justa causa de retiro del cargo.

2. Contestación a la demanda

El **municipio de Manizales** se opuso a la prosperidad de las pretensiones del demandante al señalar que el accionante presentó renuncia al cargo que desempeñaba, la cual fue aceptada en la misma data de su presentación, siendo vinculado nuevamente al servicio con ocasión de la acción de tutela que interpuso, sin que le fueran cancelados los salarios correspondientes al periodo en que no laboró al servicio de la entidad, dado que dicha obligación no se desprendía del fallo de tutela, como lo señaló expresamente el Juez constitucional al resolver solicitud de aclaración en la cual indicó:

“(...) No obstante, es de señalar, es correcta la interpretación que la Administración Municipal le ha dado al referido fallo, dado que ni en la parte motiva ni en la resolutive se menciona que debe cancelarse dinero alguno.

Se tuteló de manera transitoria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, como se dijo, adquiriendo el accionante la obligación de acudir posteriormente a la jurisdicción contenciosa, dada la naturaleza de su vinculación, para que allí se desarrolle el debate jurídico de fondo sobre los hechos planteados en su demanda, incluido si así lo desea el pago de salarios”.

Ahora bien, destaca que el acto que desvinculó finalmente al demandante del servicio atendió a que Colpensiones a través de la Resolución VPB 23268 del 26 de mayo de 2016 reconoció pensión de vejez al demandante efectiva a partir del 1 de junio de 2016, la cual fue efectivamente incluida en nómina de pensiones, situación que se erigía como justa causa para dar por terminada la relación laboral según el artículo 9 de la ley 797 de 2003, norma declarada exequible por la Corte Constitucional; ello en armonía con el artículo 49 de la ley 909 de 2004.

Finalmente, el municipio de Manizales llamó en garantía a la aseguradora Previsora S.A. con ocasión de la póliza de responsabilidad civil servidores expedida por dicha entidad, relación jurídica procesal que fue desatada desfavorablemente al ente territorial y la cual no es objeto de apelación.

3. Sentencia de Primera Instancia

Mediante proveído del 11 de mayo de 2020 el *a quo* accedió parcialmente las pretensiones de la parte actora, al concluir que:

(i) El acto que aceptó la renuncia del actor, esto es, el Decreto 135 del 29 de febrero de 2016, así como del Oficio S.S.A. 075 S.J. 0395 del 07 de marzo de 2016 por medio del cual se le informó no poder dar trámite a su retractación de la renuncia, se ajustan a legalidad teniendo en cuenta que, el referido decreto fue expedido con anterioridad a que el actor efectuara manifestación en el sentido de desistir de su dimisión, advirtiendo que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la notificación posterior de dicho acto no implicaba que este no surtiera efectos, dado que dicha notificación es requisito para recurrir el acto más no para darle validez.

(ii) Ahora bien, con respecto a la Resolución 0867 del 10 de junio de 2016 por medio de la cual se dispuso el retiro definitivo del servicio del actor por reconocimiento de una pensión de vejez señaló que, esta adolece de nulidad dado que, el actor al ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se encontraba habilitado para seguir laborando en el cargo de Asesor, Código 105, Nivel 1 grado 01 adscrito a la Secretaría de Salud del Municipio de Manizales, hasta la

edad retiro forzoso, puesto que el parágrafo 3- del artículo 9° de la ley 797 de 2003 no le es aplicable.

Así las cosas, dispuso al nulidad de la referida resolución, disponiendo que el demandante sea reintegrado al cargo que desempeñaba en el ente territorial, cancelándole a título indemnizatorio el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el 15 de junio de 2016 hasta el momento del reintegro, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el demandante, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a 6 meses ni pueda exceder de 24 meses de salario, conforme lo dispone la sentencia SU - 556 de 2014 de la Corte Constitucional.

4. Recursos de apelación

La **parte demandante** manifestó su oposición al fallo únicamente en lo que respecta al numeral quinto, en tanto dispuso limitar el reconocimiento de salarios y prestaciones, dicha oposición se funda en la consideración de que la sentencia SU - 556 de 2014 de la Corte Constitucional no puede ser aplicada al presente caso, pues esta solo es aplicable a asuntos en que se debata el retiro "*SIN MOTIVACIÓN ALGUNA*" de empleados "*NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD*" particularidades que no corresponden a las del presente asunto, ya que el accionante no estaba nombrado en provisionalidad, sino en propiedad, ocupando un cargo en carrera administrativa, tal y como se puede evidenciar en el certificado laboral, resolución de nombramiento y acta de posesión, documentos que obran en el expediente; adicionalmente al momento que la entidad lo retiró de su cargo, si le motivó el acto administrativo, bajo el argumento de haberle sido reconocida su pensión de vejez.

La **entidad accionada** sustentó su oposición al fallo, al considerar que al actor sí se le era aplicable la ley 797 de 2003 en su parágrafo 3 del artículo 9 que faculta al empleador público o privado para dar por terminado el vínculo laboral por haber alcanzado el empleado el status de pensionado, que fue lo que pasó en el caso del actor, advirtiendo que entenderlo como lo hizo el Despacho, sería lo mismo que concluir que la Ley 797 de 2003 únicamente entraría en vigencia, cuando todas las personas del régimen de transición se pensionaran, prescripción que no fue considerada por el legislador.

Agrega que, en el presente asunto, no puede aplicarse el principio de favorabilidad como lo hizo el *a quo* porque no hay discusión sobre las normas a aplicar, sino que en virtud del principio de legalidad, debe aplicarse la norma vigente al momento de consolidación del status de pensionado del señor Jesús Bernardo Gallego Mejía, situación de la que no hay duda, es decir para el 2016, se encontraba vigente el parágrafo 3 del artículo 9 de la ley 797 de 2003, razón por la cual, le era aplicable, siendo la actuación administrativa del municipio de Manizales que se encuentra hoy demandada, ajustada a derecho.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos a resolver.

Al analizar la sentencia de instancia y los recursos de apelación, la Sala considera que el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar los siguientes cuestionamientos:

¿Se ajusta a legalidad la Resolución 0867 del 10 de junio de 2016 en tanto dispuso el retiro del servicio del actor por haber obtenido reconocimiento de una pensión de vejez?

¿Hay lugar a ordenar el reintegro del actor a su cargo a pesar de haberse declarado la legalidad del Decreto No. 135 del 9 de febrero de 2016 que ya había dispuesto la terminación de la relación laboral por aceptación de la renuncia presentada por aquel?

En caso afirmativo *¿la sentencia SU - 556 de 2014 de la Corte Constitucional no puede ser aplicada al presente, para afectar la indemnización equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el 15 de junio de 2016 hasta el momento del reintegro?*

2. Primer Problema Jurídico – retiro del cargo por reconocimiento pensional

2.1. Tesis del tribunal: La Resolución No. 0867 del 10 de junio de 2016 adolece de nulidad por desconocimiento de las normas en que debía fundarse, esto, al advertirse que la aplicación de la causal de terminación de la relación laboral contemplada por el artículo 9° de la ley 797 de 2003 -reconocimiento pensional- no puede ser aplicada a empleados públicos beneficiarios del régimen de transición como lo ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos probados; ii) la causal de retiro del servicio por reconocimiento pensional, para descender al análisis del iii) caso concreto.

2.2. Hechos relevantes acreditados para la resolución de los problemas jurídicos.

- Según registro civil de nacimiento del actor, este nació el 27 de febrero de 1958 (fl. 77, Archivo: "04CUADERNO4PROCESOACUMULADO 2016-00350").
- Mediante decreto No. 158 del 12 de julio de 1990, fue nombrado como empleado del ente territorial accionado, cargo del cual tomó posición el 16 de julio siguiente (fls. 34-35, Archivo: "01CUADERNO1").
- Mediante oficio del 29 de febrero de 2016 -con fecha de recepción en la misma data- dirigido al otrora alcalde municipal, el demandante "*present[ó] renuncia irrevocable a partir de la fecha, al cargo de asesor adscrito a la SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPIO DE MANIZALES*" (fl. 22, Archivo: "01CUADERNO1").

- A través del Decreto 0135 del 29 de febrero de 2016 el alcalde de Manizales decidió "*Aceptar a partir del 29 de febrero de 2016, la renuncia irrevocable presentada por el Jesús Bernardo Gallego Mejía*" (fl. 22, Archivo: "01CUADERNO1") -acto comunicado al demandante mediante oficio del 07 de marzo siguiente (fls. 25-29, *ibidem*).
- Con oficios del 3 de marzo de 2016 -con fecha de recepción en la misma data- el demandante señaló: "*me permito manifestarle que me RETRACTO de la renuncia irrevocable a mi cargo como Asesor de la Secretaría de Salud Pública del Municipio Manizales*" (fls. 23-24, Archivo: "01CUADERNO1").
- Mediante oficio S.S.A.075 S.J.0395 del 7 de marzo de 2016 dirigido al demandante los Secretarios de Servicios Administrativos y Jurídico aduciendo delegación del alcalde municipal, manifiestan que la renuncia presentada por el actor fue aceptada mediante el Decreto 0135 del 29 de febrero de 2016, por lo cual no es posible revocar el acto administrativo por medio del cual se le aceptó la renuncia (fls. 25-29, Archivo: "01CUADERNO1").
- Mediante fallo del 10 de mayo de 2016 el Juez Segundo Penal del Circuito de Conocimiento para Adolescentes ordenó -como medida transitoria supeditada a la interposición del correspondiente medio de control ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa- al alcalde de Manizales el reintegro del aquí demandante al cargo que venía desempeñando (fls. 36-52, Archivo: "01CUADERNO1").
- En auto del 10 de junio de 2016 el Juez Segundo Penal del Circuito de Conocimiento para Adolescentes en atención a la solicitud de aclaración al fallo señaló:

"Se tuteló de manera transitoria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, como se dijo, adquiriendo el accionante la obligación de acudir posteriormente a la jurisdicción contenciosa, dada la naturaleza de su vinculación. para que allí se desarrolle el debate jurídico de fondo sobre los hechos planteados en su demanda, incluido si así lo desea el pago de salarios." (fls. 145-146, Archivo: "01CUADERNO1")
- Por medio del Decreto 0268 del 23 de mayo de 2016 el alcalde de Manizales dio cumplimiento al fallo de tutela reintegrando demandante a su cargo (fl. 139, Archivo: "01CUADERNO1").
- Mediante Resolución VPB 23268 el día 26 de mayo de 2016 Colpensiones E.I.C.E. reconoció al aquí demandante una pensión mensual vitalicia de vejez a partir del 1° de junio de 2016 en aplicación del régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (fls. 147-159, Archivo: "01CUADERNO1").
- A través de Resolución 0867 del 10 de junio de 2016 el alcalde de Manizales dispuso "*retirar del servicio por justa causa*" al señor Jesús Bernardo Gallego Mejía, lo anterior arguyendo la causal establecida en el parágrafo 3- del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la ley 797 de 2003 -reconocimiento de pensión

de vejez- (fls. 143-144, Archivo: "01CUADERNO1").

2.3. Causal de retiro del servicio público por reconocimiento pensional.

La Ley 797 de 2003 "Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales", en su artículo 9 -modificatorio del artículo 33 de la Ley 100 de 1993-, estableció en el párrafo tercero, la causal de retiro del servicio para todos los servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones por reconocimiento de la pensión de vejez, en los siguientes términos:

"Parágrafo 3°. 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 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 éste no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquél.

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

Ahora bien, cabe destacar que la referida causal de retiro del servicio, no es de aplicación absoluta, en la medida en que el artículo 53 de la Constitución Política consagra una especial protección de los derechos adquiridos de los empleados, tales como los derechos del régimen de transición, como lo ha señalado el H. Consejo de Estado al advertir que como límite de dicha causal que:¹

"se supedita al respeto del derecho de transición... pues si el empleado consolidó sus derechos atendiendo la posibilidad de diferir el goce de su pensión y acceder a la reliquidación del monto de pensión prevista en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, es indiscutible que por efecto del derecho a la transición: i) podrá quedarse en el empleo para reajustar su derecho pensional más allá de la fecha en que se le notificó el acto administrativo que reconoce su derecho a la pensión de jubilación, y ii) no podrá ser obligado a retirarse por el solo hecho de haberse expedido a su favor resolución de jubilación si no ha llegado a la edad de retiro forzoso, toda vez que el derecho a la transición y la concreción del derecho pensional a la luz del mismo, le preservan y habilitan la posibilidad de reliquidar el valor de su pensión en los eventos allí

¹ Sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda, Radicación No. 250002325000200406145 01 (2533-07), 4 de agosto de 2010, C.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren.

determinados”

Esta posición ha sido reiterada por la Corporación en cita en diferentes providencias² y más recientemente en proveído del 7 de marzo de 2019³, en el cual se advirtió:

“El derecho pensional de la señora Gladys María Cepeda de Hernández se reconoció bajo las condiciones previstas en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Adquirió su estatus a la edad de 50 años y por haber completado más de 20 años de servicios.

En este orden de ideas, como la demandante se encontraba amparada por el régimen de transición y consolidó su derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, le asistía el derecho, conforme el artículo 150 de la misma ley, a permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso, que para la fecha en que se expidió el acto demandado, era de 65 años.

De acuerdo con la tesis reiterada de la Sala al haber consolidado el derecho bajo el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo referente a edad, tiempo y monto de la pensión, ello significaba para la demandante que las condiciones de su retiro se regían bajo el artículo 150 de la misma normativa, lo que le daba derecho a permanecer en el servicio para mejorar el monto de su pensión, en aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 53 constitucional.” (Se subraya)

2.4. Caso Concreto

Se encuentra plenamente acreditado que, el señor Jesús Bernardo Gallego Mejía fue beneficiario del régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que para la fecha de entrada en vigencia del referido régimen pensional para el personal de las entidades territoriales -30 de junio de 1995⁴- este contaba con más de 15 años de servicios prestados de forma continua desde el 1° de enero de 1980, términos en los que precisamente le fue reconocida su pensión vejez, sin que en el *sub lite* se haya planteado oposición alguna a dicho derecho de transición.

En línea con lo anterior, y sin que sean necesarias mayores elucubraciones a las expuestas en la reiterada jurisprudencia señalada en el acápite anterior es claro que, la causal de retiro del servicio que fue establecida por artículo 9° de la Ley 797 de 2003 -reconocimiento pensional- no puede ser aplicada a aquellos beneficiarios del régimen

² Entre otras decisiones, se citan las siguientes sentencias: 6 de septiembre de 2012 - Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08914-02(1764-09); 21 de noviembre de 2011 - Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01128-01(1444-09); 6 de julio de 2011 - Radicación número: 76001-23-31-000-2004-03659 01(2166-09); 18 de mayo de 2011 - Radicación número: 25000-23-25-000-2004-06148-02(1901-08); 20 de enero de 2011 - Radicación número: 25000-23-25-000-2004-07982-01(2323-07).

³ Sección Segunda, Subsección B, 10 de junio de 2021, radicado 68001-23-31-000-2004-01862-01(0964-10), C. P. César Palomino Cortés.

⁴ Artículo 2, Decreto 691 de 1994.

de transición como es el caso del accionante, pues este ostenta el derecho a permanecer en el cargo hasta tanto cumpla la edad de retiro forzoso en los términos del artículo 150 de la Ley 100 de 1993.

Corolario, la Sala comparte la decisión adoptada por el *a quo* respecto de la declaratoria de nulidad de la Resolución 0867 del 10 de junio de 2016 en tanto dispuso el retiro del servicio del actor por la ya referida causal.

Ahora bien, la Sala analizará en el siguiente problema jurídico planteado, sobre la viabilidad de ordenar el reintegro del actor al cargo que desempeñaba como lo dispuso la sentencia recurrida, análisis que se hace necesario al advertir que, para el caso de marras se presenta una situación adicional relevante, como es la renuncia del señor Jesús Bernardo Gallego Mejía aceptada por la entidad accionada mediante el Decreto 135 del 9 de febrero de 2016 acto que como se señaló por el *a quo*, se ajusta al ordenamiento jurídico, sin que su legalidad sea objeto de oposición en los recursos de apelación interpuestos.

3. Segundo Problema Jurídico *¿Hay lugar a ordenar el reintegro del actor a su cargo a pesar de haberse declarado la legalidad del Decreto No. 135 del 9 de febrero de 2016 que ya había dispuesto la terminación de la relación laboral por aceptación de la renuncia presentada por aquel?*

3.1. Tesis del tribunal: No es posible disponer el reintegro del accionante al cargo que desempeñaba, pues en el presente asunto la relación laboral sostenida entre el municipio de Manizales y el accionante con posterioridad al 29 de febrero de 2016 tenía como único fundamento la sentencia de tutela que ordenó como mecanismo transitorio su reintegro hasta tanto el Juez natural definiese la legalidad del Decreto 135 del 9 de febrero de 2016 que terminó dicha relación por aceptación de la renuncia presentada por el actor, en tal sentido, al determinarse la legalidad de dicho acto, este se erige como motivo válido de retiro del servicio.

3.2. Efectos de las sentencias de tutela otorgadas como mecanismo transitorio – competencia natural y exclusiva de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para analizar la legalidad de actos administrativos.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 86 creó el mecanismo de la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y residual para la protección de derechos fundamentales, advirtiendo en forma expresa que la misma “*solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”.

En tal sentido, el Decreto 2591 de 1991 desarrollo esta limitación al señalar en su artículo 8:

“Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.”

Al respecto, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-795 de 2011, señaló:

“Este mecanismo privilegiado de protección, tiene como características especiales, el ser residual y subsidiario. Esto lleva a colegir, que sólo es procedente cuando (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento jurídico, - caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera principal los derechos fundamentales invocados -, o (ii) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste (1) no resulta idóneo ni eficaz para el amparo de los derechos conculcados o amenazados, o (2) la tutela se torna necesaria como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”

En este orden de ideas, resulta necesario destacar que el municipio de Manizales mediante Decreto 135 del 29 de febrero de 2016 aceptó la renuncia presentada por el señor Jesús Bernardo Gallego Mejía en la misma data, dando por terminada la relación laboral existente entre dichas partes; acto administrativo que por regla general se presume ajustado a legalidad hasta tanto se determine lo contrario por parte del juez natural, esto es, la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ahora bien, en el presente asunto el Juez Constitucional protegió los derechos fundamentales del Jesús Bernardo Gallego Mejía de manera transitoria disponiendo su reintegro, empero, condicionando dicha protección a que el asunto fuese sometido al control jurisdiccional ordinario ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se itera, como juez natural para analizar la legalidad o no del acto que dispuso la terminación de la relación laboral por aceptación de la renuncia presentada.

Sobre esta competencia natural de la jurisdicción Contencioso Administrativa el H. Consejo de Estado ha señalado que⁵:

“En este asunto, la cosa juzgada constitucional o inmutabilidad del referido fallo de tutela se predica respecto de los derechos constitucionales fundamentales amparados por la autoridad judicial que ordenó a Cajanal el mencionado reajuste.

*En ese orden de ideas, en el sub lite la cosa juzgada constitucional no cobija el acto administrativo objeto de reproche en este asunto porque existe un ordenamiento especial que otorga a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo la facultad de juzgar, a petición de cualquier persona, la legalidad de los actos que expida la Administración*⁶.

Lo contrario sería como desconocer la competencia otorgada tanto por el legislador como por la Carta Política (artículos 236 a 238) a los jueces de lo contencioso-administrativo, para que a través de los medios de control previstos en los artículos 135 y siguientes del CPACA decidan acerca de la legalidad de los diferentes actos que expide la Administración...” (Se subraya)

3.3. Caso concreto

En atención a lo previamente señalado resulta necesario resaltar que, la decisión de reincorporar a su cargo al señor Jesús Bernardo Gallego Mejía después de haber dado por terminada la relación laboral el 29 de febrero de 2016, tuvo como único fundamento la orden **-transitoria-** emitida por el Juez Constitucional, sin que esta despojara de su presunción de legalidad al acto que desvinculó a aquel por la aceptación de su renuncia, pues esta facultad únicamente recae en cabeza del Juez Contencioso Administrativo.

Ahora bien, precisamente en ejercicio de la competencia natural del Juez Contencioso Administrativo para analizar la legalidad de los actos administrativos, la sentencia objeto de apelación -con base a antecedentes jurisprudenciales del H. Consejo de Estado sobre este tópico⁷-, resolvió sobre el ya referido Decreto 135 del 29 de febrero de 2016 -que desvinculó al actor de su cargo a partir de la fecha de su expedición-, se ajusta al ordenamiento jurídico, pues fue expedido con anterioridad a que el actor

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 10 de junio de 2021, radicado 73001-23-33-000-2012-00231-02(2724-19), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

⁶ **Cita de cita:** En los mismos términos se puede consultar: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, auto de 1.º de septiembre de 2017, expediente 73001-23-33-000-2012-00231-01 (2087-2014), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 11 de septiembre de 2017, radicado 25000-23-42-000-2013-05862-01(4191-14), C. P. Rafael Francisco Suárez Vargas: “Ahora bien, cuando la norma de 1973 dispuso como irrevocable solo aquella renuncia que fue regularmente aceptada, se está refiriendo sin duda alguna a aquella que es manifestada por la autoridad mediante un acto administrativo que tenga validez jurídica, es decir, que tenga como requisitos haber sido expedido por «el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior».

De manera que desde el mismo momento en que el acto administrativo de aceptación es válidamente expedido por la autoridad respectiva y de conformidad con la normatividad vigente, se torna en irrevocable y por ende en irrevocable por parte del funcionario dimitente”.

efectuara manifestación en el sentido de desistir de su renuncia.

Cabe destacar que dicha decisión adoptada por el *a quo* no es objeto de oposición alguna por la parte actora, quien únicamente formuló su recurso de alzada con respecto a los efectos económicos de la declaratoria de nulidad del otro de los actos demandados, esto es, la Resolución 0867 del 10 de junio de 2016.

Así las cosas, en el presente asunto a pesar de la nulidad de la Resolución 0867 del 10 de junio de 2016, es claro que los efectos del Decreto 135 del 29 de febrero de 2016 aún persisten, siendo este un motivo suficiente y ajustado a legalidad -se itera, según se decidió por el *a quo* sin que sea motivo de apelación- para la terminación de la relación laboral existente entre el municipio de Manizales y el señor Jesús Bernardo Gallego Mejía, siendo imposible por ende, ordenar su reintegro al cargo que desempeñaba por su renuncia al mismo aceptada por la entidad nominadora.

Corolario, la Sala revocara parcialmente la sentencia estudiada -ordinales cuarto a octavo⁸- en tanto ordenó el reintegro del señor Jesús Bernardo Gallego Mejía al cargo de Asesor, código 105, grado 01, de la Secretaría de Salud del Municipio de Manizales y dispuso el pago de los salarios, prestaciones y aportes respectivos.

Por sustracción de materia resulta innecesario resolver el tercer problema jurídico planteado referente a la aplicación de la sentencia SU - 556 de 2014 de la Corte Constitucional al presente caso para establecer el monto de la indemnización.

5. Costas

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas en esta instancia, en tanto, a partir del criterio objetivo valorativo que ha sido expuesto por el Consejo de Estado⁹ para la imposición de la condena en costas, se torna necesaria la existencia de gastos procesales y actuaciones en que hayan incurrido las partes, para dar lugar a la

⁸ **“CUARTO:** A título de restablecimiento del derecho ORDENAR al Municipio de Manizales proceda a reintegrar a al señor JESÚS BENARDO GALLEGO MEJIA al cargo de Asesor código 105 grado 01 de la Secretaría de Salud del Municipio de Manizales o a otro de la misma naturaleza y categoría para el cual cumpla con los requisitos del cargo.

QUINTO: CONDENAR al Municipio de Manizales al pago a título indemnizatorio del equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir por la demandante, desde el 15 de junio de 2016 hasta el momento del reintegro, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, de acuerdo con lo expuesto previamente.

SEXTO: CONDENAR al Municipio de Manizales al pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social dejados de hacer, desde el 15 de junio de 2016 de 2016 y hasta que se haga efectivo el reintegro del demandante.

SÉPTIMO: Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del C.P.A.C.A., debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, parala cual la demandada, tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes.

OCTAVO: 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, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en la citada norma.”

⁹ Ver: Sentencia del 7 de febrero de 2019, Rad. 41001-23-33-000-2015-00741-01(2982-17).

imposición de dicha condena.

Así, no se impondrá tal carga al observarse que no se incurrió en gastos procesales en esta instancia, y que las partes recurrentes no efectuaron intervención ante este Tribunal.

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: REVOCAR parcialmente los -ordinales cuarto a octavo- de la sentencia proferida el 11 de mayo de 2020 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, que dispuso el reintegro del señor Jesús Bernardo Gallego Mejía al cargo de Asesor, código 105, grado 01, de la Secretaría de Salud del Municipio de Manizales y dispuso el pago de los salarios, prestaciones y aportes respectivos.

En su lugar, **NEGAR las pretensiones formuladas en la demanda** referentes al reintegro del señor Jesús Bernardo Gallego Mejía al cargo de Asesor, código 105, grado 01, de la Secretaría de Salud del Municipio de Manizales.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 11 de mayo de 2020 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 48 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 170

Manizales, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación: 17001 33 39 005 2017 00245 02
Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Accionante: Blanca Edilma Ocampo Osorio
Accionado: Municipio de Risaralda- Caldas

Se resuelve el recurso de apelación formulado por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad de las resoluciones 330 de Diciembre 16 de 2016 y 083 de Marzo 10 de 2017, proferidas por el municipio de Risaralda-Caldas, mediante las cuales se niega la pensión de sobrevivientes a la demandante y que a título de restablecimiento del derecho se declare que, el señor Ricardo Sánchez Franco dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes para su beneficiaria Blanca Edilma Ocampo Osorio en calidad de cónyuge y que esta tiene derecho a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge.

Que por lo tanto, se condene al municipio de Risaralda a pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho por cuanto el causante dejó acreditados los requisitos del Decreto 3041 de 1966, norma que debe aplicarse por favorabilidad, de manera retroactiva desde el 07 de Mayo de 1989, fecha del fallecimiento del causante; además de los intereses de mora consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación.

1.2. Fundamento factico

Se señala que la demandante contrajo matrimonio con el señor Ricardo Sánchez Franco el 15 de enero de 1979, conviviendo de manera ininterrumpida, compartiendo lecho, techo y mesa y nunca procrearon hijos hasta la fecha del deceso del citado el 07 de mayo de 1989. Que aquel laboró al servicio de las siguientes entidades: Institución Educativa el Horro-Anserma

desde el 28 de marzo de 1974 al 01 de septiembre de 1977; Escuela Rural Quiebra de Varillas-Risaralda desde el 02 de septiembre de 1977 hasta el 04 de mayo de 1980; Colegio María Inmaculada de Risaralda del 05 de mayo 1980 al 26 de agosto de 1986; en el departamento de Caldas del 29 de agosto de 1986 al 09 de septiembre de 1987 y en el municipio de Risaralda del 26 de agosto de 1988 hasta el 30 de abril de 1989 y durante toda su vida cotizó un total de 743 semanas, de las cuales 275 corresponden a los 6 años anteriores a su fallecimiento.

Que la demandante el 13 de octubre de 2016 solicitó la pensión de sobrevivientes, sin embargo el municipio de Risaralda negó dicha petición mediante Resolución 330 del 16 de diciembre de 2016. Que ante dicha negativa, el 19 de enero de 2017 presentó la misma solicitud ante la gobernación de Caldas, sin embargo, dicha entidad mediante comunicados UPS 0047 y 0048 del 23 de enero de 2017 remitió la misma por falta de competencia ante el Alcalde del municipio de Risaralda, por cuanto fue la última entidad en donde el señor Sánchez Franco había prestado sus servicios.

Que mediante Resolución 083 del 10 de marzo de 2017 el municipio de Risaralda negó la solicitud pensional argumentando que, para la fecha del deceso del causante dicha prestación no existía para el sector oficial, absteniéndose de resolver de fondo, remitiéndose a la Resolución 330 anteriormente citada y refiriendo que en contra de la resolución citada no procedía ningún recurso.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Señaló como vulnerados los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución y artículos 5, 20 y 21 del Decreto 3041 de 1966. Se argumentó que, la demandada al negar la pensión de sobrevivientes vulneró su derecho fundamental a la seguridad social, toda vez que la citada cumple con todos los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su esposo, aclarando que siempre convivieron bajo el mismo techo y compartieron lecho y mesa; que la sociedad conyugal siempre estuvo vigente y nunca se interrumpió.

Hizo referencia al principio de favorabilidad resaltando que, tiene derecho a ello toda vez que, la ley general consagra requisitos más flexibles para acceder a la pensión de sobrevivientes, los cuales su representada cumple a cabalidad.

2. Contestación de la demanda

El Municipio de Risaralda- Caldas sobre los hechos de la demanda expuso que unos no le constan y que otros no son hechos y se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demandante argumentando que, no existe dentro del proceso prueba que haga válida la solicitud de la pensión de sobrevivientes de su fallecido esposo, ni se están vulnerando derechos alguno.

Propuso las siguientes excepciones que denominó: "*Inexistencia de causales de anulación*" basada en que, no existen causales para que se declare la nulidad de los actos demandados, toda vez que ellos fueron expedidos por el funcionario competente, con sujeción a las normas en que debían fundarse y sin desviación de poder o falsa motivación. "*Inexistencia del derecho alegado y de la obligación imputada*": fundada en que no tiene la obligación de

reconocer a la demandante la prestación solicitada, por cuanto dicha figura era inexistente en norma de derecho público alguno aplicable al momento del fallecimiento del señor Ricardo Sánchez. *"Falta de legitimación y titularidad en la causa por activa"*: teniendo en cuenta que, como no existe pensión reconocida en favor del señor Ricardo Sánchez Franco no puede existir pensión de sobrevivientes en cabeza de su esposa, por tanto y al no existir causa petendi no existe legitimación en la causa por activa. *"Inexistencia de nexa causal"*: en cuanto el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes nace cuando ya existía previamente una pensión reconocida en cabeza de alguien que fallece posteriormente, cuyo derecho es adquirido por sus herederos en los términos de la Ley 797 de 2003; como en el presente caso no existió la primera no puede subsistir la segunda. *"Cobro de lo no debido"*: por cuanto, al no existir obligación alguna para con la demandante la entidad no está obligada a pago alguno, reclamándose sumas de dinero que la entidad no adeuda.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción denominada *"Inexistencia del derecho alegado y de la obligación imputada"* y negó las pretensiones de la demandante. Para ello, luego de hacer referencia al desarrollo normativo y jurisprudencial sobre la pensión de sobreviviente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para los servidores públicos y particulares, concluyó que, el fallecido Ricardo Sánchez Franco esposo de la demandante laboró al servicio del Estado como docente y empleado público, evidenciándose que siempre cumplió funciones de carácter público, razón por la cual de entrada no puede aplicársele el Decreto 3041 de 1966 en sus ámbitos pensionales, teniendo en cuenta que se trata de una normatividad para el sector privado existente en su momento que exigía además encontrarse vinculado o afiliado al Instituto de Seguros Sociales.

Que de acuerdo a la normatividad aplicable al señor Ricardo Sánchez Franco, como lo es la Ley 33 de 1985, modificada en varias oportunidades y la Ley 71 de 1988 en lo relativo a la sustitución pensional y/o pensión de sobrevivientes, el mencionado no cumplió con los requisitos allí establecidos para acceder a la pensión de vejez, toda vez que no se acreditó que hubiera laborado por más de 20 años continuos o discontinuos al momento de su fallecimiento, acreditándose únicamente un tiempo de servicios de poco más de 14 años. Por lo tanto, al no cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez como afiliado, al momento de su fallecimiento no tenía la expectativa del derecho pensional y por tanto su esposa no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, ni mucho menos a una sustitución pensional.

4. Recurso de apelación

La demandante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones argumentando que, a la demandante debe reconocérsele la prestación de sobrevivientes que solicita, ya que su cónyuge con los tiempos de servicio que acreditó para entidades del sector público, cumple con los requisitos de una norma vigente al 07 de mayo de 1989, fecha en la cual murió el señor Ricardo Sánchez Franco.

Que negar a la demandante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su cónyuge, es desconocer los principios de favorabilidad, *pro homine* y de igualdad; que es claro que el señor Ricardo Sánchez Franco era un empleado del sector público y que como tal los requisitos para lo pensión de sobrevivientes en dicho sector era que el causante del beneficio pensional hubiese prestado 20 años de servicios, los que el cónyuge de la demandante no alcanzó a prestar, pero también debe tenerse en cuenta que, para los trabajadores del sector privado afiliados al ISS, así como para los trabajadores del sector público que estuviesen afiliados a esta, los requisitos para que sus beneficiarios accedieran a lo pensión de sobrevivientes eran menos exigentes, ya que el Decreto 3041 de 1966, exigía 150 semanas cotizadas en los seis años anteriores a la muerte, de las cuales 75 semanas debían estar cotizadas en los tres años anteriores al fallecimiento, requisitos que con el tiempo de servicio prestado por el señor Sánchez Franco en el sector público, se cumplen con creces, pues así lo demuestra la prueba documental que reposa en el plenario.

Citó la sentencia 02235 de 2019 del Consejo de Estado frente a la aplicación de los principios de favorabilidad, *pro homine* y de igualdad, para concluir que, no resulta justificable el trato diferente de un trabajador del sector público frente a uno del sector privado, ni mucho menos cuando se trata de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, pues a la demandante se le niega una pensión de sobrevivientes a pesar de que su cónyuge había laborado en el sector público por más de 14 años, tiempo que si hubiese sido cotizado en el sector privado, claramente le habría otorgado el derecho que hoy se le niega.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

De conformidad con la sentencia y los argumentos del recurso de apelación, se centran en establecer si: *¿Son aplicables por favorabilidad los requisitos establecidos en el Decreto 3041 de 1966 para otorgar la pensión de sobrevivientes a la demandante en su condición de cónyuge supérstite del señor Ricardo Sánchez Franco?*

2. Tesis del Tribunal

No es dable aplicar el Decreto 3041 de 1966, para otorgar la pensión de sobrevivientes a la demandante en su condición de cónyuge supérstite del señor Ricardo Sánchez Franco, puesto que, este solo rige las pensiones de algunos trabajadores oficiales y aquellos que presten sus servicios al sector privado, norma que claramente excluye a los empleados

públicos. Tampoco resulta procedente la aplicación del referido decreto en virtud del principio de favorabilidad, toda vez que, el caso del señor Ricardo Sánchez Franco solo se encuentra gobernado por la norma general aplicable a los empleados públicos y el citado Decreto 3041 de 1966, en forma exclusiva regula las pensiones de algunos trabajadores oficiales y del sector privado.

Para fundamentar lo anterior se hará referencia a: i) los hechos relevantes que se encuentran acreditados; para descender al análisis del ii) caso concreto.

3. Hechos relevantes acreditados

- El señor Ricardo Sánchez Franco se desempeñó en los siguientes cargos públicos: En la Institución Educativa El Horro-Anserma desde el 28 de marzo de 1974 al 01 de septiembre de 1977 como docente; en la Escuela Rural Quiebra de Varillas-Risaralda desde el 02 de septiembre de 1977 hasta el 04 de mayo de 1980 como docente; en el Colegio María Inmaculada de Risaralda del 05 de mayo 1980 al 26 de agosto de 1986; en el departamento de Caldas del 29 de agosto de 1986 al 09 de septiembre de 1987 como Secretario de Gobierno y en el Municipio de Risaralda del 26 de agosto de 1988 hasta el 30 de abril de 1989 como Alcalde Municipal. (fls. 21 a 31)
- Los señores Ricardo Sánchez Franco y Blanca Edilma Ocampo Osorio contrajeron matrimonio el 15 de enero de 1979. (fl. 19)
- El señor Ricardo Sánchez Franco falleció el 7 de mayo de 1989. (fl. 20)
- El municipio de Risaralda a través de las Resoluciones 330 del 16 de diciembre de 2016 y 083 del 10 de marzo de 2017, negó a la demandante el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, con fundamento en que dicha figura era inexistente en norma de derecho público alguno aplicable al momento del fallecimiento del señor Ricardo Sánchez y el mismo no alcanzó a devengar la pensión antes de su fallecimiento, por tanto y al no existir ese derecho adquirido no se generaba derecho alguno para la cónyuge supérstite. (fls. 32 a 35, 40 y 41)

4. Análisis del caso

La accionante deprecia el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a la que considera tiene derecho, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3041 de 19 de diciembre de 1966, «*Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte*», que en su artículo 1º, prevé:

“Estarán sujetos al Seguro Social obligatorio contra los riesgos de invalidez y muerte de origen no profesional y contra el riesgo de vejez;

a. Los trabajadores nacionales y extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo presten servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la ley o por el presente reglamento;

- b. Los trabajadores que presten servicios a entidades empresas de derecho público semioficiales o descentralizadas cuando no estén excluidos por disposición legal expresa;*
- c. Los trabajadores que mediante, contrato de trabajo presten servicios a entidades de derecho público, en la construcción y conservación de las obras públicas y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos o forestales, que aquellas entidades exploten directa o indirectamente o de los cuales sean accionistas o copartícipes;*
- d. Los trabajadores que presten servicios a un sindicato para la ejecución de un contrato sindical, caso en el cuál la entidad profesional se entiende patrono de los trabajadores”.*

En lo que concierne a la pensión de sobrevivientes, el aludido Decreto 3041 de 1966 dispuso:

“Artículo 20. Cuando la muerte sea de origen no profesional, habrá derecho a pensiones de sobrevivientes en los siguientes casos:

- a. Cuando a la fecha del fallecimiento el asegurado hubiere reunido las condiciones de tiempo y densidad de cotizaciones que se exigen, según el artículo 5º para el derecho a pensión de invalidez;*
- b. Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando de pensión de invalidez o de vejez según el presente reglamento”. (Subraya la Sala)*

El artículo 5º mencionado en la norma anterior preceptuó:

“Tendrán derecho a la pensión de invalidez los asegurados que reúnan las siguientes condiciones:

- a. Ser inválido permanente conforme a lo preceptuado en el artículo 45 de la ley 90 de 1948;*
- b. Tener acreditadas ciento cincuenta (150) semanas de cotización dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez, setenta y cinco (75) de las cuales deben corresponder a los últimos tres (3) años”. (Subraya la Sala)*

Así las cosas, conforme al citado Decreto 3041 de 1966, los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes tienen derecho a esta cuando a la fecha del fallecimiento del asegurado este hubiere acreditado 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a su deceso, de las cuales 75 deben corresponder a los últimos 3 años.

Por su parte, el Decreto 1848 de 1969, que regula lo atañedor a la seguridad social de los trabajadores del sector público, dispone que «[...] Cuando fallezca un empleado oficial que hubiere causado en su favor el derecho a pensión de jubilación, por reunir los requisitos legales, sin haberla hecho efectiva en vida, ese derecho se transmite a las personas señaladas en el artículo 92 de este Decreto, para el solo efecto de recibir de la entidad obligada el pago de la pensión que le hubiere correspondido al causante, durante los dos años a que se refiere la citada norma legal» (artículo 80).

Respecto de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, el mentado Decreto estableció que «Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1º de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer» (artículo 68, modificado por

el artículo 7 Ley 71 de 1988).

En ese orden de ideas, el Decreto 1848 de 1969 reguló lo concerniente a la sustitución pensional que, no es otra cosa diferente a aquella figura que permite al sobreviviente del pensionado fallecido sustituirlo en su derecho a recibir la pensión, sin embargo, en el evento en que al momento de su deceso no la tenga reconocida, se exige que haya cumplido la totalidad de los requisitos para pensionarse.

En el caso *sub examine* el señor Ricardo Sánchez Franco no satisfizo los 20 años de servicios exigidos por el Decreto 1848 de 1969, modificado por la Ley 71 de 1988 para ser titular del derecho pensional, motivo por el cual sus beneficiarios tampoco son acreedores de la sustitución pensional de que trata esta norma.

Ahora bien, no es dable aplicar el Decreto 3041 de 1966, como lo solicita la actora, puesto que, tal como lo prevé su artículo 1º, este solo rige las pensiones de algunos trabajadores oficiales y aquellos que presten sus servicios al sector privado, norma que claramente excluye a los empleados públicos, como es el caso del señor Ricardo Sánchez Franco.

De igual modo, respecto del principio de favorabilidad, el Consejo de Estado en sentencia del 31 de octubre de 2019¹ reiteró que, «[...] *excepción en la aplicación de las normas generales, por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse solo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general. Lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la ley para la generalidad [...]*»².

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al precisar que «*No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales [...]*»³.

Por lo tanto, en el asunto *sub examine* tampoco resulta procedente la aplicación del Decreto 3041 de 1966 en virtud del principio de favorabilidad, habida cuenta de que este se examina siempre que existan dos normas que rijan una misma situación jurídica, pero una de ellas de carácter general y otra de naturaleza especial, en relación con las cuales la primera es más beneficiosa para el trabajador; no obstante, el caso de la demandante solo se encuentra gobernado por la norma general aplicable a los empleados públicos, pues el citado Decreto en forma exclusiva regula las pensiones de algunos trabajadores oficiales y del sector privado, por lo que no es posible efectuar un análisis de favorabilidad.

En similar sentido se pronunció el Consejo de Estado, en sentencia de 26 de mayo de 2016⁴,

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cueter. Sentencia de 31 de octubre de 2019. Rad.: 20001-23-33-000-2013-00377-01(2978-15)

² Al respecto se pueden consultar las sentencias de 29 de abril de 2010, número interno 1259-2009, sección segunda, subsección A, consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; y de 2 de mayo de 2019, número interno 0405-2017, sección segunda, subsección A, consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.

³ Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cueter. Sentencia de 26 de mayo de 2016. Rad.: 25000-23-42-000-2013-05492-01 (409-2015).

expediente, al sostener:

“Conforme a la norma citada, queda claro que se excluyó de pertenecer al Seguro Obligatoria de invalidez, vejez y muerte a aquellos trabajadores que prestaran servicios a entidades o empresas de derecho público, como es el caso que hoy nos ocupa; en efecto, el Decreto 3041 de 1966 que aprobó el Acuerdo No. 224 de 1966 del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, fue una disposición normativa que resultaba aplicable solamente para aquellas personas que de manera exclusiva realizaran sus cotizaciones a dicho instituto, y no, a la Caja Nacional de Previsión Social como es el caso del señor Fredy Eduardo Hernández Cifuentes (q.e.p.d.).

Quiere decir entonces que no se puede aplicar una normatividad que resultaba ser especial para aquellos que estuvieran afiliados al Instituto del Seguro Social, ni siquiera en aplicación del principio de favorabilidad, pues éste solo se puede tener en cuenta en los casos en que la normatividad especial resulta ser más desfavorable que el general⁵, situación que no se presenta en el sub lite”.

5. Conclusión

En el caso concreto, no es dable aplicar el Decreto 3041 de 1966, como lo solicita la actora, puesto que, este solo rige las pensiones de algunos trabajadores oficiales y aquellos que presten sus servicios al sector privado, norma que claramente excluye a los empleados públicos, como es el caso del señor Ricardo Sánchez Franco.

Tampoco resulta procedente la aplicación del referido decreto en virtud del principio de favorabilidad, toda vez que, el caso del señor Ricardo Sánchez Franco solo se encuentra gobernado por la norma general aplicable a los empleados públicos y el citado Decreto 3041 de 1966, en forma exclusiva regula las pensiones de algunos trabajadores oficiales y del sector privado.

De acuerdo con lo anterior deberán confirmarse la decisión apelada en cuanto desestimó la pretensión de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes bajo los requisitos y presupuestos del mencionado Decreto, el cual no puede ser aplicado de ninguna manera, incluso ni bajo el principio de favorabilidad, por tratarse de norma especial aplicable a un sector laboral al cual no pertenecía el señor Ricardo Sánchez Franco.

6. Costas en esta Instancia

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP (Código General del Proceso), toda vez que no se encuentra acreditada su causación en 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

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 27 de marzo de 2008, Expediente No. 25002325000199905264 01 (2833-2004). “(...) en los que se evidencia la existencia de dos normas que reglamentan la misma pensión, se ha aplicado aquella disposición cuyos parámetros garantizan la obtención del derecho en controversia, dando aplicación al principio de favorabilidad, pues contraviene la lógica y la equidad que una persona cobijada por un régimen especial, que en principio debería optimizar en mejor medida sus derechos, no se le conceda un beneficio al que sí pueden acceder la generalidad de los ciudadanos (...)”.

PRIMERO: Se Confirma la sentencia proferida el 13 de mayo de 2020 por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho propuesto por Blanca Edilma Ocampo Osorio contra el Municipio de Risaralda 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".

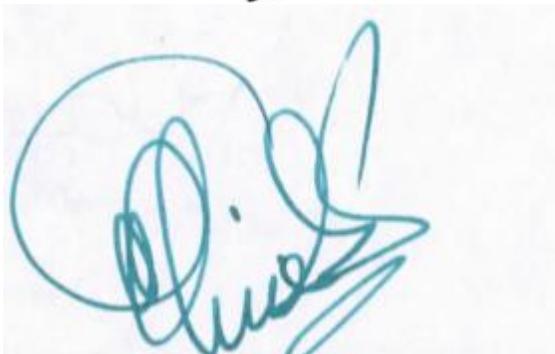
CUARTO: Reconocer personería para actuar como apoderado del municipio de Risaralda Caldas, al abogado Mario Alexander Álvarez Giraldo, identificado con cédula No. 1.060.651.293 y tarjeta profesional No. 306.250 del C.S.J.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 48 de 2021.

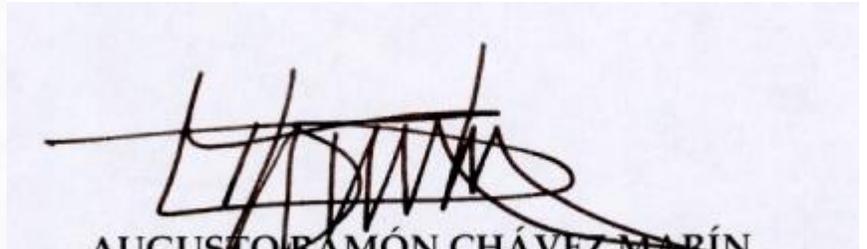
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

CONVOCA AUDIENCIA INICIAL

Art. 180 Del C.P.A.CA

Manizales, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Auto de Sustanciación No. 226

REFERENCIA:

Medio de Control: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicado: 170012333002017-651-00

Demandante: URIEL ALEJANDRO VALENCIA CARTAGENA

Demandado: HOSPITAL DE SUPÍA- CALDAS

En el proceso de la referencia se reprograma continuación audiencia inicial para el día **SEIS (06) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTIUNO(2021) A PARTIR DE LAS NUEVE DE LA MAÑANA (9:00AM)**.

De igual manera en caso de que se aporten dictámenes periciales; de conformidad con el artículo 228 en concordancia con el 110 del C.G.P se le da traslado a las partes.

Se le advierte a los apoderados de las partes que su asistencia es obligatoria, so pena de hacerse acreedores a las consecuencias pecuniarias adversas consagradas en el numeral 3° de la norma en cita.

La audiencia se llevara a cabo de manera virtual, sin embargo de las partes lo requiere se hará de manera presencial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **173**

FECHA:27 de Septiembre de 2021

Carlos Andrés Diez Vargas

SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 169

Manizales, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020).

RADICADO: 17-001-33-33-002-2018-00327-02
NATURALEZA: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: William Orlando Ortiz Vélez
DEMANDADO: Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Se decide el recurso apelación impetrado por el demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se inapliquen por inconstitucionales e convencionales: el artículo 28 del Decreto 673 del año 2008; artículo 27 del Decreto 737 del año 2009; artículo 27 del Decreto 1530 del año 2010; artículo 27 del Decreto 1050 del año 2011; artículo 27 del Decreto 842 del año 2012; artículo 27 del Decreto 1017 del año 2013; artículo 27 del Decreto 187 del año 2014; artículo 27 del Decreto 1028 del año 2015; artículo 27 del Decreto 214 del año 2016; artículo 27 del Decreto 984 del año 2017; artículo 28 del Decreto 324 del año 2018; y que se declare la nulidad de la Resolución S-2017-044411/ANOPA-GRUNO-1.10 del 25 de octubre de 2017, mediante la cual se negó la reliquidación del salario.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada reconocer y pagar la reliquidación de su salario donde se incluya el subsidio familiar en un 30% del salario básico, que corresponde a su esposa y a su vez un 5% del salario básico que corresponde a su primer hijo, junto con sus intereses e indexación.

Que la demandada deberá pagar los dineros correspondientes a prestaciones, subsidios, aumentos anuales, o a cualquier otro derecho causado más la indexación que en derecho corresponda incluyendo el subsidio familiar como factor salarial. Que en el evento que el demandante se retire o sea retirado de la Policía Nacional, se incluya como factor prestacional el subsidio familiar en un 35% de su salario básico mensual, lo cual deberá constar en su hoja de servicios.

1.2. Causa petendi

Aduce que, el demandante ingresó a la Policía Nacional en 2008 ostentando la categoría de

alumno. Luego de la aprobación del respectivo curso de formación, ascendió al grado de patrullero y en consecuencia inició su vida laboral bajo el régimen denominado “*Nivel Ejecutivo*”.

Que en su recorrido laboral y bajo su esfera personal, contrajo nupcias con la señora Natalia Alexandra Bustos Garzón y así mismo, procreó a Isabella Ortiz Bustos.

Que luego de observar las diferencias salariales por concepto de subsidio familiar en la institución a la cual pertenece, solicitó que se le reliquidará su salario mensual e incluyera el subsidio familiar en los mismos porcentajes que se les reconoce al resto de uniformados de la institución. Que la Policía Nacional, expidió la Resolución S-2017-044411/ANOPA-GRUNO-1.10 del 25 de octubre de 2017, por medio de la cual negó las peticiones, sustentando su posición en las normas que actualmente gobiernan el régimen salarial y prestacional de los miembros del Nivel Ejecutivo.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Se indica que, el subsidio familiar es reconocido a una determinada población del sector laboral, bajo unas condiciones especiales. Adicionalmente si bien es cierto, la pluricitada prima se debe pagar junto con los demás emolumentos que componen el salario del trabajador, ello no quiere decir que el beneficiario directo del subsidio sea el empleado.

Para clarificar lo anterior, trae a colación la sentencia T-623 de 2016 de la Corte Constitucional que aclara que el subsidio familiar, además de constituir un apoyo económico para los trabajadores de medianos y menores ingresos, también es una prebenda legal donde el titular es el núcleo familiar es decir que, el reflejo económico se vislumbra en el salario del trabajador pero su último destinatario será la familia de dicho empleado, por lo cual, sin lugar al equívoco, es necesario afirmar que el soporte en dinero que se brinda por concepto de subsidio familiar tiene un receptor por excelencia: la familia.

Que posterior a la expedición de los Decretos 1212 y 1213 del 08 de junio de 1990, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional consideraron necesario reformar la estructura interna de la Policía Nacional, por lo cual se manifestó la posibilidad de implementar una nueva categoría institucional. De acuerdo a ello, se expidió la Ley 62 de 1993, mediante la cual otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para que modificara las normas de la Policía Nacional con base en estas normas en la actualidad todos los miembros del nivel ejecutivo, sin distinción de cargo, grado o función, perciben la suma de (\$31.319) por persona a cargo.

Desde una lectura de la Constitución, se vislumbra la clara intención de proteger al menor de edad en todos sus ámbitos, por las múltiples características que los cobijan. No se puede perder de vista que, si bien es cierto, la familia es el núcleo esencial del Estado, a su vez, el menor de edad es el eje focal de la familia, por ende, sin niños y adolescentes, la figura más importante de la Nación se desdibuja por completo, quedando a merced de un futuro sin nuevas generaciones.

Finalmente indica que, la demandada transgredió el principio de progresividad y prohibición de retroceso en materia salarial y prestacional contenido en el artículo 48 de la Constitución.

2. Contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional se opuso a las pretensiones del

demandante; aceptó como ciertos los hechos de la demanda pero precisó que, el subsidio familiar reconocido al demandante, se efectuó conforme a las leyes vigentes que regulan el régimen de carrera que éste ostenta.

Propuso las excepciones denominadas:

- "*Legalidad del acto administrativo*", basada en que, el actor se vinculó a la Policía Nacional como patrullero, el cual ha estado regido desde la fecha de su creación por el Decreto 1091 de 1995, por ende el reconocimiento y pago del subsidio familiar, se realiza conforme a lo previsto en los artículos 16 y 17 de la norma en cita, en la cual no se incluye cónyuge o compañera permanente.

Que posteriormente se expidió el Decreto 4433 de 2004 cuyo artículo 17 es claro en señalar que, para efecto del pago del subsidio se consideran personas a cargo las enumeradas en dicho artículo, cuando convivan y dependan económicamente del personal del nivel ejecutivo y se hallen dentro de las condiciones allí estipuladas; precepto que en ningún momento contempló porcentaje alguno por concepto del cónyuge o compañera permanente, como si lo disponían los decretos de los regímenes diferentes que se pretenden hoy se apliquen en el caso concreto, sin aplicar lo correspondiente a su régimen del nivel ejecutivo; por cuanto los montos del subsidio familiar devengados no son de su agrado.

Que conforme a lo anterior, el demandante en su calidad de activo, solicita la reliquidación del salario mensual que actualmente devenga, con incremento de la partida de subsidio familiar, en los mismos términos que se aplica para los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, por considerar que existe una discriminación, para lo cual realiza una comparación entre uno y otro régimen únicamente respecto de la partida cuyo incremento solicita.

Que dicha apreciación se toma imprecisa, sobre todo teniendo en cuenta el principio de inescindibilidad normativa, ya que el convocante realiza un comparativo únicamente respecto de una de las partidas que componen su salario, y no de manera integral, si así lo hiciera, notaría que su salario compuesto por todas las primas, bonificaciones y demás, supera al de los miembros de la institución con quienes aduce estar recibiendo un trato discriminatorio.

- "*Prescripción de las mesadas pensionales*" de conformidad con el artículo 60 del Decreto 1091 de 1995, que señala un término de cuatro años, que se cuenta a partir de la fecha en que surge el derecho para la reclamación.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probada la excepción de "*Legalidad del acto administrativo*", negó las pretensiones del demandante y lo condenó en costas; señaló que, al actor no le asiste derecho a la reliquidación de su salario con la inclusión del subsidio familiar en un porcentaje del 30% del salario básico por su esposa, 5% por su primer hijo, toda vez que, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1091 de 1995 que fija el régimen de asignaciones y prestacional del nivel ejecutivo, el cual no incluye al cónyuge como persona que cause el pago del subsidio familiar.

Que las normas cuya inaplicación se invoca por el demandante se contraen a fijar el monto anual del subsidio familiar derivado de la potestad que señala el artículo 16 del decreto 1091 de 2005, por lo cual no se avizora ilegalidad o inconstitucionalidad de los mismos. En efecto, dicha norma encarga al Gobierno señalar el monto de la mencionada prestación social y así

ha procedido de conformidad. Ahora, en lo que atañe a los argumentos referidos a la protección constitucional de los niños, niñas y adolescentes, la misma se materializa entre muchas otras maneras previstas por el legislador, con la creación de la prestación social analizada que se causa en consideración al número de hijos.

4. Recurso de apelación

El demandante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones, para ello señaló que:

- Tal y como se edificó el libelo inicial, así como en la fijación del litigio, se considera vulnerado el derecho a la igualdad de la familia del demandante. Que teniendo en cuenta lo anterior, en los eventos donde se considere presuntamente trasgredido el artículo 13 constitucional, surge la necesidad judicial de aplicar lo que la Corte Constitucional ha denominado "*Juicio Integrado de Igualdad*".

Que la sentencia de primera instancia no hace referencia a dicha figura, situación extraña ya que, en los alegatos de conclusión se realizó tal aseveración. Lo cual trae consigo una falta de interpretación judicial, ya que, se repite, es necesario aplicar en el caso bajo examen el juicio constitucional.

Que los sujetos a comparar son, por una parte, los hijos, hijas, esposa, esposo, compañeras permanentes y compañeros permanentes de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, por otro lado, los hijos, hijas, esposa, esposo, compañeras permanentes y compañeros permanentes de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional. Nótese que nos encontramos frente a dos grupos de idéntica naturaleza, toda vez que, los dos poseen su eje constitucional en el artículo 42 de la Constitución Política, así mismo, los hijos e hijas poseen idénticas prebendas de acuerdo con el Código de la Infancia y la adolescencia, así como por el artículo 44 de la Constitución.

El bien, beneficio o ventaja respecto del cual se da el tratamiento desigual: el beneficio o ventaja que reciben las familias de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional con respecto de los miembros del Nivel Ejecutivo, corresponde a un mayor porcentaje de reconocimiento a título de subsidio familiar, ya que los primeros perciben hasta un 47% del sueldo básico del uniformado, y a las familias de los miembros del Nivel Ejecutivo no se reconoce ningún porcentaje por la esposa, esposo, compañera o compañero permanente, y por los hijos, se reconoce un valor inferior por cada uno de ellos. Por lo anterior, estamos frente a un plano jurídico, más exactamente normativo, donde se reconoce una ventaja adicional entre grupos iguales.

- Que el primer argumento utilizado por el *a quo* fue la imposibilidad de mixturar dos regímenes, extrayendo lo más favorable de cada uno, para así crear un tercer régimen, situación que trasgrede el principio de inescindibilidad de la norma laboral. Al respecto el recurrente afirma que difiere de dicho argumento por cuanto: desde una óptica constitucional, de conformidad con la teoría universal de los derechos fundamentales suscrita por el maestro Robert Alexy, la diferencia diametral entre un principio y una regla recae en su estructura normativa, en su eje esencial y en su estructura general o particular.

Que para estos efectos, la inescindibilidad no se encuentra plasmada en los 380 artículos de la Constitución, pero si está consagrada en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo. Que la fuente de la inescindibilidad es de carácter legal, y teniendo en cuenta que estamos frente a una consecuencia jurídica directa y específica, bajo la estructura normativa transliterada, no cabe la menor duda que se trata de una regla.

Que partiendo de lo anterior, se debe tener en cuenta la existencia de un serio conflicto entre una regla legal como lo es la inescindibilidad y los derechos constitucionales como los son la igualdad, familia e interés del menor, aclarando que estos derechos poseen una doble dimensión, principio y derecho fundamental, ya que de su estructura normativa se extrae la generalidad y ámbito amplificador.

Que teniendo en cuenta la sentencia emitida por el *a quo*, se manifiesta que si bien es cierto la fuente de la inescindibilidad es legal, por vía jurisprudencial se elevó esta figura jurídica a la categoría de principio; manifiesta estar en desacuerdo ya que, la función de la Corte Constitucional, entre otras, es la de interpretar los principios, valores y derechos fundamentales, más no la de erigir preceptos legales a un rango constitucional, más cuando la diferencia entre regla y principio es clara y no depende de interpretación de la norma sino de la estructura de la misma.

Que en el evento que se considere la inescindibilidad como principio, no cabe duda que entonces estaríamos frente a lo que Robert Alexy denomina un caso difícil, toda vez que, existe un choque entre principios constitucionales, para lo cual es necesario aplicar reglas de ponderación, en otras palabras, con claridad el eje problemático sería lo siguiente: *¿Qué pesa más, el principio de inescindibilidad o los principios y derechos fundamentales a la igualdad, menor y familia?*

- Que no es de recibo la aseveración lanzada por el *a quo* cuando anuncia que el régimen salarial del demandante es mejor que el de los demás miembros de la Policía Nacional, por simple deducción piramidal de la institución es dable manifestar que los oficiales perciben un mejor salario que los miembros del nivel ejecutivo. Sin embargo, tal y como se adujo en la demanda, es entendible que los oficiales perciban un mejor salario en razón a su carga, funciones y lineamiento institucional, sin embargo, con respecto del subsidio familiar, teniendo en cuenta su finalidad y titularidad, de conformidad con las sentencias T-942 de 2014 y T-623 de 2016, no es constitucionalmente válido manifestar que los oficiales deban percibir un mejor subsidio familiar, más cuando las familias (titulares de la prebenda) son los directamente afectados, en caso contrario, se estaría afirmando que el núcleo familiar del oficial merece una mejor y mayor protección por parte del Estado que las familias de los miembros del Nivel Ejecutivo.

Que el subsidio familiar es un reconocimiento que no tiene que ver con la categoría, funciones, ingreso, jerarquía o elementos de los uniformados, su función exclusiva es la protección de la familia, por lo cual son indiferentes todos estos elementos enunciados por el despacho, resaltando el hecho que el núcleo familiar del trabajador es el titular de la prebenda.

- Que el *a quo* manifiesta que el ingreso al nivel ejecutivo por parte del demandante fue voluntario y teniendo en cuenta ello, quedó sometido a todo el régimen salarial y prestacional que gobierna dicha categoría, por lo cual no puede venir a reclamar derechos que él conocía desde su inicio laboral. Al respecto el recurrente considera que, desde una óptica legal sería válido, sin embargo, es constitucionalmente reprochable tal aseveración, por el simple hecho que los derechos fundamentales son irrenunciables, inherentes al ser humano e intransferibles, por lo que, así el demandante conociera el sistema laboral que lo iba a gobernar, no es admisible afirmar que él debía renunciar a sus derechos fundamentales para pertenecer a la categoría del nivel ejecutivo, es relevante e imperioso entender el conflicto constitucional del presente asunto.

- Que el *a quo* consideró negar las pretensiones en protección de la sostenibilidad fiscal del

sistema laboral y en consideración a que el Consejo de Estado, mediante sentencia de Unificación del 29 de abril del año 2019, al verificar el sistema prestacional de los soldados profesionales manifestó que, en protección del principio de sostenibilidad fiscal, solo serán partidas computables para la asignación de retiro las que estén expresamente contempladas en el decreto reglamentario. Al respecto el recurrente considera que dicho argumento lesiona fuertemente el sistema social de derecho toda vez que, si bien es cierto protege los intereses estatales en razón a la sostenibilidad fiscal del sistema, permite que el “supuesto principio” desplace la protección de derechos de carácter fundamental como lo son la igualdad, la familia y la protección del menor y adolescente. La sostenibilidad fiscal no es un principio, se trata de un eje orientador que permite cumplir los fines del estado, más no es un valor, principio o derecho constitucional, por lo cual no es posible su materialización por sí mismo, requiere de complementos que permitan adecuarse a las necesidades de la administración.

- Que el fallador inicial, teniendo en cuenta las pruebas observa cuál es el salario que percibe el demandante, el cual considera para la fecha de la presentación de la demanda era un valor considerable, por ende no es procedente el reconocimiento pretendido a título de subsidio familiar, ya que, tal y como se verifica en la jurisprudencia constitucional y en la Ley 21 de 1982, dicha prebenda es para los trabajadores de menores y medianos ingresos, y desde la óptica del juez, el demandante no se puede considerar de bajos ingresos. Al respecto el apelante considera que es una aseveración sin fundamento que así lo sustente, es decir, manifiesta que se trata de una persona de ingresos altos sin observar cuál es el criterio que evidencie quién se considera una persona de ingresos altos, eso traduce un defecto sustantivo directo.

En primer término, se podría considerar que sí se trata de una persona de ingresos altos, sin embargo, esto no es cierto desde la óptica jurisprudencial, ya que de conformidad con las sentencias C-1433 de 2000 y C-1064 de 2001, providencias que fijaron regla jurisprudencial, donde se manifiesta que los empleados públicos de ingresos altos son los que superan el promedio ponderado de los salarios de los empleados públicos del sector central colombiano, por el contrario, los que están por debajo de este promedio, se consideran de ingresos bajos.

Que partiendo de lo anterior, no puede ser discrecionalidad del juez manifestar quién es un empleado de ingresos altos, ya que debe existir prueba de lo anterior para ello, y como en el caso bajo examen no reposa prueba del mismo, es necesario aplicar el principio *pro operario*, el cual traduce que en el evento que exista duda laboral debe resolverse a favor del trabajador. Que si el subsidio familiar debe reconocerse a los empleados de bajos ingresos, por qué los oficiales de la Policía Nacional perciben hasta un 47% a título de subsidio familiar, teniendo en cuenta que son las personas que mejor y mayor salario perciben en la institución, situación verificable en el artículo 1 del Decreto 1002 del año 2019.

- Que el *a quo* manifiesta que, si el demandante está en desacuerdo con los decretos que establecen el reconocimiento del subsidio familiar para los miembros del nivel ejecutivo, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es el medio de control a ejercer para detentar dicha disconformidad, por lo cual es necesario ejercer la acción de nulidad simple ante el Consejo de Estado. Al respecto el apelante considera que, no puede desconocerse el control difuso de constitucionalidad que deben ejercer los jueces, inclusive de oficio, cuando se observa una presunta vulneración de la Constitución Política de Colombia por parte de una norma de inferior jerarquía.
- Que existen sentencias del Consejo de Estado donde se analizó un tema similar al caso que nos ocupa, sin embargo, la esencia de esa línea jurisprudencial no es aplicable al caso

bajo examen por cuanto: En esos casos se verificó la existencia de un presunto desmejoramiento del personal que, siendo suboficial o agente de la Policía Nacional, se homologó al nivel ejecutivo, es decir, se observó si hubo trasgresión del principio de progresividad de conformidad con la homologación. - Bajo ninguna esfera de la demanda se manifestó que existió un desmejoramiento salarial, por el contrario, los argumentos centrales del libelo poseen su fuente en la trasgresión del principio y derecho constitucional a la igualdad de la familia de mi poderdante.

- Que el fallador en primera instancia manifiesta que el subsidio familiar del nivel ejecutivo no es factor computable en la asignación de retiro del demandante; por lo que es necesario realizar un profundo análisis de la jurisprudencia que rodea la materia. Al respecto trajo a colación varios pronunciamientos de la Corte Constitucional (C-337 de 2011, C-629 de 2011, T-942 de 2014, T- 623 de 2016) y del Consejo de Estado, (Exp: 0686-10 del 08 de junio de 2017; Exp: 3337-14 del 19 de abril de 2018; Exp: 1936-16 del 10 de mayo de 2018), sobre el tema objeto de examen, para concluir que, los oficiales, tanto de las fuerzas militares, como de la policía nacional, perciben una remuneración mayor a los miembros del nivel ejecutivo, y así mismo, se les reconoce un porcentaje mucho más alto por concepto de subsidio familiar, y también se les incluye en la liquidación de sus asignaciones y pensiones, es decir, también existe una incongruencia en la aplicación del subsidio familiar en este aspecto, situación que termina de consolidar el hecho de la desigualdad que se presenta en el reconocimiento de esta especial prima. Por tanto se evidencia que no hay lugar a que se declare la excepción de inexistencia del derecho, expuesta por el a quo.
- En cuanto a la condena en costas señaló que, dentro del proceso la entidad accionada no probó su causación, por ende, no era aplicable la imposición de las mismas.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Al analizar la sentencia de instancia y los argumentos pertinentes de apelación se tiene que, el problema jurídico se centran en dilucidar: *¿Le asiste derecho al demandante a que se reliquide su salario incluyendo el subsidio familiar en un porcentaje del 30% del salario básico por su esposa y 5% por su primer hijo?*

¿Procedía la condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?

2. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: Al demandante no le asiste derecho a que se reliquide su salario incluyendo el subsidio familiar en un porcentaje del 30% del salario básico por su esposa y 5% por su primer hijo, por cuanto el reconocimiento del subsidio familiar se ha efectuado debidamente por la entidad demandada, de conformidad con los artículos 15 y siguientes del Decreto 1091 de 1995.

Además, no existe vulneración del derecho a la igualdad del demandante y de su familia, como miembro de la Policía Nacional del nivel ejecutivo, en comparación con los suboficiales y oficiales de esa institución en lo relacionado con el reconocimiento y pago del subsidio familiar, por cuanto la disparidad existente en dichos regímenes tiene origen, entre otras cosas, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el Fundamento jurídico sobre: el régimen de asignaciones y prestaciones del personal del Nivel Ejecutivo de la

Policía Nacional y el derecho al igualdad entre miembros del nivel ejecutivo y oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional; para descender al análisis del iii) caso concreto.

2.1. Hechos relevantes acreditados

➤ El demandante se vinculó a la Policía Nacional el 14 de enero de 2008 como alumno nivel ejecutivo y el 11 de diciembre de 2008 al grado de Subintendente del nivel ejecutivo. (fls. 30-31 C.1).

➤ Mediante Resolución S-2017-044411/ANOPA-GRUNO-1.10 del 25 de octubre de 2017, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional negó la inclusión del subsidio familiar solicitado por la parte actora. (fl. 29 C.1).

➤ Conforme al registro civil de matrimonio, el actor contrajo matrimonio con Natalia Alexandra Bustos Garzón (fl. 32 C.1).

➤ Conforme al registro civil de nacimiento, el demandante es el padre de Isabella Ortiz Bustos, quien nació 16 de febrero de 2014. (fls. 33 C.1).

➤ Conforme al desprendible de pago de febrero de 2018, el demandante recibió un pago por concepto de subsidio familiar por valor de \$29.802. (fl. 34 C.1).

2.2. Fundamento jurídico

2.2.1. Régimen de asignaciones y prestaciones del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 132 del 13 de enero de 1995, por el cual se desarrolló la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, así:

“ARTÍCULO 13. INGRESO DE AGENTES AL NIVEL EJECUTIVO. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:

(...)

PARÁGRAFO 1°. Los agentes en servicio activo que no sean bachilleres, tendrán plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente decreto, para acreditar este requisito, o en su defecto, deberán adelantar y aprobar un curso de nivelación académica de acuerdo con reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.

PARÁGRAFO 2°. Los agentes que al momento de ingresar al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, hayan cumplido ocho (8) o más años de servicio activo como tales, ingresarán al grado de Subintendente, sin perjuicio de los requisitos exigidos en los numerales 1°, 2°, y 3° de este artículo.

ARTÍCULO 15. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DEL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO. El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.

ARTÍCULO 82. INGRESO AL NIVEL EJECUTIVO. El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional.”

Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1091 de 1995, por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que en cuanto al subsidio familiar para el personal del nivel ejecutivo señaló:

Artículo 15. Definición. El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.

Parágrafo. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.

Artículo 16. Pago en dinero del subsidio familiar. El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo.

Artículo 17. De las personas a cargo. Darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que a continuación se enumeran:

- a. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros menores de doce (12) años.*
- b. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros mayores de doce (12) años y menores de veintitrés (23) años, que acrediten estar adelantando estudios primarios, secundarios y post-secundarios en establecimientos docentes oficialmente aprobados.*
- c. Los hermanos huérfanos de padre menores de dieciocho (18) años.*
- d. Los hijos y hermanos huérfanos de padre que sean inválidos o de capacidad física disminuida, que hayan perdido más del 60% de su capacidad normal de trabajo.*
- e. Los padres mayores de sesenta (60) años, siempre y cuando no reciban salario, renta o pensión alguna.*

Para efecto del pago del subsidio se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del personal del nivel ejecutivo y se hallen dentro de las condiciones aquí estipuladas.

Artículo 18. Reconocimiento del subsidio familiar. La Junta Directiva del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional reglamentará el reconocimiento y pago del Subsidio Familiar.

Artículo 19. Extinción del subsidio familiar. El subsidio familiar dejará de ser percibido por el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en los siguientes casos:

- a) Por muerte de la persona a cargo;*
- b) Por independencia económica;*
- c) Por incumplimiento de los requisitos establecidos para su reconocimiento y pago;*
- d) Por constitución de familia por vínculo natural o jurídico;*
- e) Por cumplir la edad límite.*

Artículo 20. Novedades de personas a cargo. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, deberá informar al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional por conducto de la Dirección General de la Policía, los nacimientos o muertes del personal a cargo, el término de la convivencia y cualquier otro hecho que determine

modificaciones en la cuantía del subsidio, dentro del mes siguiente en que cualquiera de dichos eventos ocurra.

Artículo 21. Prohibición pago doble subsidio familiar. En ningún caso habrá lugar al reconocimiento de doble subsidio familiar. Cuando el cónyuge o compañero(a) permanente del miembro del nivel ejecutivo, preste sus servicios en el Ministerio de Defensa o en la Policía Nacional, el subsidio familiar se reconocerá al que perciba mayor sueldo básico: si éste fuere igual, recibirá el subsidio quien acredite mayor tiempo de servicio.

El miembro del nivel ejecutivo cuyo cónyuge o compañero (a) permanente, preste servicio en otra entidad oficial, para tener derecho al subsidio familiar, deberá acreditar que su cónyuge o compañero(a) ha renunciado a dicha prestación en la entidad donde trabaja, mediante certificación expedida por esta última.

2.2.2. Derecho al igualdad entre miembros del nivel ejecutivo y oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional

El Consejo de Estado en sentencia del 25 de noviembre de 2019¹ refiriéndose a la nulidad propuesta contra algunos artículos de los decretos reglamentarios 1029 de 1994, 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, referentes entre otros al subsidio familiar, señaló:

106. Ahora bien, al estudiar el régimen prestacional de los Oficiales, Suboficiales, Agentes frente al personal ejecutivo de la Policía Nacional, encuentra la Sala que sus miembros no se les reconocen los mismos emolumentos. Sobre el particular, se tiene:

DECRETO 1212 DE 1990	DECRETO 1213 DE 1990	DECRETO 1091 DE 1995
...		
SUBSIDIO FAMILIAR		
<p><i>Art. 82 “A partir de la vigencia del presente Decreto los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así:</i></p> <p><i>a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.</i></p> <p><i>b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. Del presente artículo.</i></p> <p><i>c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por</i></p>	<p><i>Art. 46 “A partir de la vigencia del presente Decreto, los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así:</i></p> <p><i>a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.</i></p> <p><i>b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.</i></p> <p><i>c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro</i></p>	<p><i>Art. 16 “Pago en dinero del subsidio familiar. “El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo.”</i></p>

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. sentencia de 25 de noviembre de 2019, expedientes: 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014).

<i>ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).”</i>	<i>por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%). (...)”</i>	
--	---	--

107. Del cuadro comparativo expuesto, observa la Sala lo siguiente:

...

• **Los decretos que regulan a los Oficiales, Suboficiales y Agentes señalan la forma de liquidar el subsidio familiar, sobre el sueldo básico. Mientras que para los miembros del Nivel Ejecutivo se indica que será el Gobierno Nacional quien determinará la cuantía del subsidio.**

108. En este sentir, se tiene que esta Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades,² que si bien el régimen del Nivel Ejecutivo no contempla el pago de las primas de actividad y antigüedad, ni del subsidio familiar con carácter salarial, no se generó una desmejora de las condiciones laborales de los agentes y suboficiales que se acogieron a la homologación. Es así como, en sentencia de 15 de marzo de 2018,³ esta Subsección señaló:

«En efecto, si bien en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras, y el monto del subsidio familiar fue reducido; no obstante, ello, de por sí, no implica que el régimen al que se acogió le haya sido desfavorable, pues la comparación entre uno y otro no se puede hacer en forma aislada ni fraccionada respecto de cada uno de los factores prestacionales, bonificaciones o auxilios, sino que es necesario verificar la existencia de una desmejora en la generalidad de componentes que integran su remuneración, dentro de la cual está incluida la asignación básica mensual que fue el principal elemento diferencial entre uno y otro régimen, y el motivo por el cual los agentes y suboficiales de la Institución se acogieron a la homologación.

En otras palabras, este desmejoramiento no puede mirarse aisladamente o factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada uno de las normativas en estudio (en este caso, el de los Suboficiales - Decreto 1212 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro).

Además en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel Ejecutivo a la que se acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa (Decreto 1091 de 1995) existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Suboficial y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual su condición de integrante del Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.

...

“110. De acuerdo con lo expuesto, se concluye que **no se presentó una «regresión» en**

² Ver sentencias Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero; radicación: 25000-23-42-000-2013-00067-01(3546-13); Subsección A, sentencia de 19 de mayo de 2016, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 25000-23-25-000-2012-00108-01(3396-14); Subsección A, sentencia de 17 de noviembre de 2016, M.P. William Hernández Gómez, radicación: 25000-23-42-000-2013-05603-01(2296-14); Subsección A, sentencia de 15 de febrero de 2018, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 17001233300020130008101 (4370-2013); Subsección A, sentencia de 7 de marzo de 2018, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 08001233300020140146501 (0221-2017).

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Expediente: 630012333000201300121 01 (0387-2015); Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

materia laboral respecto de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, toda vez que desde su creación, cuenta con un régimen salarial y prestacional propio. En tal medida no se da un desconocimiento de los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa y progresividad, pues atendiendo al principio de inescindibilidad, no podía el Gobierno Nacional tomar los aspectos favorables de cada régimen para su creación. Ello cobra especial importancia respecto del personal homologado, quienes pese a que recibían unos emolumentos que al cambiarse de grado desaparecieron o cambiaron su carácter salarial, mejoraron sus condiciones salariales en atención a otras ventajas que se le otorgaron al nivel ejecutivo, y por las cuales decidieron unirse a este.” (Se resalta)

2.3. Caso concreto

Como se vio, se encuentra acreditado que, el demandante ha prestado los servicios a la Policía Nacional como alumno del nivel ejecutivo desde el 14 de enero de 2008 y desde el 11 de diciembre de 2008 en el grado de Subintendente del nivel ejecutivo. También se acreditó que se encuentra casado con Natalia Alexandra Bustos Garzón y que es padre de Isabella Ortiz Bustos (fls. 32-33).

Así, el actor pertenece al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, por lo que la normatividad aplicable, en lo que se refiere al subsidio familiar, es la dispuesta en los artículos 15 y siguientes del Decreto 1091 de 1995 que dispone que, este no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso; que además, otorga dicho derecho cuando los miembros del nivel ejecutivo tienen a su cargo hijos, sin embargo, no contempla al cónyuge como persona a cargo que dé lugar a su pago.

Se encuentra acreditado además que, el actor recibió en septiembre 2018 el pago por concepto de subsidio familiar nivel ejecutivo por valor de \$29.802, valor que se encuentra en consonancia con el artículo 16 del decreto ibidem, que señala que “El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo”, y con el artículo 27 del Decreto 984 de 2017 derogado por el Decreto 324 de 2018, mediante el cual se fijan los sueldos básicos del personal del nivel ejecutivo y que señala la suma de \$29.802, por persona a cargo.

Por lo tanto, se colige que, la prestación reclamada está siendo reconocida conforme a la normatividad aplicable, la cual no contempla el reconocimiento del subsidio familiar como parte del salario, en los porcentajes y por las razones solicitadas por el demandante.

Ahora bien, el demandante reprocha la Resolución S-2017-044411/ANOPA-GRUNO-1.10 del 25 de octubre de 2017, por medio del cual, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional negó la inclusión del subsidio familiar en su salario mensual, equivalente a un 30% por su cónyuge, 5% por su primer hijo; por lo que solicitó inaplicar por inconstitucionales e inconventionales los artículos⁴ que fijan el valor del subsidio familiar contenidos en los decretos expedidos anualmente por el Presidente de la Republica desde 2008, en los que se fijan “los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial”.

⁴ Artículo 28 del Decreto 673 del año 2008; artículo 27 del Decreto 737 del año 2009; artículo 27 del Decreto 1530 del año 2010; artículo 27 del Decreto 1050 del año 2011; artículo 27 del Decreto 842 del año 2012; artículo 27 del Decreto 1017 del año 2013; artículo 27 del Decreto 187 del año 2014; artículo 27 del Decreto 1028 del año 2015; artículo 27 del Decreto 214 de 2016; artículo 27 del Decreto 984 de 2017; artículo 28 del Decreto 324 de 2018.

Afirma en síntesis en su recurso de apelación que, se deben inaplicar por inconstitucional tales normas, según lo manda el artículo 4 de la Carta Política, por cuanto vulneran el principio de igualdad en el reconocimiento y pago del subsidio familiar para los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en tanto que sí se incluye para los Oficiales, Suboficiales y Agentes.

Al respecto cabe destacar que, el Consejo de Estado reiteradamente ha sostenido que no existe vulneración al derecho a la igualdad entre el régimen salarial y prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, analizado en su integridad, frente al que cubija a los suboficiales y agentes de la institución, en particular, porque la asignación salarial les resultó favorable. En efecto precisó que⁵:

“Contrario a lo afirmado por el interesado, lo que se observa es que el Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, pues de la comparación global entre el antiguo y nuevo régimen es evidente que el Decreto No. 1091 de 1995 le reporta nuevos beneficios que compensan los que le fueron suprimidos, tales como la prima de retorno a la experiencia y la prima del nivel ejecutivo; y, tampoco se allegó prueba dentro del expediente por parte del actor tendiente a probar la desmejora de su situación salarial y prestacional, por el contrario, se advierte un aumento significativo en el salario básico.

Tampoco se evidencia una discriminación del actor, toda vez que la aplicación del Decreto 1091 de 1995 deviene de su situación legal y reglamentaria de servicio público con vinculación en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Por último, como se dejó expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, la Sala⁶ ya se había pronunciado sobre el presunto desmejoramiento de la situación salarial y prestacional del personal activo que ingresó al Nivel Ejecutivo. En aquella oportunidad, sostuvo la Sala:

“El citado desmejoramiento, no obstante, no puede mirarse aisladamente o, dicho de otra forma, factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada uno de los regímenes en estudio [en este caso, el de Agentes - Decreto 1213 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro]. Por el contrario, y en virtud del principio de inescindibilidad [ampliamente delineado por la jurisprudencia laboral contenciosa], la favorabilidad del Nivel ejecutivo al que se acogió libremente el interesado debe observarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa aplicable [la contenida en el Decreto 1091 de 1995] existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual, en su conjunto, su condición de integrante de Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales”.

Además se ha precisado que, la disparidad existente en dichos regímenes tiene origen, entre otras cosas, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 22 de abril de 2021⁷ precisó que:

“...la interpretación jurisprudencial vigente consiste en que dicha disparidad no

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 9 de febrero de 2015, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número: 17001-23-33-000-2012-00152-01(2987-13).

⁶ Cita de cita: Sentencia de 31 de enero de 2013. NI. 0768-12.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda. C.P. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de tutela de 22 de abril de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2020-05145-01(AC)

comporta, per se, una discriminación, puesto que ello tiene origen, entre otras cosas, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos, tal como se aclaró en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019 proferida por la Sección Segunda de esta corporación, providencia que, si bien se ocupó de analizar dicha temática en relación con los soldados profesionales, guarda estrecha similitud con el asunto bajo examen en cuanto a sus supuestos fácticos y jurídicos y, por tanto, en criterio de las autoridades judiciales, es plenamente aplicable.

...

Así las cosas, esta Sala considera que las providencias cuestionadas contienen una carga argumentativa suficiente y razonable que condujo a negar las pretensiones de la demanda instaurada por el señor HIGINIO AVILEZ GUTIÉRREZ encaminada a que se inaplicaran, por excepción de inconstitucionalidad, las normas que excluyeron el subsidio familiar como partida computable para el reconocimiento de su asignación de retiro, pues ambas autoridades hicieron referencia a las diferentes posiciones jurisprudenciales que se han suscitado en torno al tema y las razones por las cuales consideraron aplicable la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, en la que, se repite, se descartó una violación de principios y derechos constitucionales con ocasión de dicha diferenciación, con lo que se encuentra acreditada la carga de transparencia". (Se resalta)

Aunado a lo anterior, en aplicación del principio de inescindibilidad, el demandante no se puede favorecer de las ventajas de uno y otro régimen, máxime cuando la decisión de acogerse al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, surgió en forma libre y espontánea, y ello conlleva la aceptación de las normas que fijaban los salarios y prestaciones sociales del régimen salarial que se fijó para el personal del nivel ejecutivo.

Además, ante regímenes tan disímiles, como son, el nivel ejecutivo y el de los Oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer qué es lo igual que merece un trato igual. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 18 de marzo de 2021⁸ precisó que:

"76. Nótese además que, la conclusión a la que llegó la autoridad judicial demandada resulta proporcional, razonable y adecuada, pues afirmó, que los regímenes especiales son inescindibles por lo que no es dable pretender la aplicación y beneficio de todas las normas que rigen los diferentes niveles al interior de la Policía Nacional, además el estatuto de carrera consagra que el personal del Nivel Ejecutivo, está en una categoría inferior a la de los Suboficiales, por lo que es lógico que tengan un régimen salarial más benéfico que quienes se encuentran en el grado inmediatamente inferior.

77. De manera que, ante regímenes tan disímiles (del nivel ejecutivo y demás miembros de la fuerza pública) no era procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, como lo advirtió la Corporación acusada, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer "qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado".

78. Lo anterior permite concluir que los defectos sustantivo y desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional invocados por la señora Ahumada Marciales, no están llamados a

⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta. C.P. Rocío Araújo Oñate, sentencia de tutela de 18 de marzo de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2021-00004-00(AC)

prosperar y, en consecuencia, la Sala negará la tutela deprecada". (Se resalta)

Por la misma razón, esto es, que ese trato diferenciado entre los integrantes y sus familias del nivel ejecutivo por un lado, y los oficiales, suboficiales y agentes y sus familias de la Policía Nacional por el otro, está justificado en las funciones y responsabilidad que se asumen en el desarrollo de las actividades, tampoco se evidencia la vulneración de las garantías superiores a la igualdad y la familia invocadas por el demandante. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 5 de febrero de 2021⁹ precisó que:

"Así las cosas, aunque el subsidio familiar no repercute en la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, como sí sucede en las reconocidas a los agentes, suboficiales y oficiales de la fuerza pública, ello no involucra trasgresión de las garantías superiores a la igualdad y la familia, por cuanto ese trato diferenciado está justificado en las funciones y responsabilidad que asumen.

Por consiguiente, los señores magistrados al no aplicar la excepción de inconstitucional no inobservaron la Carta Política, porque, se reitera, el trato prestacional disímil entre el personal del nivel ejecutivo y los agentes, suboficiales y oficiales de la Policía Nacional, en lo concerniente a la inclusión del subsidio familiar en sus asignaciones de retiro, resulta razonable, por lo que tampoco se configuró la violación directa de la Constitución Política.

A partir de los anteriores prolegómenos y comoquiera que la sentencia cuestionada no adolece de desconocimiento del precedente ni de violación directa de la Constitución, esta Sala negará el amparo deprecado". (Se resalta)

2.4. Conclusión

Al demandante no le asiste derecho a que se reliquide su salario incluyendo el subsidio familiar por concepto de su cónyuge en un porcentaje del 30% y por concepto de su primer hijo en un porcentaje del 5%, por cuanto el reconocimiento del subsidio familiar se ha efectuado de conformidad con los artículos 15 y siguientes del Decreto 1091 de 1995.

Además, no existe vulneración del derecho a la igualdad del demandante y de su familia, como miembro de la Policía Nacional del nivel ejecutivo, en comparación con los suboficiales y oficiales de esa institución en lo relacionado con el reconocimiento y pago del subsidio familiar.

Por lo tanto, no es procedente inaplicar en el caso concreto el artículo 28 del Decreto 673 del año 2008; artículo 27 del Decreto 737 del año 2009; artículo 27 del Decreto 1530 del año 2010; artículo 27 del Decreto 1050 del año 2011; artículo 27 del Decreto 842 del año 2012; artículo 27 del Decreto 1017 del año 2013; artículo 27 del Decreto 187 del año 2014; artículo 27 del Decreto 1028 del año 2015; artículo 27 del Decreto 214 del año 2016; artículo 27 del Decreto 984 del año 2017; artículo 28 del Decreto 324 del año 2018, que fijan anualmente el valor del subsidio familiar para el "... Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional..." .

Por las razones expuestas, no prosperan los argumentos señalados por el apelante y en consecuencia se confirmará la sentencia de primera instancia

3. Segundo Problema Jurídico *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de tutela de 5 de febrero de 2021. Radicación número: 11001-03-15-000-2020-05145-00(AC)

Tesis del Tribunal: Fue adecuada la imposición de condena en primera instancia a cargo de la parte demandante por cuanto el *a quo* aplicó el criterio objetivo valorativo.

Señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto no se está anexando prueba siquiera sumaria sobre el acarreo de las mismas.

Al respecto, en la sentencia apelada se indicó que, se condenará en costas a la parte demandante, por cuanto se evidenció la actividad del abogado de la parte demandada efectivamente realizada dentro del proceso cumpliendo con las cargas procesales, atendiendo los recientes pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Se fijan agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones solicitadas.

La Sala precisa que, si bien el artículo 366 del CGP en su numeral 5° establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda vez, que en esta ocasión aún no existe auto que apruebe la liquidación de costas; es más, lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia, resulta apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

Así las cosas, la Corte Constitucional¹⁰ ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

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

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

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

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

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

¹⁰ C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1°, numeral 198 (parcial) del Decreto 2282 de 1989, "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil" Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Expediente D-2313

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

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

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*

4. *Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*

5. *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

6. *Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*

7. *Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*

8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*

9. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción."*

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CGP puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se comprueba para su imposición que "en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". En efecto, la aludida corporación¹¹ ha señalado:

"[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo expuesto se concluye que, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas. Análisis que fue realizado en la providencia de primera instancia, en la que se indicaron las razones por las cuales se consideró que se habían causado las agencias en derecho.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas y agencias en derecho impuestas a la parte demandante en primera instancia.

4. Costas en esta instancia

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP (Código General del Proceso), toda vez que no se encuentra acreditada su causación en 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 16 de septiembre de 2020 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho propuesto por William Fernando Ortiz Vélez contra la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

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. 48 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 172

Manizales, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-23-33-000-2018-00616-00
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Samuel Rendon y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicitó, en síntesis, se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la demandada, por los daños antijurídicos causados a Paula Andrea Rendon Duque; Mateo Torres Rendon; Santiago Muñoz Rendon; Ana Joaquina Loaiza; Agustín Castañeda Muñoz y Samuel Rendon López, por la ejecución extrajudicial de que fue víctima el señor Julián Andrés Torres Castañeda y en consecuencia, se le ordene a pagar las indemnizaciones con el fin de resarcir los perjuicios morales, daños a la familia, lucro cesante, así como a la imposición de medidas de satisfacción y garantías de no repetición.

1.2. Fundamento fáctico

Se señala en síntesis que, el 27 de Agosto de 2007 cerca a las 19:10, en jurisdicción de la vereda La Aurora del municipio de Manizales (Caldas), fue asesinado junto con otras dos personas el señor Julián Andrés Torres Castañeda. La muerte de estas personas fue registrada por miembros del Ejército Nacional adscritos al Batallón BCG-57 compañía Esparta y al Gaula Risaralda, como unas bajas en combate.

Que dentro de las investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación, se logró establecer que la muerte del señor Torres Castañeda se produjo en virtud de una operación conjunta que adelantaban el Batallón BCG-57 compañía Esparta y al Gaula Risaralda en virtud de la operación número 024 Atenas, supuestamente en contra de organizaciones armadas al margen de la ley y bandas criminales que al parecer delinquían en la Vereda La Aurora; cuyo fin era neutralizar a por lo menos diez terroristas pertenecientes a bandas criminales, orden que aparece suscrita por el ST Pineda Moncada Camilo Andrés a su vez por orden del Mayor González Del Rio Robinson Javier. De igual manera apareció dentro

de la investigación la orden número 70 ALFA suscrita por el entonces Coronel Carlos Alberto Ayala Pacheco mediante la cual se dispone la agregación del Mayor Zamudio Parga Nilson al mando de la misión táctica 024 ATENAS.

Que el informe de necropsia médico legal adelantado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el 27 de Agosto de 2007 sobre el cuerpo del señor Castañeda Torres, arrojó que la víctima falleció por anemia aguda secundaria a estallido hepático por proyectil de arma de fuego.

Que atendiendo a las especiales situaciones que rodearon los hechos en los que resultó muerto el señor Torres Castañeda, la Fiscalía General de la Nación dispuso adelantar frente a ellos la correspondiente indagación preliminar, luego de la cual determinó que se estaba ante ejecuciones extrajudiciales por parte de los miembros de la Fuerza Pública, disponiendo, entre otros, la vinculación del Coronel Carlos Alberto Ayala Pacheco y el Mayor Robinson Javier González Del Rio.

Que la Fiscalía logró establecer que el BCG-57 bajo el comando el Mayor Robinson Javier González Del Rio, desde 2006 hasta noviembre de 2007, daba muy buenos resultados de bajas en combate; reportándose en los informes que los fallecidos se trataban de miembros de bandas criminales, guerrilla o narcotráfico. No obstante lo anterior, las investigaciones lograron concluir que ninguna de las víctimas hacia parte de este tipo de organizaciones y se trataba más bien de personas con antecedentes judiciales por hurto y asalto, quienes fueron ajusticiados en combates simulados.

Que el Coronel Robinson Javier González Del Rio, ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, aceptó su responsabilidad penal en las conductas atrás relacionadas y reconoció la existencia de esas prácticas ilegales indicando en su declaración, que fungiendo como comandante del BCG 57 y movido por la presión de sus superiores, realizó varios operativos en los que se le dio de baja a personas presentándolos como muertos en combate, hecho que derivó el escándalo de los Falsos Positivos. Precisó además el señor González Del Rio respecto de los hechos en que resultó muerto el señor Torres Castañeda que, a través de un soldado infiltrado se hizo creer a él y a sus dos amigos también muertos, que realizarían un cobro en una finca, logrando sacarlos a un área que permitiera simular un intercambio de disparos y así darlos de baja presentándolos como un resultado operacional.

Que por estos hechos en el Proceso Radicado CUI: 17-001-60-00000-2015-00044 el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, se condenó al señor Robinson Javier González Del Rio, en sentencia del 21 de julio de 2016.

Que dentro del proceso penal que se adelantaba en contra del señor Carlos Alberto Ayala Pacheco, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira, en sentencia del 28 de julio de 2016, estableció que: *"...no queda duda en torno a que la muerte de los señores JORGE LUIS GARCÍA GÓMEZ, LUIS FERNEY GARCÍA GÓMEZ y JULIÁN ANDRÉS TORRES CASTAÑEDA, no se produjo en desarrollo de un combate, como lo pregonaron inicialmente los Miembros del Ejército que participaron del hecho, sino que fue fruto de una operación planeada con anticipación para efectos de hacer parecer a estas tres personas como miembros de una organización delincriminal que operaba en la región"*; por lo que se declaró penalmente responsable al Teniente Coronel del Ejército Carlos Alberto Ayala Pacheco; condena que fue confirmada por el Tribunal Superior de Manizales el 25 de mayo de 2017; que contra

esta se interpuso recurso extraordinario de casación el cual fue declarado desierto en 1º de septiembre de 2017.

Que Julián Andrés Torres Castañeda era miembro de una familia conformada por su compañera permanente, Paula Andrea Rendón Duque, su hijo menor Mateo Torres Rendón; su hijastro quien para la época de los hechos era también menor Santiago Muñoz Rendón; sus abuelos, Ana Joaquina Loaiza López y Agustín Castañeda Muñoz y su suegro Samuel Rendon López.

Que la desaparición del señor Julián Andrés Torres Castañeda, generó una gran angustia para toda su familia, dado el desconocimiento y la incertidumbre respecto al paradero de su familiar. Que con el posterior conocimiento de su muerte y de las acusaciones que reposaban en su contra, la familia de la víctima en su conjunto no sólo tuvo que enfrentar el dolor derivado de perder a un querido miembro de su familia, sino que tuvo que sufrir el escarnio público generado por la afirmación de que Torres Castañeda, hacía parte de un grupo armado al margen de la ley y murió en un enfrentamiento con la fuerza pública.

1.3. Fundamentos de derecho

Señaló entre otros, la Constitución Política, artículos 2, 6, 44, 47 y 90; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estatuto de Roma y la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

2. Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional se opuso a las pretensiones de la parte demandante ya que no se vislumbra responsabilidad patrimonial alguna por un daño que si bien es tangible materialmente, no le puede ser imputable bajo ninguna circunstancia, ya que se vislumbra una marcada caducidad de la acción; frente a los hechos señaló atenerse a lo que resulte probado en el proceso.

En cuanto a la existencia de la supuesta falla del servicio, afirmó que la muerte del señor Julián Andrés Torres Castañeda (Q.E.P.D.), no es un daño atribuible antijurídica y patrimonialmente, pues no existe nexo causal entre el hecho generador del daño ocurrido, y que por lo tanto, no puede conllevar a la imputación -bajo ningún régimen de responsabilidad, puesto que del proceso penal que se está adelantando no se ha establecido dicha responsabilidad, además se demostrará que dicha actuación fue determinada y ejecutada dentro del desarrollo legítimo de una orden de operaciones emitida por autoridad competente, en seguimiento estricto de la misión y el deber Institucional, que las personas fallecidas no gozaban de la protección de no combatientes establecida por el DIH y por lo tanto, no puede haber declaración de responsabilidad patrimonial del Estado por la legitimación de su actuar Institucional.

3. Alegatos de conclusión y concepto

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en su demanda e hizo un análisis de las sentencias proferidas en los procesos penales contra el mayor del Ejército Robinson Javier González del Río y el Coronel Carlos Alberto Ayala Pacheco. Señala con fundamento en sentencias del Consejo de Estado que el término de caducidad se cuenta desde la

ejecutoria de la sentencia penal.

La parte demandada guardó silencio.

El Ministerio Público no se pronunció en esta oportunidad.

III. Consideraciones

1. Problemas Jurídicos

De conformidad con la demanda y su contestación, se estima necesario absolver los siguientes cuestionamientos:

¿El presente medio de control de reparación directa fue presentado de forma oportuna?

¿Concurren los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad en cabeza de la entidad demandada?

2. Primer problema Jurídico: *¿El presente medio de control de reparación directa fue presentado de forma oportuna?*

Tesis del Tribunal: La demanda no fue presentada de forma oportuna toda vez que, el término de caducidad, debe contarse a partir del **17 de octubre de 2007**, día siguiente a la fecha en la se inscribió en el registro civil, el fallecimiento del señor Julián Andrés Castañeda Torres; en la demanda no se indica alguna situación que hubiese impedido materialmente conocer este hecho o la participación de agentes del Estado; según la demanda, los demandantes compartían su diario vivir con el señor Castañeda Torres y las víctimas actuaron dentro del proceso penal, en especial en la audiencia del juicio oral que culminó el 11 de abril de 2016.

Así pues, contrario a lo argumentado por la parte demandante, el término de caducidad no puede ser contabilizado a partir de la ejecutoria de la sentencia penal que condenó a unos miembros del Ejército Nacional por el delito de homicidio del señor Julián Andrés Castañeda Torres; ello según pasa a exponerse:

2.1. Reglas generales de la Caducidad

El literal i) ordinal segundo del artículo 164 del CPACA, establece que la demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa deberá ser presentada: *“dentro del término de dos (2) años, contados 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”*. (Se destaca)

Respecto a la segunda hipótesis que consagra la norma citada, el término de caducidad se puede contar a partir de la fecha en que la o las víctimas tuvieron conocimiento de la concretización del daño, en el caso que no se genere en el mismo instante que el hecho que lo origina; sin embargo en este caso, deberá tenerse en cuenta que el demandante deberá probar la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia. Frente a lo anterior, el Consejo de Estado, ha dispuesto que ello es posible, partiendo de la aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, contemplado en el

artículo 228 de la Constitución, explicando que una interpretación contraria supondría cercenar el mencionado derecho fundamental, así como el derecho de acción, y el supuesto lógico de que lo que no se conoce sólo existe para el sujeto cuando lo advierte o se pone de manifiesto¹.

Por su parte, acerca del término de caducidad, la Corte Constitucional ha considerado que, el establecimiento de un límite temporal para el ejercicio de la acción de reparación directa, no pretende coartar el derecho de las víctimas de acceder a la justicia para obtener la reparación de los daños causados. Por el contrario, se trata de cargas procesales y obligaciones impuestas a los usuarios del sistema de justicia a fin de garantizar un funcionamiento eficiente y ordenado de las instituciones que la conforman así como en “*la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico*”²

No obstante lo anterior, a través de la jurisprudencia de ese alto Tribunal, se ha morigerado la aplicación de dicho término en algunos eventos, principalmente sustentado en las circunstancias particulares del caso. Por ejemplo, en la sentencia T-156 de 2009, se estableció que existía duda y oscuridad frente a elementos constitutivos de la responsabilidad estatal, por lo que solamente era posible iniciar el conteo del plazo en el momento en que los interesados tuvieran conocimiento de todos los elementos que les permitieran inferir que se había producido un daño antijurídico que no estaban en la obligación de resistir.

En la sentencia SU-659 de 2015, la Corte encontró que dicho plazo legal no debía interpretarse de manera absoluta, ya que admite excepciones a efectos de garantizar los derechos fundamentales como el acceso a la justicia y el debido proceso de las víctimas, cuando no están en condiciones de conocer el daño o ignoren la participación de un agente estatal en su producción.

Ello aunado a la aplicación del *in dubio pro damnato* o *favor victimae*, en virtud del cual, la duda acerca del conteo del término de caducidad debe resolverse a favor de la víctima, al no estar obligada a soportar el daño antijurídico causado. Así, la Corte retomó las subreglas jurisprudenciales que sobre la materia ha establecido el Consejo de Estado:

“a) ante la duda sobre el inicio del término de caducidad, la corporación judicial está obligado a interpretar las ambigüedades y vacíos de la ley en concordancia con los principios superiores del ordenamiento, entre ellos, los de garantía del acceso a la justicia y reparación integral de la víctima;

b) el momento en que las víctimas adquieren información relevante sobre la posible participación de agentes del Estado en la causación de los hechos dañosos;

c) la oportunidad en que se conozca el daño, porque hay eventos en los cuales el perjuicio se manifiesta en un momento posterior;

d) la fecha en el cual se configura o consolida el daño, porque en algunos casos la ocurrencia del hecho, la omisión u operación administrativa no coinciden con la consolidación del daño o se trata de daños permanentes, de tracto sucesivo o que se agravan con el tiempo; y

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C sentencia de 3 de marzo de 2014. Consejero Ponente: Enrique Gil. Botero Rad.: 080012331003201300671.

² Sentencias C-832 de 2001, C-656 de 2000, C-115 de 1998 y C-418 de 1994

*e) frente a conductas constitutivas de violaciones a los derechos humanos, no debe aplicarse el término del artículo 136, numeral 8 de la C.C.A., en cumplimiento de los compromisos internacionales”.*³

En suma, la Corte ha señalado que el término de caducidad no puede aplicarse de manera absoluta, sino atendiendo a las particularidades del caso, ya que existe la posibilidad de que el afectado conozca o identifique el perjuicio en un momento posterior a aquel en que ocurrió, motivo por el cual, le corresponde al juez efectuar una interpretación que garantice los derechos fundamentales de las víctimas del daño antijurídico.

2.2. Reglas de caducidad en asuntos de crímenes de lesa humanidad, graves violaciones de derechos humanos o ejecuciones extrajudiciales

Al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado existían dos posiciones respecto de la contabilización del término de caducidad en aquellos asuntos de reparación directa que estuvieran relacionadas con crímenes de lesa humanidad, graves violaciones de derechos humanos o ejecuciones extrajudiciales.

La primera posición⁴ señalaba que el juzgamiento de la responsabilidad del Estado no estaba sometido a un término de caducidad, toda vez que existía una regla de *ius cogens* según la cual, el paso del tiempo no impedía el acceso a la administración de justicia para solicitar la reparación integral de los daños generados por actos crueles e inhumanos, de ahí que al efectuarse un control de convencionalidad sobre la regla de caducidad se admitiera una excepción para el juzgamiento de este tipo de hechos.

La segunda posición⁵ avalaba la aplicación de las disposiciones generales de caducidad en asuntos relacionados con hechos constitutivos de crímenes o delitos de lesa humanidad, pues se consideraba que la regla de imprescriptibilidad solamente aplicaba en juicios penales y, por ende, no operaba para el juzgamiento de la responsabilidad Estatal.

Ahora, comoquiera que las dos posiciones mencionadas se contraponían y ocasionaban que unos asuntos relacionados con crímenes de lesa humanidad continuaran su trámite judicial y otros no, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por decisión mayoritaria, emitió una **sentencia de unificación**⁶, en la que se acogió la postura que señalaba que, en esos eventos específicos la responsabilidad del Estado sí se encontraba sujeta al plazo de caducidad previsto por el legislador, en tanto la regla de imprescriptibilidad solo era aplicable en juicios penales cuando se desconocía al presunto autor de la conducta delictiva, así:

PRIMERO: UNIFICAR la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con la caducidad de las pretensiones indemnizatorias formuladas con ocasión de los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y cualquier otro asunto en el que se pueda

³ Sentencia SU-659 de 2015.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 17 de septiembre de 2013, Exp. n.º 45092, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Ver entre otras: i) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 30 de marzo de 2017, exp. n.º 2014-01449, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; ii) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 28 de junio de 2019, exp. n.º 61147, C.P. Ramiro Pazos Guerrero y iii) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 7 de febrero de 2018, exp. n.º 58805, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 7 de diciembre de 2016, exp. n.º 57448, C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2020, exp. n.º 61033, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial al Estado, bajo las siguientes premisas: i) en tales eventos resulta aplicable el término para demandar establecido por el legislador; ii) este plazo, salvo el caso de la desaparición forzada, que tiene regulación legal expresa, se computa desde cuando los afectados conocieron o debieron conocer la participación por acción u omisión del Estado y advirtieron la posibilidad de imputarle responsabilidad patrimonial, y iii) el término pertinente no se aplica cuando se observan situaciones que hubiesen impedido materialmente el ejercicio del derecho de acción y, una vez superadas, empezará a correr el plazo de ley.

En este sentido, la decisión de la Sala Plena de la Sección Tercera estimó razonable dar aplicación a la regla de caducidad en materia de reparación directa prevista en el literal i) del numeral 2 de la Ley 1437 de 2011⁷, la cual establece dos supuestos para efectos de contabilizar los dos años de presentación de la demanda de reparación directa al margen de tener relación o no con delitos constitutivos de crímenes de lesa humanidad, a saber: *i) a partir del día siguiente a la ocurrencia del hecho dañoso, o ii) de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del hecho dañoso si fue en fecha posterior –así como de la participación del Estado, siempre y cuando existan pruebas de la imposibilidad de haberlo conocido en el momento de su ocurrencia.*

De igual forma, la decisión de unificación en mención indicó que solamente era procedente un conteo distinto de caducidad en asuntos relacionados con el delito de desaparición forzada –por tener reglas especiales-, y en aquellos eventos en los que se encontrara demostrada la imposibilidad material de los afectados de acceder a la administración de justicia (iii), evento este último en el que se precisó que solamente podrían ser apreciados para el efecto supuestos objetivos (secuestro, enfermedades o cualquier otra circunstancia que diera cuenta sobre la imposibilidad de acceder a la administración de justicia).

Se resalta que, se trata de una sentencia de unificación en la que se estableció una posición vinculante y de obligatorio cumplimiento para todos los jueces de la República, por lo que el criterio allí expuesto debe ser acogido.

Sobre la obligatoriedad de la anterior sentencia de unificación, el Consejo de Estado, con ponencia del Consejero ponente: Alberto Montaña Plata⁸, quien salvó el voto en la referida sentencia, precisó:

9. Sobre el particular, esta Corporación se pronunció en Sentencia de Unificación de 29 de enero de 2020⁹, y pese a que el magistrado ponente salvó el voto¹⁰, con el fin de garantizar los

⁷ “i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados 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.

“Sin embargo, el término para formular la pretensión de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición.” (se destaca).

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 16 de octubre de 2020, Rad: 05001-23-33-000-2017-01984-01(63641)

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2020. No. de radicación: 85001-33-33-002-2014-00144-01 (61033).

¹⁰ El magistrado sustanciador salvó el voto de la Sentencia de Unificación de 29 de enero de 2020, Rad. 61.033, entre otros argumentos, por los siguientes: “En primer término, desconoció la fuerza vinculante de una Sentencia de la Corte Interamericana mediante la aplicación de una especie de margen de apreciación nacional estricto, que es ajeno al

derechos de las partes, dará aplicación a la referida providencia en lo que respecta a la oportunidad para presentar la demanda, la cual, aun en el caso de hechos ocurridos y que contemplan delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra, se remitió a la aplicación del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011¹¹ y, en virtud de ello, el término de caducidad se debe contabilizar desde el momento en que se tuvo conocimiento de la participación por acción u omisión del Estado. Se señaló también que, excepcionalmente no se aplicaría lo establecido en la norma, cuando se observen situaciones que impidan ejercer materialmente la acción, en cuyo caso se contará una vez sean superadas.

Y el Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero¹², quien también salvó el voto en la referida sentencia, precisó:

7. Así las cosas, comoquiera que la sentencia de unificación estableció que en asuntos relacionados con crímenes de lesa humanidad sí resultan aplicables las reglas de caducidad previstas para el medio de control de reparación directa, no se abordará nuevamente ese debate, ya que el mismo fue evacuado por la Sala Plena de la Sección Tercera en sentencia del 29 de enero de 2020, la cual puede ser consultada por las partes en el buscador de la página web¹² del Consejo de Estado. Por lo anterior, se procederá a analizar el caso concreto teniendo en cuenta las precisiones efectuadas con anterioridad.

2.3. Hechos acreditado

De los hechos y documentos aportados al proceso se tiene que,

- En el informe de necropsia médico legal adelantado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses del **27 de Agosto de 2007** sobre el cuerpo del señor Julián Andrés Castaneda Torres, arrojó que la víctima falleció por anemia aguda secundaria a estallido hepático por proyectil de arma de fuego. (Fl. 38-42 C.1)

sistema interamericano de derechos humanos. En segundo lugar, estableció una analogía entre dos normas procesales cuyos presupuestos y fundamentos son disímiles, para derivar una regla jurisprudencial en la que eliminó la diferencia entre las víctimas de crímenes atroces como sujetos de especial protección constitucional y el resto de potenciales demandantes de responsabilidad estatal (...) que no han padecido la barbarie de la guerra. (...) La Sala sacrificó el derecho a la igualdad material de las víctimas de crímenes atroces con la aplicación de la regla ordinaria de caducidad de la reparación directa a ese tipo de hechos, sobre el argumento de su similitud con la regla de la imprescriptibilidad penal". No obstante lo anterior, la decisión mayoritaria unificó las reglas jurisprudenciales frente a la caducidad de las acciones promovidas por las víctimas de crímenes atroces y, por respeto al sistema, en esta providencia se tuvieron en cuenta esas reglas para resolver la excepción de caducidad; pese a que, su aplicación atrapa a esta Corporación en una corriente jurisprudencial regresiva, contra-convencional e inconstitucional, y la pone en alto riesgo de desconocer el estándar vigente en materia de acceso a la justicia para las víctimas de crímenes atroces, e impiden a la Subsección determinar si quienes acudieron como demandantes podían ser también víctimas de tales crímenes. Ese análisis era esencial porque ante la probabilidad razonable de estar ante este tipo de víctimas, la Subsección no podía omitir que, para ellas, el acceso a la justicia es la única posibilidad de demostrar su condición y, en consecuencia, hacer valer sus derechos imprescriptibles a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

¹¹ "Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

[...]

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

[...]

i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados 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".

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 10 de febrero de 2021, Rad: 81001-23-39-000-2018-00124-01(63264)

- De conformidad con el Registro Civil de defunción del señor Julián Andrés Castaneda Torres, falleció el 27 de agosto de 2007; la fecha de esta inscripción data del **16 de octubre de 2007**. (Fl. 32 C.1)
- Según constancia suscrita por el Investigador criminalístico IV Policía Judicial de la Fiscalía General de la Nación, Carlós Alberto Echavarría el **6 de Julio de 2008**, “*siendo las 08 horas de la mañana, me desplazé a la carrera 12 No. 23 - 45, del Barrio Colombia, en Manizales Caldas, lugar donde me reuní con las señoras PAULA ANDREA RENDÓN DUQUE y DEISY OCAMPO GÓMEZ, esposas de los hoy occisos JULIÁN ANDRÉS CASTAÑEDA y LUIS FERNEY GARCÍA GÓMEZ; quienes me hicieron entrega de los registros civiles de nacimiento No. 37479843 perteneciente a TORRES RENDÓN MATEO, y el No. 40889739 correspondiente a LUÍS FERNEY OCAMPO GÓMEZ, para efectos de constituirse a futuro como víctimas*”. (Fl. 43 C.1)
- En la sentencia del 21 de julio de 2016, dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, se condenó al Coronel del Ejército Nacional Robinson Javier González Del Rio, por el homicidio de Julián Andrés Castañeda, entre otros. Esta sentencia quedó ejecutoriada el 3 de Agosto de 2016 (Fl 45 C.2)
- En la sentencia del 28 de julio de 2016, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira, dentro del proceso penal que se adelantaba en contra del señor Carlos Alberto Ayala Pacheco, en cuanto a los hechos y actuación procesal relevante, se relata que:

*Atendiendo las especiales situaciones del caso, la fiscalía dispuso adelantar indagación preliminar por estos hechos, luego de lo cual consideró que se estaba ante ejecuciones extrajudiciales por parte de los miembros de la fuerza pública, disponiendo, entre otros, la vinculación del Coronel CARLOS ALBERTO AYALA PACHECO, la que se hizo en audiencia preliminar llevada a cabo el **quince (15) de julio de 2014**, ante el Juzgado Cuarenta Penal Municipal con funciones de control de garantías de la ciudad de Medellín, despacho ante el cual le imputó cargos como coautor del delito de homicidio en persona protegida descrito y sancionado en el artículo 135 del código penal, en concurso homogéneo (tres hechos), y este a su vez en concurso heterogéneo con el delito de falsedad ideológica en documento público, reglado por el artículo 286 ibidem, en calidad de autor, cargos que no fueron aceptados por el procesado.*

*El **once (11) de septiembre de 2014**, la fiscalía radicó escrito de acusación ante el Juzgado Penal de Circuito Especializado de la ciudad de Manizales, despacho que a través de providencia de fecha diez (10) de octubre de esa anualidad se declaró impedido para conocer del asunto, toda vez que había adelantado juicio y emitido sentencia dentro del proceso seguido contra el ciudadano Carlos Alberto Muñoz Osorio, persona que fue acusada por la fiscalía como coautor de estos homicidios.*

Mediante auto de fecha veinte (20) de octubre, el despacho aceptó el impedimento formulado por el homólogo de la ciudad de Manizales, por lo que se procedió a solicitar la respectiva autorización de traslado del despacho a esa ciudad, la que fue otorgada por Resolución PR14-399 del 30 de octubre de 2014, emanada de la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

*En audiencia celebrada el **diecinueve (19) de diciembre de 2014**, la fiscalía acusó al Coronel CARLOS ALBERTO AYALA PACHECO, acorde con los cargos que le formulara en la audiencia de imputación, esto es, a título coautor de un triple homicidio en persona protegida, en concurso heterogéneo con un delito de falsedad ideológica en documento público.*

*La audiencia preparatoria del caso se llevó a cabo el **diez (10) de abril de 2015**, dando curso al juicio oral en sesiones que se desarrollaron durante los días dieciocho (18) y diecinueve (19) de agosto: veintiocho (28) de septiembre, quince (15) y dieciséis (16) de diciembre todos del 2015; veintiocho (28), veintinueve (29), treinta (30) y treinta y uno (31) de marzo: y **once (11) de abril de 2016**. (Se resalta) (Fls. 43-53 C.1)*

- En dicha sentencia se resumió la intervención del apoderado de las víctimas en la audiencia del juicio oral, así:

Coadyuvo el pedimento de la fiscalía, al considerar que se probó la ocurrencia de los homicidio la causa de los mismos, y que las muertes las produjeron miembros del ejército nacional.

Hizo referencia a las pruebas introducidas al juicio, y acorde con su valoración, estimó que dichas muertes se produjeron en un combate simulado, y que el Coronel AYALA PACHECO es coautor de las mismas por cuanto prestó a miembros del grupo que comandaba para llevar a cabo esa acción dentro de una operación conjunta con el BCG 57, y por lo tanto pidió una sentencia de carácter condenatorio.

- Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Manizales el 25 de mayo de 2017; y contra esta se interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue declarado desierto en 1º de septiembre de 2017. (Fl 147 C.1)

2.4. Caso concreto

Para resolver si la demanda fue presentada de manera oportuna, debía estarse a lo unificado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia del 29 de enero de 2020, en la que se expresó:

[l]a jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se unificará en relación con la caducidad de las pretensiones indemnizatorias formuladas con ocasión de los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y cualquier otro asunto en el que se pueda solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial al Estado, bajo las siguientes premisas: i) en tales eventos resulta exigible el término para demandar establecido por el legislador; ii) este plazo, salvo el caso de la desaparición forzada, que tiene regulación legal expresa, se computa desde cuando los afectados conocieron o debieron conocer la participación por acción u omisión del Estado y advirtieron la posibilidad de imputarle responsabilidad patrimonial, y iii) el término pertinente no se aplica cuando se observan situaciones que hubiesen impedido materialmente el ejercicio del derecho de acción y, una vez superadas, empezará a correr el plazo de ley.

De acuerdo con lo expuesto se tiene que, el señor Julián Andrés Castaneda Torres falleció el 27 de agosto de 2007; y la inscripción de este hecho en el Registro Civil ocurrió el **16 de octubre de 2007**, en la demanda no se indica alguna situación que hubiesen impedido materialmente conocer este hecho; por tanto no hay duda que en esta fecha los aquí demandantes conocieron o debieron conocer del fallecimiento, además que, según la demanda, compartían su diario vivir con el señor Castañeda Torres.

Ahora bien, el **6 de Julio de 2008** el Investigador criminalístico IV Policía Judicial de la Fiscalía General de la Nación, se reunió con la aquí demandante Paula Andrea Rendón Duque compañera del señor Julián Andrés Castañeda; quien le hizo entrega del registro civil de nacimiento perteneciente a Torres Rendón Mateo, “*para efectos de constituirse a futuro como víctimas*”. (Fl. 43 C.1).

Adicionalmente, **las víctimas actuaron dentro del proceso penal** en el que resultó condenado el Coronel del Ejército Nacional Carlos Alberto Ayala Pacheco, por el homicidio del señor Castañeda Torres, en especial en la audiencia del juicio oral que se llevó a cabo en sesiones que se desarrollaron durante los días **dieciocho (18) y diecinueve (19) de agosto: veintiocho (28) de septiembre, quince (15) y dieciséis (16) de diciembre todos del 2015; veintiocho (28), veintinueve (29), treinta (30) y treinta y uno (31) de marzo: y once (11) de abril de 2016.**

Cabe destacar que, en la demanda no se indica alguna situación que hubiesen impedido materialmente acceder a la administración de justicia en aras de obtener la reparación de perjuicios, tampoco se acreditó la imposibilidad de haber conocido la participación de agentes del Estado, en el momento de su ocurrencia.

En este orden de ideas, si bien la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia quedó ejecutoriada el 3 de agosto de 2016 y la proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira, en fecha posterior al 1º de septiembre de 2017; desde el **16 de octubre de 2007** (fecha en que se inscribió en el registro civil, el fallecimiento del señor Julián Andrés Castañeda Torres) los demandantes conocieron el hecho y tuvieron la posibilidad de imputar la responsabilidad de los hechos al Estado.

Se resalta además que, los demandantes participaron en el proceso penal adelantado en el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira, en el que resultó condenado el Coronel del Ejército Nacional Carlos Alberto Ayala Pacheco, por el homicidio del señor Castañeda Torres, en especial en la audiencia del juicio oral que se llevó a cabo en sesiones que se desarrollaron durante los días **dieciocho (18) y diecinueve (19) de agosto: veintiocho (28) de septiembre, quince (15) y dieciséis (16) de diciembre todos del 2015; veintiocho (28), veintinueve (29), treinta (30) y treinta y uno (31) de marzo: y once (11) de abril de 2016.**

Por lo tanto, no hay duda que, el término de caducidad del medio de control de reparación directa, debe contarse a partir del **17 de octubre de 2007**, día siguiente a la fecha en la se inscribió en el registro civil, el fallecimiento del señor Julián Andrés Castañeda Torres.

Así pues, contrario a lo argumentado por la parte demandante, el término de caducidad no puede ser contabilizado a partir de la ejecutoria de la sentencia penal que condenó a unos miembros del Ejército Nacional por el delito de homicidio del señor Julián Andrés Castañeda Torres.

En un caso similar al expuesto, el Consejo de Estado en pronunciamiento del 15 de diciembre de 2020¹³, expuso:

Pues bien, una vez examinado el auto anterior, esta Sala evidencia que la decisión adoptada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, se ajusta a los parámetros definidos en la sentencia de Sala Plena del 29 de enero de 2020, pues se encuentra probado en el expediente que desde el 4 de junio de 1989 los demandantes conocieron el hecho y tuvieron la posibilidad de imputar la responsabilidad de los hechos al Estado y, al menos, desde el 25 de febrero de 2009 estuvieron en posibilidad de acudir a la administración de justicia para efecto de ejercer el medio de control de reparación directa.

¹³ Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Rad.: 11001-03-15-000-2020-04787-00(AC)

La autoridad judicial demandada no podía desconocer la sentencia de unificación del 29 de enero de 2020, toda vez que se trataba de la interpretación vigente y vinculante para cuando fue dictado el auto cuestionado (6 de julio de 2020).

En dicha sentencia de unificación, como se explicó, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó los criterios en relación con la caducidad de las pretensiones indemnizatorias formuladas con ocasión de los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y cualquier otro asunto en el que se pueda solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial al Estado, por lo que no resultaba procedente aplicar las sentencias T-276 de 2018 y SU-959 de 2015 de la Corte Constitucional.

Teniendo en cuenta lo anterior, como el término para demandar en ejercicio de la acción de reparación directa empezó a correr a partir del **17 de octubre de 2007** y venció el mismo día y mes de 2009; sin embargo como la solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el 23 de abril de 2018 (Fl. 164-166 c. 1) y la demanda el 12 de diciembre de 2018, (Fl. 1 C. 1) operó la caducidad del medio de control, conforme a los parámetros establecidos en la sentencia de unificación del 29 de enero de 2020.

Incluso si la caducidad se contara desde la culminación de la audiencia de juicio oral, en el que resultó condenado el Coronel del Ejército Nacional Carlos Alberto Ayala Pacheco, por el homicidio del señor Castañeda Torres, y en la que **las víctimas actuaron a través de apoderado**, que se llevó a cabo en sesiones que se desarrollaron durante los días **dieciocho (18) y diecinueve (19) de agosto**: veintiocho (28) de septiembre, quince (15) y dieciséis (16) de diciembre todos del **2015**; veintiocho (28), veintinueve (29), treinta (30) y treinta y uno (31) de marzo: y **once (11) de abril de 2016**, la acción se encontraría caducada.

Por lo anterior, se declarará de oficio probada la excepción de caducidad del medio de control y se negaran las pretensiones de la demanda.

Por sustracción de materia no se analizará el segundo problema formulado.

3. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA¹⁴ y el artículo 365 del CGP no se impondrá condena en costas toda vez que la demanda fue interpuesta, previamente a la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre el computo de la caducidad en estos asuntos.

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

Resuelve:

Primero: Se declara de oficio probada la excepción de Caducidad.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante.

Tercero: Sin condena en costas.

¹⁴ "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"

Cuarto: Ejecutoriada la presente providencia, por la Secretaría **liquidar** los gastos ordinarios del proceso, **devolver** a la parte interesada los remanentes, si los hubiere, y **archivar** el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 48 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

(Salva Voto)



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

(Aclara Voto)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17001-23-33-000-2019-00494-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Esnelia Suaza de Lemes
Demandado: Casur
Vinculada: Ana Rubilma Marín Malavera

Antecedente:

En audiencia del artículo 181 del CPACA, este Despacho dispuso correr traslado para alegatos de conclusión a las partes y al Ministerio Público, por haber concluido la etapa probatoria.

No obstante, obra constancia secretarial de 28 de agosto de 2021 visible en el archivo digital “39ConstanciaSecretarial”, en la que se informó al Despacho que:

“(…) el apoderado de la parte vinculada Ana Rubilma Marín aportó memorial denominado “MEMORIAL SOLICITANDO QUE SEAN TENIDAS EN CUENTA LAS PRUEBAS DOCUMENTALES APORTADOS COMO PRUEBA DENTRO DEL PROCESO. EN REFERENCIA” (fls. 35 – 36, FIE). En relación a ello, se tiene que el apoderado presentó dos contestaciones una sin pruebas y la siguiente con las pruebas anexas a dicho escrito, así las cosas, por error, se pensó que se trataba de duplicidad de documentos, por lo que solo se incorporó al expediente digital la allegada el 12 de julio de 2021 (sin pruebas) y se omitió incorporar la del 13 de julio de 2021 (con pruebas). Es por ello, que se pasa a despacho tanto la petición que se menciona en la parte inicial, como la contestación radicada el 13 de julio de 2021 con las pruebas que el apoderado solicita se tengan en cuenta. Es importante también mencionar que dicho escrito fue presentado dentro del término oportuno según la constancia secretarial del 14 de julio de 2021.”

Consideración.

De acuerdo con lo anterior, el Despacho de oficio repondrá el auto que corrió traslado para presentar alegatos de conclusión y, en su reemplazo, correrá traslado a las partes por el término de tres (3) días, para que se pronuncien -si a bien lo tienen, respecto a los documentos aportados con la contestación de la demanda por parte de la señora Ana Rubilma Marín Malavera. Lo anterior, en aras de garantizar el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

Primero: Reponer el auto de traslado de alegatos dictado en audiencia el día 22 de septiembre de 2021.

Segundo: Incorporar los documentos aportados con la contestación de la demanda por parte de la señora Ana Rubilma Marín Malavera, los cuales se encuentran visibles en el archivo digital "38Contestación13JulioPruebas".

Tercero: Correr traslado a las partes por el término de tres (3) días, para que se pronuncien -si a bien lo tienen, respecto a los documentos aportados con la contestación de la demanda por parte de la señora Ana Rubilma Marín Malavera.

Cuarto: Se ordena que por la Secretaría de la Corporación, se remita el archivo digital a los buzones de correo electrónico de las partes y demás intervinientes.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

A.I.216

Radicado: 17-001-23-33-000-2021-00176-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Miguel Antonio Ávila Chico
Demandado: Departamento de Caldas

1. ASUNTO

Procede el Tribunal a decidir sobre la admisibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por Miguel Antonio Ávila Chico contra el Departamento de Caldas.

2. ANTECEDENTES

El señor Miguel Antonio Ávila Chico, instauró demanda en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Departamento de Caldas, con el objeto de que sea declarada la nulidad de: la Resolución N° 000181 del 02 de Julio de 2019 y No. 00287 de 09 de Septiembre de 2019, sobre el reconocimiento y pago de la Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez

La Inadmisión de la Demanda: Mediante auto del 12 de agosto de 2021, se concedió a la parte actora un término de diez (10) días, para que procediera a corregir la demanda, en los siguientes aspectos:

“(…)

1-Deberá allegar certificación en la que conste la calidad que ostentó el señor Miguel Antonio Ávila Montero al servicio del Departamento de Caldas, esto es Empleado Público o Trabajador Oficial, durante el periodo comprendido entre el 9 de septiembre de 1981 hasta el 2 de noviembre de 1995. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 104 y 152 # 2 del CPACA.”

Lo anterior, para efectos de establecer la jurisdicción competente de conocer de las pretensiones de la parte demandante.

3. CONSIDERACIONES

El artículo 170 del CPACA, advierte que: « (...) Se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos señalados en la ley por auto susceptible de reposición, en el que se expondrán sus defectos,

para que el demandante los corrija en el plazo de diez (10) días. Si no lo hiciera se rechazará la demanda (...). (Negrilla y subrayada fuera del texto).

El artículo 169 del referido código, reitera que la demanda será rechazada: « (...) 2. Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida (...)».

Así, el legislador ha impuesto una carga procesal a la parte demandante que, en razón de ser el sujeto interesado en que el medio de control inicie el correspondiente trámite, debe cumplir a cabalidad dichos requerimientos, que se hacen con el fin aclarar, corregir o completar aspectos de la demanda y/o sus anexos que se consideren necesarios para darle celeridad y claridad al proceso y evitar fallos inhibitorios. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que: «*la carga procesal son conductas, para beneficio del mismo sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive la pérdida del derecho sustancial*»¹.

3.1.Caso Concreto

La Sala encuentra probado que:

- Mediante auto del 12 de agosto de 2021, se concedió a la parte actora un término de diez (10) días, para que procediera a corregir la demanda objetivamente.
- Dicho auto que ordenó la corrección de la demanda, fue notificado mediante anotación en el Estado Electrónico según se observa en el archivo “04NotificaciónAuto” del expediente digital y fue enviado mensaje a los buzones de correo electrónico: arlinsonavilarodas@gmail.com ; carlosmoraal@hotmail.com, mismos que corresponden a los indicados en el acápite de notificaciones de la demanda.
- Dentro del término previsto para la corrección, esto es, los días comprendidos entre los días 17 a 30 de agosto de 2021, no fue allegado memorial alguno saneando lo requerido. Hecho que se verifica en la constancia secretarial del 31 de agosto hogaño.

Teniendo en cuenta que dentro del término otorgado, la parte accionante no corrigió la demanda, y que los aspectos que se ordenaron corregir son de total relevancia y resultan imprescindibles al momento no solo de admitir la demanda, sino de proferir su fallo, es procedente el rechazo de la misma conforme con lo previsto en los artículos 169 numeral 2, y 170 del CPACA.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo De Caldas:

RESUELVE:

Primero: Rechazar la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró Miguel Antonio Ávila Chica contra el Departamento de Caldas, por no haberse subsanado dentro del término legalmente establecido.

¹ Sentencia C – 279 de 2013.

Segundo: Ordenar el archivo del presente expediente, previas las anotaciones en el Sistema Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 48 de 2021.

NOTIFICAR

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente

A handwritten signature in blue ink, featuring a large circular flourish at the beginning.

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

A handwritten signature in black ink, characterized by multiple horizontal and vertical strokes.

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 217

Radicado: 17-001-23-33-000-2021-00194-00
Naturaleza: Acción Popular
Demandante: Nayarith Alarcón Correa
Demandado: Corpocaldas

1. ASUNTO

Procede el Tribunal a decidir sobre la admisibilidad del medio de la acción popular presentada por Nayarith Alarcón Correa contra Corpocaldas y otro.

2. ANTECEDENTES

Mediante auto del 20 de agosto de 2021, se concedió a la parte actora un tres (3) días, para que procediera a corregir la demanda, en los siguientes aspectos:

“(…)

- 1- *Deberá allegar prueba de haber agotado el requisito de procedibilidad frente a la Corporación Autónoma Regional de Caldas, toda vez que, dicha entidad obra como demandada. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el inciso tercero de artículo 144 del CPACA.”*

3. CONSIDERACIONES

El artículo 144, inciso tercero del CPACA¹ impone que: “(…) Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. (…)”, así mismo, el artículo 161, numeral 4 ibidem, dispone que la presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: “4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código.”

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Finalmente, el artículo 20, inciso segundo de la Ley 472 de 1998, advierte que: “(...) *Inadmitirá la demanda que no cumpla con los requisitos señalados en esta ley, precisando los defectos de que adolezca para que el demandante los subsane en el término de tres (3) días. Si éste no lo hiciera, el juez la rechazará. (...)*». (Negrilla y subrayada fuera del texto).

Así, el legislador ha impuesto una carga procesal a la parte demandante que, en razón de ser el sujeto interesado en que el medio de control inicie el correspondiente trámite, debe cumplir a cabalidad dichos requerimientos, que se hacen con el fin aclarar, corregir o completar aspectos de la demanda y/o sus anexos que se consideren necesarios para darle celeridad y claridad al proceso y evitar fallos inhibitorios. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que: «*la carga procesal son conductas, para beneficio del mismo sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive la pérdida del derecho sustancial*»².

3.1. Caso Concreto

La Sala encuentra probado que:

- Mediante auto del 20 de agosto de 2021, se concedió a la parte actora un término de tres (3) días, para que procediera a corregir la demanda objetivamente.
- Dicho auto que ordenó la corrección de la demanda, fue notificado mediante anotación en el Estado Electrónico según se observa en el archivo “04NotificaciónAuto” del expediente digital y fue enviado mensaje al buzón de correo electrónico: nayarith.alarcon@gmail.com, el cual corresponde al indicado en el acápite de notificaciones de la demanda.
- Dentro del término previsto para la corrección, esto es, los días comprendidos entre el día 24 al 26 de agosto de 2021, no fue allegado memorial alguno saneando lo requerido. Hecho que se verifica en la constancia secretarial del 31 de agosto hogaño.

Teniendo en cuenta que dentro del término otorgado, la parte accionante no corrigió la demanda, y que los aspectos que se ordenaron corregir, son de total relevancia y resultan imprescindibles al momento no solo de admitir la demanda, sino de proferir su fallo, es procedente el rechazo de la misma conforme con lo previsto en los artículos 169 numeral 2, del CPACA y artículo 20 de la Ley 472 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo De Caldas:

RESUELVE:

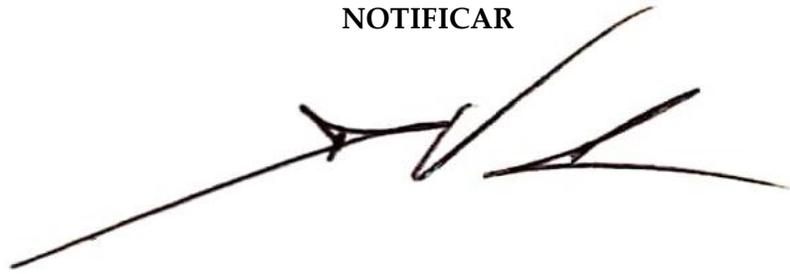
Primero: Rechazar la demanda que en ejercicio de la acción popular instauró Nayarith Alarcón Correa contra Corpocaldas y otro, por no haberse subsanado dentro del término legalmente establecido.

Segundo: Ordenar el archivo del presente expediente, previas las anotaciones en el Sistema Siglo XXI.

² Sentencia C – 279 de 2013.

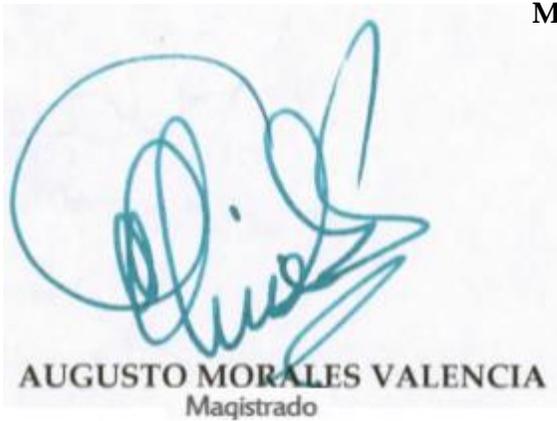
Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 48 de 2021.

NOTIFICAR

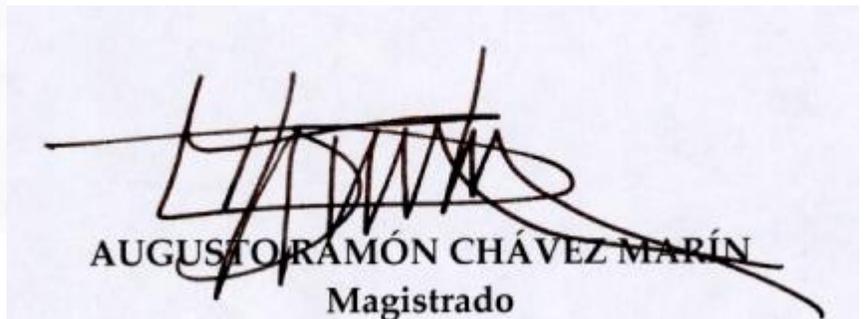
A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente

A handwritten signature in blue ink, featuring a large circular loop at the beginning and several sweeping strokes.

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

A handwritten signature in black ink, characterized by multiple vertical and horizontal strokes that create a dense, textured appearance.

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.192

Asunto: Despacho Comisorio
Medio de control: Recurso Extraordinario de Revisión
Radicación: 11001-03-25-000-2019-00233-01
Demandante: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP
Demandado: Luis Adelmo López Cortés

Manizales, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Por auto del 30 de agosto de 2021 este Despacho dispuso el cumplimiento de la comisión conferida a esta Corporación por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B" de acuerdo con providencia del 20 de mayo de 2021, recibida en la Oficina Judicial de esta ciudad el 12 de agosto de 2021.

En consecuencia, se ordenó que por la Secretaría de este Tribunal se surtiera la notificación personal del señor Luis Adelmo López Cortés de la admisión del recurso extraordinario de revisión de la referencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 253 de la Ley 1437 de 2011, en armonía con los artículos 291, 292 y 293 del Código General del Proceso.

Según constancias de fecha 14 y 23 de septiembre de 2021, por la Secretaría de este Tribunal se surtieron las siguientes actuaciones:

El día 30 de agosto de 2021, a través de la empresa Servicios Postales Nacionales S.A. se remitió correo con citación para notificación personal a la dirección del señor Luis Adelmo López Cortés que fue suministrada en el Despacho comisorio; no obstante, la empresa de envíos realizó devolución del oficio por la causal "cerrado".

El 7 de septiembre del presente año fue enviado por segunda vez el oficio de citación para notificación personal, pero nuevamente fue devuelto por la oficina de servicio postal 4-72, con la misma anotación.

Teniendo en cuenta lo anterior, el día 16 de septiembre de 2021 se requirió a la UGPP para que aportara otra dirección del señor Luis Adelmo López Cortés y cumplir con ello lo dispuesto en el Despacho comisorio.

En respuesta al requerimiento mencionado, la UGPP expresó los siguiente:

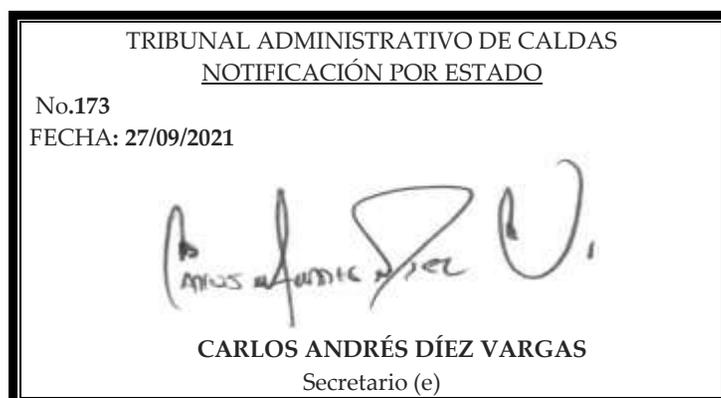
Me permito aportar la dirección física de la demandado LUIS EDELMO LOPEZ CORTES.
•DIRECCIONFISICA: Calle 14 # 22 -21 Apartamento 201 Manizales -Caldas

Ahora, de acuerdo con la constancia secretarial del 23 de septiembre de 2021, la dirección aportada por la UGPP es la misma que había sido informada en el Despacho Comisorio.

De acuerdo con lo anterior, advierte el Despacho que la parte interesada en la notificación (UGPP) no aportó información nueva respecto de la dirección física para notificación personal de la parte demandada en el presente asunto, razón por la cual se dispone que por la Secretaría de esta Corporación se devuelvan inmediatamente las diligencias al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Despacho del Honorable Magistrado César Palomino Cortés, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y Cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:

Exp. 11001-03-25-000-2019-00233-01

Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

59c0dbce5a55c4d8e211ce1d93ba4af87a7fdfa09ff8ef0f355eeaab
dd3c24e3

Documento generado en 24/09/2021 11:59:51 a. m.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17001-23-33-000-2019-00012-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	GABRIELA GARCÍA ROJAS
ACCIONADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede el Despacho a resolver el recurso de reposición en subsidio el de queja interpuesto por el apoderado de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, frente al auto proferido en este proceso del 30 de agosto del año en curso, mediante el cual se resolvió un recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto por esta entidad, respecto del auto que decidió no darle trámite a la solicitud de ejecución a continuación de sentencia.

ANTECEDENTES

Mediante escrito que obra a folios 85 a 88 del expediente físico, solicitó la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** se libre mandamiento de pago contra **GABRIELA GARCÍA ROJAS**, por el valor de las costas procesales ordenadas en sentencia judicial proferido en estas resultas.

Como fundamento de su pretensión de ejecución, refirió la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** que la señora **GABRIELA GARCÍA ROJAS** adelantó un proceso contra la entidad, en el cual este Tribunal negó las pretensiones de la parte actora mediante sentencia datada el 23 de enero de 2020, imponiendo condena en costas contra la señora Gabriela García Ríos y a favor de la entidad.

La entidad señaló que, la sentencia se encuentra ejecutoriada y que la señora Gabriela García Rojas no ha cumplido con la sentencia en cuanto al pago de las costas.

Mediante auto del 14 de julio de 2021 se decidió no darle trámite a la solicitud de ejecución a continuación de la sentencia.

La parte demandada, **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, alegando que procede darle trámite por tratarse de una sentencia que condena en costas, conteniendo una obligación clara, expresa y exigible.

Mediante auto del 30 de agosto de 2021, se decidió no reponer el auto por medio del cual se inhibió el despacho a librar mandamiento de pago a continuación de sentencia, y se rechazó el recurso de apelación por ser improcedente.

El apoderado sustituto de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** presenta recurso de reposición contra el auto del 30 de agosto del año en curso, alegando que si el Despacho considera que carece de competencia para darle trámite a la solicitud impetrada por la entidad debe remitirla al juez competente. De igual forma presenta en subsidio del recurso de reposición el de queja, a efectos de que se determine la procedencia o no del recurso de apelación interpuesto contra la decisión de no darle trámite a la solicitud de ejecución a continuación de la sentencia.

CONSIDERACIONES

Respecto del recurso de reposición el artículo 242 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021 establece:

ARTÍCULO 242. REPOSICIÓN. <Artículo modificado por el artículo [61](#) de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> El recurso de reposición procede contra todos los autos, salvo norma legal en contrario. En cuanto a su oportunidad y trámite, se aplicará lo dispuesto en el Código General del Proceso.

Respecto del recurso de reposición el artículo 318 del CGP, aplicable por remisión expresa del CPACA, dispone:

ARTÍCULO 318. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDADES. Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.

El recurso de reposición no procede contra los autos que resuelvan un recurso de apelación, una súplica o una queja.

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.

El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.

Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación, dentro del término de su ejecutoria.

PARÁGRAFO. Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente.

Conforme a lo anterior, contra el auto que rechazó la apelación, efectivamente procede recurso de reposición, al no encontrarse disposición que lo prohíba.

Revisando nuevamente las razones por las cuales este Tribunal decidió rechazar la apelación, que no era otra que considerar que, la ejecución a continuación de la sentencia, era un trámite y no un proceso, y por ello no cabría la posibilidad de apelación, erraba el Despacho, pues efectivamente corresponde a un proceso ejecutivo, solo que se pide se inicie a continuación del proceso ordinario originario y se está negando librar mandamiento ejecutivo, que es un auto susceptible de apelación.

Por lo anterior, deberá reponerse el auto, en la parte que negó el recurso de apelación y, en consecuencia, se procederá a conceder el recurso de alzada, contra la decisión que negó la ejecución de las costas solicitadas.

Por lo brevemente expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: REPONER el auto del 30 de agosto de 2021 proferido en estas resultas, en la parte que negó la concesión del recurso de apelación

En su lugar:

CONCEDER el recurso de apelación en el efecto suspensivo, contra el auto de fecha 14 de julio de 2021, por medio del cual se negó darle trámite a la ejecución solicitada.

Por la Secretaría del Tribunal, envíese a la Sección correspondiente del Consejo de Estado, las piezas procesales contentivas de la actuación, desde la solicitud de la ejecución hasta el presente auto, además de la sentencia del proceso originario.

SEGUNDO: Háganse las anotaciones correspondientes en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 173 del 27 de septiembre de 2021.

Firmado Por:

**Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **46094dabf0ccd378cf6435fe7025596712685990a56a58f93381cc2d75b6fe78**
Documento generado en 24/09/2021 11:25:28 a. m.

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17001-23-33-000-2019-00054-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	JOSÉ RUBIEL VILLEGAS RAMOS
ACCIONADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede el Despacho a resolver el recurso de reposición en subsidio el de queja interpuesto por el apoderado de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, frente al auto proferido en este proceso del 30 de agosto del año en curso, mediante el cual se resolvió un recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto por esta entidad, respecto del auto que decidió no darle trámite a la solicitud de ejecución a continuación de sentencia.

ANTECEDENTES

Mediante escrito que obra a folios 94 a 107 del expediente, solicitó la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** se libre mandamiento de pago contra **GABRIELA GARCÍA ROJAS**, por el valor de las costas procesales ordenadas en sentencia judicial proferido en estas resultas.

Como fundamento de su pretensión de ejecución, refirió la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** que la señora **GABRIELA GARCÍA ROJAS** adelantó un proceso contra la entidad, en el cual este Tribunal negó las pretensiones de la parte actora mediante sentencia datada el 30 de enero de 2020, imponiendo condena en costas contra José Rubiel Villegas Ramos y a favor de la entidad.

La entidad señaló que, la sentencia se encuentra ejecutoriada y que José Rubiel Villegas Ramos no ha cumplido con la sentencia en cuanto al pago de las costas. Mediante auto del 14 de julio de 2021 se decidió no darle trámite a la solicitud de ejecución a continuación de la sentencia.

La parte demandada, **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, alegando que procede darle trámite por tratarse de una sentencia que condena en costas, conteniendo una obligación clara, expresa y exigible.

Mediante auto del 30 de agosto de 202, se decidió no reponer el auto por medio del cual se inhibió el despacho a librar mandamiento de pago a continuación de sentencia, y se rechazó el recurso de apelación por ser improcedente.

El apoderado sustituto de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** presenta recurso de reposición contra el auto del 30 de agosto del año en curso, alegando que si el Despacho considera que carece de competencia para darle trámite a la solicitud impetrada por la entidad debe remitirla al juez competente. De igual forma presenta en subsidio del recurso de reposición el de queja, a efectos de que se determine la procedencia o no del recurso de apelación interpuesto contra la decisión de no darle trámite a la solicitud de ejecución a continuación de la sentencia.

CONSIDERACIONES

Respecto del recurso de reposición el artículo 242 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021 establece:

ARTÍCULO 242. REPOSICIÓN. <Artículo modificado por el artículo [61](#) de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> El recurso de reposición procede contra todos los autos, salvo norma legal en contrario. En cuanto a su oportunidad y trámite, se aplicará lo dispuesto en el Código General del Proceso.

Respecto del recurso de reposición el artículo 318 del CGP, aplicable por remisión expresa del CPACA, dispone:

ARTÍCULO 318. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDADES. Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.

El recurso de reposición no procede contra los autos que resuelvan un recurso de apelación, una súplica o una queja.

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.

El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.

Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación, dentro del término de su ejecutoria.

PARÁGRAFO. Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente.

Conforme a lo anterior, contra el auto que rechazó la apelación, efectivamente procede recurso de reposición, al no encontrarse disposición que lo prohíba.

Revisando nuevamente las razones por las cuales este Tribunal decidió rechazar la apelación, que no era otra que considerar que, la ejecución a continuación de la sentencia, era un trámite y no un proceso, y por ello no cabría la posibilidad de apelación, erraba el Despacho, pues efectivamente corresponde a un proceso ejecutivo, solo que se pide se inicie a continuación del proceso ordinario originario y se está negando librar mandamiento ejecutivo, que es un auto susceptible de apelación.

Por lo anterior, deberá reponerse el auto, en la parte que negó el recurso de apelación y, en consecuencia, se procederá a conceder el recurso de alzada, contra la decisión que negó la ejecución de las costas solicitadas.

Por lo brevemente expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: REPONER el auto del 30 de agosto de 2021 proferido en estas resultas, en la parte que negó la concesión del recurso de apelación

En su lugar:

CONCEDER el recurso de apelación en el efecto suspensivo, contra el auto de fecha 14 de julio de 2021, por medio del cual se negó darle trámite a la ejecución solicitada.

Por la Secretaría del Tribunal, envíese a la Sección correspondiente del Consejo de Estado, las piezas procesales contentivas de la actuación, desde la solicitud de la ejecución hasta el presente auto, además de la sentencia del proceso originario.

SEGUNDO: Háganse las anotaciones correspondientes en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 173 del 27 de septiembre de 2021.

Firmado Por:

**Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **132056bd14083af47ea619d27f555b440c3c62bec444b6f8e95c9874defe9dfc**
Documento generado en 24/09/2021 11:14:58 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, septiembre veinticuatro (24) de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 140

Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: José Gustavo Mejura Casas y Otros
Demandado: Ese Hospital San Antonio de Villamaría Caldas –
Ese Hospital Departamental Universitario Santa
Sofía de Caldas - Empresa de Transportes Gran
Caldas S.A. – Oscar Iván Valencia Flórez –
Fabián Valencia Flórez.
Llamadas en garantía: Equidad Seguros Generales OC., Previsora
Compañía de Seguros S.A., Liberty Seguros S.A.
Radicado: 1700133390052017-00471-02

Asunto

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la empresa Transportes Gran Caldas S.A., y del señor Fabián Valencia Flórez en contra del auto proferido por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, el cual negó los llamamientos en garantía formulados por los recurrentes frente a la Equidad Seguros Generales O.C., dentro del proceso de la referencia.

La Demanda

En la demanda se solicitó como pretensión declarar administrativamente responsable a las demandadas por la responsabilidad extracontractual, que conllevó al accidente ocurrido el 26 de septiembre de 2015, donde falleció el señor Luis Eduardo Menjura Casas, y en consecuencia la cancelación de perjuicios causados.

Llamamiento en Garantía formulado por la Empresa de Transportes Gran Caldas S.A. frente a Equidad Seguros Generales O.C.

El apoderado judicial de la empresa de transportes Gran Caldas S.A., llamó en garantía a Equidad Seguros Generales OC., con apoyo en las pólizas de vehículo de responsabilidad civil contractual y extracontractual número AA002745 y AA002744, entre dichas entidades, con el fin de cubrir el riesgo por parte de la aseguradora en caso de eventual condena. Precisó que en el momento de los hechos la póliza se encontraba vigente, y por tanto cubría el evento o siniestro.

Llamamiento en Garantía formulado por el señor Fabian Valencia Flórez a Equidad Seguros Generales O.C.

El apoderado judicial del señor Fabián Valencia Flórez, llamó en garantía a Equidad Seguros Generales OC., en virtud de las pólizas de vehículo de responsabilidad civil contractual y extracontractual número AA002745 y AA002744 entre las partes mencionadas, con el fin de cubrir el riesgo por parte de la aseguradora en caso de eventual condena, por perjuicios que se pudieran ocasionar con el acaecimiento de accidente de tránsito que involucre vehículo de la empresa transportes Gran Caldas. Precisó que en el momento de los hechos la póliza se encontraba vigente, y por tanto cubría el evento o siniestro.

Ambos llamantes en garantía aportaron llegó copia de las pólizas de seguro número AA002744 y AA002745; ambas con vigencia desde el 29 de junio de 2015 hasta el 29 de junio de 2016¹, funge como tomador Transportes Gran Caldas y como Asegurado Oscar Iván Valencia Flórez, que ampara el seguro de responsabilidad civil contractual o extracontractual de Servicio Público, entre otras.

Apelación de la Providencia

A través del auto del 15 de noviembre del 2019², el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito, resolvió sobre los llamamientos en garantía solicitados por las partes accionadas, entre ellos se denegó, el formulado por la Empresa de Transportes Gran Caldas y el señor Fabián Valencia Flórez frente a Equidad Seguros Generales O.C.

Como sustento de la negativa, arguyó que las pólizas de vehículo de responsabilidad civil contractual y extracontractual número AA00275 y AA002744, aportadas solo se evidencia como asegurado el señor Oscar Iván Valencia Flórez, sin mencionar a los demás demandados, esto es, empresa de Transportes Gran Caldas S.A., y el señor Fabián Valencia Flórez, cubiertos por el mencionado seguro.

Recurso de Apelación

Mediante memoriales suscritos por el apoderado judicial del señor Fabián Valencia Flórez y la empresa de Transportes Gran Caldas S.A., sustenta los recursos bajo los siguientes planteamientos, así:

Refirió al motivo de inconformidad, respecto a la negativa de la vinculación, advirtiendo que allegó las pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual número AA 002745 y AA002744, como prueba sumaria de la existencia de un derecho legal o contractual entre Equidad Seguros Generales O.C., y la empresa en mención como tomadora del seguro y el señor Fabián Valencia Flórez como beneficiario.

Adicionalmente, afirma que, en las referidas pólizas de seguro, se establece como tomador a la Empresa de Transportes Gran Caldas, y como beneficiario al señor Oscar Iván Valencia Flórez, quien ostenta la calidad de titular del derecho

¹ Folio 241-242 C1A.

² Fs. 854-857 vto, c1c

de dominio de automotor adscrito a la sociedad, donde se presta el servicio público de transporte, y se encuentra inscrito el vehículo marca Chevrolet NK de placas STP 696.

Explicó que si bien, en las pólizas aparece el ítem de beneficiario el señor Oscar Iván Valencia Flórez, obedece a una circunstancia de forma, al llenar los espacios de la carátula de la póliza. Sin embargo, para la época de los hechos el vehículo de servicio público de placas STP 696, vinculado a la empresa de transportes, era de propiedad, en un 50% del señor Fabián Valencia Flórez, y sobre el cual existe un amparo sobre la póliza.

Con apoyo en los preceptos normativos previstos en los artículos 1037 y 1083 del Código de Comercio, así como el concepto 1999055182-7 de septiembre 30 de 1999 de la Superintendencia Delegada para Seguros y Capitalización, concluyó que en el contrato de seguros tanto el tomador como el beneficiario, son partes de este, y se debe garantizar la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir.

Por ello, solicitó revocar el auto impugnado y acceder a la solicitud de llamamiento en garantía en virtud de la póliza suscrita por parte Empresa Gran Caldas como tomador y el señor Fabián Valencia Flórez en calidad de beneficiario.

Consideraciones

Competencia

El Despacho decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto que negó la vinculación, de conformidad con los artículos 125, 153, 243.7 del CPACA, y 86 de la ley 2080 de 2021.³

Problema jurídico

La atención de la Sala Unitaria se centra en determinar si es procedente la admisión de los llamamientos en garantía formulado por la empresa de Transporte Gran Caldas S.A., y del señor Fabián Valencia Flórez frente a la aseguradora Equidad Seguros Generales O.C.

Con el fin de resolver el asunto objeto de debate, se acudirá a los presupuestos legales y jurisprudenciales que rigen la materia.

Premisas normativas y jurisprudenciales:

Sobre el particular, el artículo 225 de la Ley 1437 de 2011 en lo pertinente dispone:

³ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA- SUBSECCIÓN A- Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO- Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 05001-23-33-000-2016-00325-01 (60746)

“Artículo 225. Llamamiento en Garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

- 1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel si aquel no puede comparecer por sí al proceso.*
- 2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.*
- 3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.*
- 4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.*

El llamamiento en garantía con fines de repetición se registrá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen”/Resalta la Sala/.

Del precepto normativo transcrito, se tiene que dicha figura jurídica procede solo con la afirmación del interesado en advertir el derecho legal o contractual frente a un tercero la reparación del perjuicio de forma parcial o total del pago.

Por su parte, la postura de esta Corporación⁴, frente a éste tópico ha considerado que pese a que el artículo exige únicamente la mera afirmación de la existencia del vínculo legal o contractual, el llamamiento debe cumplir con los requisitos propios de la demanda contenido en los artículos 162 numerales 5 y 166 del CPACA, por ello resulta necesario aportar la prueba o documento que sirve de soporte del derecho que se tiene, para llamar en garantía.

⁴ Tribunal Administrativo de Caldas, M.P. Dr. Luis Eduardo Collazos Olaya, rad. 17-001-33-33-001-2014-00002-02, providencia del 9 de diciembre de 2016.

Por su parte, la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado⁵, ha precisado sobre la procedencia y los requisitos para la admisión del llamamiento en garantía, por su parte, señaló:

*“ (...) **El llamamiento en garantía tiene ocurrencia cuando entre la parte o persona citada y la que hace el llamamiento existe una relación de orden legal o contractual, con el fin de que aquella pueda ser vinculada a las resultados del proceso, para que en caso de que efectivamente se declare la responsabilidad de la demandada, el juez decida sobre la relación sustancial existente entre el llamante y el llamado en garantía,** cuestión que puede dar lugar a una de dos situaciones: a) concluir que el llamado en garantía no está obligado a responder, ante lo cual se decidirá que no se le atribuye responsabilidad o b) concluir que le asiste razón al demandado frente a la obligación que tiene el llamado en garantía de reparar los perjuicios, caso en cual se debe determinar el alcance de su responsabilidad y el porcentaje de la condena que deberá restituir a la parte demandada con cargo a lo que esta pague al demandante.*

*En consonancia con lo anterior, la demostración del derecho legal o contractual en **que se funda la petición de llamamiento tiene como razón el derecho que surge para el llamante de exigir la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reintegro del pago que tuviere que hacer en virtud de la sentencia condenatoria que eventualmente llegue a proferirse en su contra,** de manera que en la misma sentencia se resuelva tanto la litis principal como aquella que se traba de forma consecencial entre llamante y llamado, por razón de la relación sustancial existente entre ellos.(...)”*

(...)

*Ahora, en relación con la exigencia de que en el escrito de llamamiento se expongan los hechos en que se apoya la citación del tercero y los fundamentos de derecho que sustenten la actuación, **se ha precisado que tiene por finalidad establecer los extremos y elementos de la relación sustancial que se solicita sea definida por el juez, así como ofrecer un fundamento fáctico y jurídico mínimo del derecho legal o contractual en que se apoya el llamamiento,** en orden a que la invocación de ese instrumento procesal sea serio, razonado y responsable y, al propio tiempo, se garantice el derecho de defensa de la persona que sea citada en tal condición al proceso”. (rft)*

Del precepto citado, se colige que una de las exigencias normativas y jurisprudenciales para acceder al llamamiento en garantía es la existencia de una relación legal o contractual, entre el llamante y el llamado, con el fin de resolver la relación sustancial existente entre éstos, y definir de manera razonable la intervención en el proceso, en aras de salvaguardar el derecho de defensa.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, M.P. Dra. María Adriana Marín, rad. doce (12) de septiembre de 2019., 05001-23-33-000-2016-00151-02(62829).
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2142014>

Sobre el Contrato de Seguro

El contrato de seguro se encuentra regulado en el artículo 1036⁶ y siguientes del Código de Comercio, donde se ha denominado como un contrato consensual, bilateral, oneroso y de ejecución sucesiva; además conforme al artículo 1037 del mismo Estatuto, menciona como partes del referido contrato el asegurador, quien es la persona jurídica que asume los riesgos conforme a lo prevé a la ley, y el tomador que obra por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos.

Conforme al artículo 1039 ibídem, el seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable, en este caso al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.

Por su parte, el beneficiario es la persona que tiene derecho a recibir la prestación asegurada. Puede ser el mismo tomador o asegurado, o una persona diferente. El beneficiario se determina en la póliza y, de conformidad con el artículo 1142 del Código de Comercio en caso de que no se designe, o la designación se haga ineficaz o quede sin efecto por cualquier causa, tendrán la calidad de tales el cónyuge del asegurado, en la mitad del seguro, y los herederos de éste en la otra mitad⁷.

Por su parte, el Consejo de Estado⁸, ha señalado las obligaciones que le asisten a las partes dentro de un contrato de seguro, en aras de dar cumplimiento al mismo, conforme a las garantías estipuladas. Al respecto expuso:

“Es pertinente recalcar que, en el seguro de cumplimiento constituido para garantizar el contrato estatal y, bajo lo establecido en el artículo 1037 del Código de Comercio, obran como partes, el asegurador –vale decir, la compañía de seguros que expide la respectiva póliza y que asume la obligación de cubrir el riesgo amparado con la misma- y el tomador –en este caso, el contratista del Estado que celebra el contrato de seguro con la aseguradora, pero no es el titular del interés asegurable, sino que toma el seguro a favor de un tercero que es, precisamente, la entidad pública-. Adicionalmente, toda vez que el contratista-tomador- solicita la constitución de la garantía a favor de la entidad estatal contratante, esta interviene en la relación negocial de la garantía única como sujeto asegurada y como beneficiaria del seguro, por ser la titular del interés patrimonial cubierto con el seguro. (...) Tal identificación de las partes resulta de particular relevancia en el examen del presente caso, dada la necesidad de establecer con claridad que, en el contrato de seguro de cumplimiento de contratos estatales –es decir, en la garantía única-, el riesgo que se cubre es aquel originado en el incumplimiento del contratista tomador, que es el llamado

⁶ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html.

⁷ <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/18372/dPrint/1/c/00>

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, M.P. Dra. María Adriana Marín, dieciséis (16) de mayo de 2019., rad. 85001-23-31-000-2007-00159-01(40102).
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2132039>

por la ley a constituir la aludida garantía, precisamente para avalar o afianzar sus obligaciones contractuales adquiridas con el Estado. (...) En esa medida, si, por el contrario, es el Estado quien por su propio incumplimiento da lugar a la concreción de un riesgo patrimonial en su contra, la garantía del contrato respectivo no le puede ser exigible al asegurador, puesto que la lesión patrimonial no se produjo en las condiciones previstas en la póliza, sino que fue provocada por la conducta y el arbitrio del asegurado afectado”.

En este sentido, se tiene que no solo las partes del contrato de seguro; lo integran el asegurador y el tomador, toda vez que en este intervienen terceros determinados o determinables, cuando el tomador no es titular del interés asegurable, pero toma el seguro a favor de un tercero, quien interviene en dicho contrato en cumplimiento a sus derechos y obligaciones otorgadas por ley, y a efectos de hacer exigible la garantía de riesgo, que se ha contratado en caso de incumplimiento; y de avalar las obligaciones contractuales.

Caso Concreto

En el caso bajo examine, el apoderado judicial de la empresa Transportes Gran Caldas S.A., y del señor Fabián Valencia Flórez, consideran que se encuentran legitimados para llamar en garantía a Equidad Seguros Generales OC., en virtud de las pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual suscritas con la aseguradora en mención, en caso de una eventual condena.

Precisaron que en el momento de los hechos las pólizas se encontraban vigentes, y que cubrían el siniestro. Adicionalmente que la empresa funge como tomador de las pólizas y el particular, en calidad de beneficiario, al ostentar la calidad de titular del derecho de dominio sobre el automotor adscrito a la sociedad que presta el servicio público de transporte.

En efecto, al revisar las pólizas de seguro⁹ civil contractual y extracontractual números AA002745 y AA002744 con vigencia desde el 29 de junio de 2015 hasta el 29 de junio de 2016. Se tiene como asegurado al señor Oscar Iván Valencia Flórez; sin que de esta se desprende esa misma calidad respecto del señor Fabián Valencia Flórez.

Sin embargo, como lo avizora el recurrente, de acuerdo al certificado de tradición aportado, se tiene que el vehículo de placas STP696, vinculado a la empresa de Transporte Gran Caldas, aparecen como titulares del derecho de dominio sobre dicho vehículo los señores Oscar Iván Valencia Flórez y Fabián Valencia Flórez¹⁰.

En cuanto a la situación de la empresa de Transporte Gran Caldas, sí existe una relación sustancial clara porque esta entidad fue tomadora del contrato de seguro, a pesar que no sea como beneficiaria, sino como tomadora.

⁹ Fs. 241- 242.C1

¹⁰ Fs.868, c1D

En caso similar el presente, el Consejo de Estado¹¹ estimó que en la admisión del llamamiento en garantía solo se hace consideraciones de la cumplimentación de los requisitos formales, y la relación sustancial es motivo de decisión en la sentencia:

“1.2.- Demanda y trámite procesal

El Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- presentó demanda, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales[2], en contra de SUEJE y Allianz Seguros S.A., el veintiocho (28) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). El actor solicitó, entre otras pretensiones, la declaración de incumplimiento, por parte de los demandados, del convenio interadministrativo No. 2616 de 2009 y, como consecuencia de esta declaración, la condena al pago de todos los daños y perjuicios que le fueron ocasionados en razón a dicho incumplimiento.

En el término de traslado de la demanda, SUEJE contestó el libelo introductorio y formuló llamamiento en garantía a Allianz Seguros S.A[3].

1.3. La solicitud de llamamiento en garantía

Como fundamento del llamamiento formulado, SUEJE indicó que Allianz Seguros S.A. "afianza con garantía única de cumplimiento de entidades estatales el Convenio Interadministrativo No. 2616 de 2009, mediante la toma de la Póliza de cumplimiento No. CEST-2283, expedida el 11 de noviembre de 2009".

1.4. El auto recurrido

El Tribunal Administrativo de Caldas admitió el llamamiento en garantía propuesto por SUEJE, con auto del doce (12) de junio de dos mil dieciocho (2018)[4]. Como fundamento de su decisión, señaló lo siguiente:

"1. Se indicó el nombre del representante legal, o quien haga sus veces, de Allianz Seguros S.A. (fl. 622 C. 1ª)

2. Señaló claramente el domicilio o residencia de la llamada en garantía, en la Carrera 13 A N° 29-24 en Bogotá.

3. El hecho en que se basa el llamamiento en garantía se resume en la suscripción de la Póliza CEST-2283 con la entidad en mención para el amparo del cumplimiento del Convenio Interadministrativo N° 2616 de 2009 suscrito entre SUEJE y el INVÍAS, póliza cuyas carátulas y clausulado fueron aportados con el escrito de llamamiento (fls. 684-686, 689-691, 695, 699-700 C. 1 A)

Por lo tanto, el llamamiento en garantía formulado se encuentra ajustado a derecho, porque la solicitante cumplió en forma estricta con los requisitos de ley mencionados".

1.5. El recurso de apelación

¹¹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C.- Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 17001-23-33-000-2017-00690-01 (62252)

Allianz Seguros S.A. apeló el auto en mención, con escrito radicado el quince (15) de junio de dos mil dieciocho (2018)[5] y, como sustento de su recurso, después de realizar un análisis de la naturaleza del contrato de seguro y sus características esenciales, manifestó que "es notorio que la teleología de un seguro de cumplimiento no es otra que indemnizar a la entidad estatal contratantes (INVÍAS), bajo los términos de ley y de la póliza, por los incumplimientos contractuales imputables a los contratistas afianzados (SUEJE). Es decir, el único patrimonio o interés patrimonial protegido por el seguro de cumplimiento es el del INVÍAS, pues es su pecunio el que se puede ver aminorado a partir de violaciones contractuales atribuibles a SUEJE", situación que considera resulta notoria cuando se estudian los términos en que está dada la cobertura de la póliza de cumplimiento.

Además, una vez expuso las diferencias entre el llamamiento en garantía y la denuncia del pleito, concluyó lo siguiente:

"[D]entro del haz de obligaciones eventualmente existentes para mi representada a partir de la póliza CEST-2283, no se encuentra ninguna que mínimamente conlleve a que la Compañía Aseguradora deba entrar a responder patrimonialmente por el valor de la condena que le pueda llegar a ser impuesta a SUEJE, con motivo de la responsabilidad que se le imputa, ya que está sociedad no reviste la connotación de asegurado o beneficiario frente al contrato aseguraticio.

Ciertamente, siendo el INVÍAS el único asegurado y beneficiario (...) se erige en la persona jurídica titular del interés asegurable, siendo su patrimonio aquel que puede resultar afectado (...) Por consiguiente, como ya se explicó anteriormente, el INVÍAS es el único sujeto de derechos que tiene la potencialidad de ser titular de un posible derecho indemnizatorio surgido con ocasión a un seguro de cumplimiento, el cual ha sido instituido y contratado sólo para salvaguardar su patrimonio (...)"

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Esta Corporación tiene competencia para conocer el recurso de apelación formulado por Allianz Seguros S.A., según lo previsto en el artículo 150 del CPACA, pues se trata de un auto proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, que aceptó la solicitud de intervención de terceros en primera instancia; providencia que es apelable de conformidad con el artículo 226 del mismo código.

2.2. Procedencia y requisitos del llamamiento en garantía en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El llamamiento en garantía es una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual y permite que quien funge como parte en un proceso determinado (llamante) solicite la vinculación como tercero de una persona ajena a este (llamado) para que intervenga en la causa, con el objeto de exigirle que concurra al pago de la indemnización del perjuicio que eventualmente pueda llegar a sufrir el llamante como producto de la sentencia.

En otras palabras, esta Corporación también ha establecido que "la procedencia del llamamiento en garantía está supeditada a la existencia de un derecho legal o contractual que ampara a la persona frente al tercero a quien solicita sea vinculado al proceso, en orden a que en la misma litis principal se defina la relación que tienen aquellos dos[6]".

Entonces, el llamamiento en garantía vincula al tercero con la parte principal y lo obliga a responder por la obligación que surja en virtud de una eventual condena contra el llamante[7].

El artículo 225 del CPACA enlista los requisitos mínimos que debe contener el llamamiento en garantía, que son:

El nombre del llamado y el de su representante, si aquel no puede comparecer por sí mismo al proceso.

La indicación del domicilio del llamado o en su defecto de su residencia, así como la de su habitación u oficina y la de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran. Esta manifestación se entiende prestada bajo juramento con la presentación del escrito.

Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.

La dirección de la oficina o habitación del llamante y su apoderado para que reciban notificaciones personales.

En vista de que esta figura exige que exista una relación de orden legal o contractual entre el llamante y el llamado, es indispensable que, además de los requisitos formales, el interesado "allegue prueba siquiera sumaria del nexo jurídico en que apoya la vinculación del tercero al proceso, dado que dicha vinculación implica la extensión de los efectos de la sentencia judicial al tercero, causándole eventualmente una posible afectación patrimonial[8]".

Por otra parte, tanto la parte demandante como la demandada están legitimadas para formular el llamamiento en garantía, conforme el artículo 64 del Código General del Proceso que prescribe:

"Artículo 64: Llamamiento en garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación". (negrilla fuera de texto).

Al respecto, el tratadista Hernán Fabio López, señaló:

"Es muy frecuente el caso de la persona que contrata un seguro que ampara los perjuicios que puedan deducírsele por responsabilidad civil. Cuando hay lugar a indemnizar a causa de una acción u omisión generadora de responsabilidad civil extracontractual o contractual, surgen dos relaciones jurídicas claramente determinadas: la existente entre el asegurador y el asegurado, y la que se presenta entre el asegurado y la persona perjudicada.

La persona perjudicada puede iniciar un proceso contra quien le ocasionó el daño, a fin de obtener la indemnización del perjuicio sufrido, y éste, a su vez, tiene que realizar un desembolso y luego tratar de recuperar lo pagado por cuanto, en últimas, ese pago podría hacerlo quien se comprometió a garantizarlo, Mas el garante, caso de ser condenado el garantizado, no siempre está en la obligación de reembolsar.

El llamamiento en garantía lo puede realizar tanto el demandante como el demandado, aun cuando en la casi totalidad de los eventos se efectúa por éste último, lo cual no significa como algunos juzgados lo han estimado, que únicamente sea el demandado el llamado a hacerlo. Así, por ejemplo, si se celebra un contrato de seguro que garantiza el pago de los perjuicios que se deriven del incumplimiento de un contrato, perfectamente puede formularse la demanda en contra del contratante incumplido para que se declare el monto de los perjuicios y, junto con la demanda, llamar en garantía a la aseguradora para que se le obligue a la indemnización del perjuicio sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual del demandado, pues de no existir esta posibilidad, sería necesario esperar al resultado del proceso para luego demandar a la aseguradora, que es la actuación que, precisamente, y en desarrollo del principio de la economía procesal, se quiere evitar."[9]

Por último, el artículo 227 del CPACA establece que se aplicarán las normas procesales civiles, es decir, los artículos 64 y siguientes del Código General del Proceso (CGP) en relación con el trámite y alcance de la intervención de terceros.

2.3. Caso concreto

En el sub lite, el Despacho observa que, como lo señaló el Tribunal de primera instancia en el auto objeto de recurso, el llamante, SUEJE, dio cumplimiento a los requisitos formales determinados tanto por la Ley como por la jurisprudencia de esta Corporación para la procedencia del llamamiento en garantía, así:

Indicó el nombre del llamado y el de su representante legal, pues, al tratarse de una persona jurídica, no puede comparecer por sí misma al proceso. Informó el domicilio del llamado en garantía y su dirección de notificaciones. Señaló los hechos en que basó el llamamiento y los fundamentos de derechos invocados para la prosperidad del mismo. Hechos que dan cuenta de una relación de orden legal o contractual entre llamante y llamado, que fue soportada con la garantía única de cumplimiento de entidades estatales No. CEST-2283, en la que participaron ambas entidades, SUEJE en condición de tomador de dicha póliza y Colseguros S.A., hoy Allianz Seguros, como asegurador de ella.

Además, esta judicatura observa que los reparos formulados por Allianz Seguros S.A. no dan cuenta de una omisión del llamante en el cumplimiento de dichos requisitos sino que se limitan a plantear cuestionamientos sobre la obligación de la compañía aseguradora de salvaguardar el patrimonio de quien funge como tomador de la póliza y no como beneficiario de esta, señalando que únicamente son responsables de responder por los eventuales daños y perjuicios sufridos por parte del INVÍAS, en razón del incumplimiento de las obligaciones contraídas por SUEJE en el convenio interadministrativo objeto de la demanda.

Así, este Despacho, atendiendo al objeto o finalidad del llamamiento en garantía, esto es, que al momento en que el fallador decida sobre la relación entre demandante y demandado también decida sobre la relación entre llamante y llamado, no acogerá los argumentos del recurrente, pues estos corresponden a un tema de fondo de la demanda y, por lo tanto, será resuelto en la sentencia.”

En esta etapa, el código procesal solo requiere que entre el llamante y el llamado exista una relación sustancial y se cumplan los requisitos formales del llamamiento.

La empresa transportadora demostró que tiene una relación contractual con la llamada, así como los demás requisitos exigibles, por lo que se ha de revocar la decisión respecto a la empresa Transportes Gran Caldas S.A.

En el caso del caso del señor Fabián Valencia Flórez, aunque no figura como parte del contrato de seguro, pero sí copropietario del vehículo causante del accidente investigado (f. 51 c.1) la póliza señaló que la empresa de seguros se obligaba al “AMPARO DE ASISTENCIA JURÍDICA TANTO AL PROPIETARIO DEL VEHÍCULO ASEGURADO, COMO A SU CONDUCTOR Y A LA ENTIDAD TOMADORA DE LA ASISTENCIA...”, lo cual constituye una estipulación a favor de terceros.

Por muy precaria que parezca esta obligación, se concreta en una relación sustancial que vincula al copropietario con la aseguradora, quien se obligó a proveerle de la asistencia jurídica, y puede verse reflejada en aspectos procesales como el pago de costas.

En ese sentido, la Sala encuentra, que le asiste razón al libelista respecto a la relación contractual entre la Empresa de Transportes Gran Caldas S.A frente a la Aseguradora la Equidad Seguros Generales O.C., y por ende, la procedencia de admitir el llamamiento en garantía solicitado.

En consecuencia, se modificará el auto dictado el 15 de noviembre de 2019, proferido Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, respecto al objeto de apelación.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales tercero y cuarto del auto proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, proferido el 15 de noviembre del 2019, por el cual se negó el llamamiento en garantía frente a la Compañía Equidad Seguros Generales O.C., solicitado por la empresa de Transportes Gran Caldas S.A., y el señor Fabián Valencia Flórez, el cual será del siguiente tenor:

“Tercero: Admitir el llamamiento en garantía formulado por la Empresa de Transportes Gran Caldas S.A., frente a la Equidad Seguros Generales O.C. conforme a lo expuesto en la presente providencia.

Cuarto: Admitir el llamamiento en garantía formulado por el señor Fabián Valencia Flórez, frente a la Equidad Seguros Generales O.C. conforme a lo expuesto en la presente providencia.

Los llamantes deberán cumplir las mismas obligaciones impuestas en el inciso segundo del numeral segundo de este acto judicial.”

SEGUNDO: EJECUTORIADA esta providencia, REMÍTASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 173
FECHA: 27/09/2021
HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, Septiembre veinticuatro (24) de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 138

Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: María Doris Londoño Jaramillo y Otros
Demandado: Empocaldas S.A. E.S.P., y Otros
RADICADO: 1700133390062018-00487-02

Asunto

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la empresa Efigas Gas Natural S.A., ESP., contra la providencia proferida el 26 de agosto de 2019, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales que resolvió llamamientos en garantía por los sujetos procesales y entre ellos denegó el formulado por la empresa apelante frente a Astro Proyect S.A.S. (fs. 1717-1719, c1E).

La demanda

En la demanda se solicita como pretensión la declaración de responsabilidad administrativa y solidariamente, en contra de la accionadas por los perjuicios ocasionados a los demandantes por los hechos ocurridos el 6 de octubre de 2017, por la ejecución de obras que conllevaron una conflagración causada por el rompimiento de una tubería del servicio de gas. (fs. 6- 67, c1).

Llamamiento en Garantía formulado por Efigas Gas Natural S.A., E.S.P.

Frente al caso que nos ocupa, la empresa Efigas S.A., E.S.P., solicitó llamamiento en garantía frente al Constructor e Interventor de Proyectos Astrid S.A.S., Astroproyect S.A.S., en calidad de contratista para la reposición de tubería de acueducto en la carrera 4 entre calle 13 y 13 BIS.

Dicha vinculación la fundamenta en que la empresa Astroproyect SAS, omitió las recomendaciones de seguridad dadas por Efigas, consistentes en que antes de realizar cualquier excavación, era necesario realizar “APIQUES”, que consiste en excavaciones perpendiculares al eje de la tubería de gas, realizados de forma manual, sin maquinaria, con una profundidad de 1 metro para con esto determinar ubicación exacta de la tubería y poder hacer uso de la maquinaria en zonas que no revistan riesgo.

Señaló que, por el contrario, decidió utilizar maquinaria pesada, como fue la Retroexcavadora, omitiendo las prevenciones que fueron indicadas por

personal de la empresa Efigas Gas Natural. Y, precisó, en caso de existir responsabilidad, la sociedad contratista debe responder frente al llamante por ser la encargada de ejecutar la obra. (fs. 1264-1265, c1D).

Apelación de providencia

Mediante auto del 26 de agosto del 2019¹, la togada de primera instancia, negó el llamamiento en garantía formulado por la empresa Efigas S.A., ESP., frente al Constructor e Interventor de Proyectos Astrid S.A.S., Astroproyect S.A.S, sustentado en que el llamante no acreditó vínculo legal o contractual por el cual, el llamado estaría obligado a reparar el perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia.

Recurso de Apelación

Mediante memorial suscrito por el apoderado de la empresa Efigas Gas Natural S.A. ESP², interpuso recurso de apelación contra el auto que negó el llamamiento en garantía formulado frente a Constructor e Interventor de Proyectos Astrid S.A.S., Astroproyect S.A.S., (fs. 1726-1728, c1E).

Como motivo de inconformidad, señaló que, de acuerdo a los hechos tercero, quinto, y octavo de la solicitud de llamamiento se desprende la obligación del llamado Astroproyect S.A.S., en cuanto a la responsabilidad solidaria que le asisten, por los supuestas acciones y omisiones que pueden dar lugar a una indemnización por perjuicios por parte de Efigas Gas Natural y otras entidades.

Consideraciones

Competencia

El Despacho decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto que negó la vinculación, de conformidad con los artículos 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 243.7 del CPACA, y 86 de la ley 2080 de 2021.³

La atención de la Sala Unitaria se centra en determinar si es procedente la admisión del llamamiento en garantía formulado por la empresa Efigas Gas Natural S.A., E.S.P, frente al Constructor e Interventor de Proyectos Astrid S.A.S., Astroproyect S.A.S.

Para resolver la procedencia o no de la solicitud, es pertinente señalar frente al particular los presupuestos normativos y jurisprudenciales, que rigen el tema en cuestión.

Premisas normativas y jurisprudenciales:

¹ Fs. 1717-1719, c1.

² Fs. 17626-1728, c1.

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA- SUBSECCIÓN A- Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO- Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 05001-23-33-000-2016-00325-01 (60746)

Para resolver lo pertinente la Figura del llamamiento en garantía se encuentra prevista en el artículo 225 de la Ley 1437 de 2011 en lo pertinente dispone:

“Artículo 225. Llamamiento en Garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado. (...)”

Del precepto normativo transcrito, se tiene que dicha figura jurídica procede solo con la afirmación del interesado en advertir el derecho legal o contractual frente a un tercero la reparación del perjuicio de forma parcial o total del pago.

Por su parte, la postura de ésta Corporación⁴, sobre la procedencia del llamamiento en garantía previsto en el CPACA, ha considerado como exigencia únicamente la mera afirmación de la existencia del vínculo legal o contractual, se debe precisar que el llamamiento debe cumplir con los requisitos propios de la demanda contenido en los artículos 162 numerales 5 y 166 del CPACA, por ello resulta necesario aportar la prueba o documento que sirve de soporte del derecho que se tiene, para llamar en garantía.

Por su parte, la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado⁵, ha precisado sobre la procedencia y los requisitos para la admisión del llamamiento en garantía, al respecto, señaló:

“ (...) El llamamiento en garantía tiene ocurrencia cuando entre la parte o persona citada y la que hace el llamamiento existe una relación de orden legal o contractual, con el fin de que aquella pueda ser vinculada a las resultas del proceso, para que en caso de que efectivamente se declare la responsabilidad de la demandada, el juez decida sobre la relación sustancial existente entre el llamante y el llamado en garantía, cuestión que puede dar lugar a una de dos situaciones: a) concluir que el llamado en garantía no está obligado a responder, ante lo cual se decidirá que no se le atribuye responsabilidad o b) concluir que le asiste razón al demandado frente a la obligación que tiene el llamado en garantía de reparar los perjuicios, caso en cual se debe determinar el alcance de su responsabilidad y el porcentaje de la condena que deberá restituir a la parte demandada con cargo a lo que esta

⁴ Tribunal Administrativo de Caldas, M.P. Dr. Luis Eduardo Collazos Olaya, rad. 17-001-33-33-001-2014-00002-02, providencia del 9 de diciembre de 2016.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, M.P. Dra. María Adriana Marín, rad. doce (12) de septiembre de 2019., 05001-23-33-000-2016-00151-02(62829).
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2142014>

pague al demandante.

En consonancia con lo anterior, la demostración del derecho legal o contractual en que se funda la petición de llamamiento tiene como razón el derecho que surge para el llamante de exigir la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reintegro del pago que tuviere que hacer en virtud de la sentencia condenatoria que eventualmente llegue a proferirse en su contra, de manera que en la misma sentencia se resuelva tanto la litis principal como aquella que se traba de forma consecencial entre llamante y llamado, por razón de la relación sustancial existente entre ellos.(...)”

(...)

Ahora, en relación con la exigencia de que en el escrito de llamamiento se expongan los hechos en que se apoya la citación del tercero y los fundamentos de derecho que sustenten la actuación, se ha precisado que tiene por finalidad establecer los extremos y elementos de la relación sustancial que se solicita sea definida por el juez, así como ofrecer un fundamento fáctico y jurídico mínimo del derecho legal o contractual en que se apoya el llamamiento, en orden a que la invocación de ese instrumento procesal sea serio, razonado y responsable y, al propio tiempo, se garantice el derecho de defensa de la persona que sea citada en tal condición al proceso”. (rft)

Del precepto citado, se colige que una de las exigencias normativas y jurisprudenciales para acceder al llamamiento en garantía es la existencia de una relación legal o contractual, entre el llamante y el llamado, con el fin de resolver la relación sustancial existente entre éstos, y definir de manera razonable la intervención en el proceso, en aras de salvaguardar el derecho de defensa.

Caso concreto

La por la empresa Efigas Gas Natural S.A., ESP, considera que el Constructor e Interventor de Proyectos Astrid S.A.S., Astroproyect S.A.S, debe ser llamada en garantía dentro del proceso del presente proceso, toda vez que le asiste responsabilidad por acción y omisión por los hechos ocurridos y las pretensiones solicitadas, al participar como contratista en la reposición de la tubería de acueducto en la zona de conflagración.

En el caso sub *examine*, el Despacho advierte que de los argumentos expuestos en el escrito de llamamiento en garantía hecho por la empresa Efigas S.A., E.S.P., no se colige la existencia de un nexo causal o contractual, con el fin de vincular a la llamada al proceso bajo estudio, pues el solo hecho de participar como contratista en el lugar de los hechos, no permite inferir que entre la llamante y la sociedad Astroproyect S.A.S, se haya generado un vínculo contractual o jurídico que permita inferir que existe responsabilidad frente a la llamante.

Se reitera, que para que proceda el llamamiento en garantía debe coexistir una relación sustancial entre el llamante y el llamado para que se genere una obligación a cargo de este último, pues de no existir dicha relación, el

interviniente no responderá por los perjuicios ocasionados, ni efectuará el pago que pudiere ser impuesto en una sentencia condenatoria.

En ese sentido, para la Sala no es procedente el llamamiento en garantía solicitado por la Efigas Gas Natural S.A., ESP, razón por la que se confirmará el auto del 26 de agosto de 2019, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales,

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, proferido el 26 de agosto de 2019, por el cual se negó el llamamiento en garantía frente al Constructor e Interventor de Proyectos Astrid S.A.S., Astroproyect S.A.S, solicitado por la empresa Efigas Gas Natural S.A., ESP

SEGUNDO: EJECUTORIADA esta providencia, REMÍTASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>
No. 173
FECHA: 27/09/2021
HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, septiembre veinticuatro (24) de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 139

Asunto:	Auto decide excepciones
Medio de control:	Reparación Directa
Radicación:	17001-33-33-003-2018-00092-02
Demandante:	Mario Vásquez Hurtado, Martha Lucía Vásquez Hurtado y Diego Vásquez Hurtado
Demandados:	Ese Hospital San Marcos de Chinchiná, Eps Servicio Occidental de Salud y la Caja de Compensación Familiar de Caldas

1. Asunto

Procede el Despacho a resolver acerca del recurso de apelación formulado por los apoderados judiciales de las entidades Servicio de Occidente de Salud, Caja de Compensación Familiar Caldas -Confa y la Asegurado Allianz Seguros S.A., frente a la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en la audiencia inicial en declarar infundada la excepción de caducidad propuesta por las accionadas.

2. La demanda

En la demanda se solicitó como pretensión condenar a las entidades demandadas por los perjuicios causados por la presunta falla administrativa, en la atención del servicio médico que originó la amputación del tercio proximal de la tibia izquierda en la pierna del señor Mario Vásquez Hurtado.

3. Decisión de Excepciones en Audiencia Inicial¹

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito, el pasado cinco (05) de marzo del 2020, celebró audiencia inicial consagrado en el artículo 180 del CPACA, y resolvió los medios exceptivos previos propuestos por las accionadas.

Los apoderados judiciales de las entidades Servicio Occidental de Salud S.A., Caja de Compensación Familiar de Caldas CONFA y la aseguradora Alianza Seguros S.A,

¹ Folios 867-869, c1D.

propusieron la excepción mixta denominada “caducidad de la acción”.

4. Decisión del Juzgado

El funcionario judicial, señaló que el término de caducidad debe contarse a partir del día siguiente al **22 de diciembre de 2015**, fecha en que se llevó a cabo la cirugía denominada amputación infracondilea de miembro inferior izquierdo, acción que concretó el daño. Asimismo, expuso, que la demanda se interpuso dentro del término oportuno, dado que la solicitud de conciliación se presentó el 19 de diciembre de 2017, restando tres (3) días del término de caducidad, el cual se reinició el 1 de marzo de 2018 y culminó el 3 de marzo.

5. Apelación de la decisión

Las entidades sustentaron la excepción propuesta, inicialmente Servicio de Occidente, precisó que la caducidad empieza a contar desde el momento en que se generó el daño, para el caso lo fue **el 18 de julio de 2014**, sin embargo, conforme a la constancia proferida por la Procuraduría 179 Judicial I para asuntos Administrativos se radicó 3 años y 5 meses después de la ocurrencia del supuesto hecho dañoso.

De otro lado, la Aseguradora Allianz Seguros S.A., indicó que la caducidad de la acción, empieza a contabilizarse el **día 29 de julio del año 2014**. Y, para la fecha en que se radicó la solicitud de conciliación ante la Procuraduría 179 Judicial, ya habían transcurrido más de dos (2) años, desde la fecha que se tuvo conocimiento del daño.

Y por su parte, la Caja de Compensación Familiar – CONFA-, explicó que el origen de los hechos surge de la atención recibida por el señor Mario Vásquez en el Hospital San Marcos, y posteriormente en **el año 2014**, en la Clínica San Marcel de la Caja de compensación familiar. Que durante el transcurso de este lapso de tiempo es donde se discute la presunta falla del servicio. Y, la fecha del **mes de diciembre 2015, radica solamente en la materialización de unas secuelas**, pero no está cuestionada. Entonces, si la demanda, se centra en las presuntas actividades que llevaron a omisiones en el año 2014, y la demanda se instauró en el año 2017, se presentó el fenómeno de la caducidad.

5. Consideraciones

Competencia

El Despacho decide el recurso de apelación interpuesto contra la decisión que declaró infundada la excepción caducidad del medio de control, de conformidad con los artículos 153 y 180 del CPACA, modificado por el artículo 40 de la Ley 2080 de 2012. Aunado a que la decisión a adoptarse no implica la terminación del proceso.²

Problema Jurídico

El problema jurídico se contrae en determinar si es procedente declarar probada la excepción denominada “caducidad”, propuesta por los apoderados judiciales de las

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil veinte (2020) Radicación número: 70001-23-33-000-2015-00403-02 (65107)

entidades Servicio Occidental de Salud S.A., Caja de Compensación Familiar de Caldas CONFA y la aseguradora Alianza Seguros S.A

Sobre la caducidad

La caducidad representa la extinción de la oportunidad de quien pretende controvertir la existencia de un derecho en sede judicial, cuando ha transcurrido el tiempo para interponer un medio de control previsto en la ley. Dicho fenómeno está concebido para desarrollar el principio de seguridad jurídica bajo los criterios de racionalidad y suficiencia temporal³, como una sanción como consecuencia del transcurso del tiempo, sumado a la inactividad del interesado en acudir a la administración justicia.

En cuanto a los plazos que deben interponerse el medio de control previsto en el literal d) del numeral 2º del artículo 164, determina el término que se debe instaurar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, este dispone:

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

(...)

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

i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados 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.

Sin embargo, el término para formular la pretensión de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición;

Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴, ha precisado los eventos desde el cual se debe realizar el conteo del término de caducidad del medio de control de reparación directa cuando se presenta la atención médica, al respecto señaló:

*“En materia médico - sanitaria la regla general se mantiene inalterable, esto es, que el cómputo del término inicia a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho, omisión u operación que desencadena el daño, lo cierto es que existen dos supuestos en los cuales el citado principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal hace que se aligere o aliviane la disposición del numeral 8 del artículo 136 del C.C.A.; estos dos hipótesis son: **i) hasta tanto la persona no***

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B CP. Dr. César Palomino Cortés del 12 de septiembre de 2019. Rad. 25000-23-42-000-2015-01191-01(0043-16).

⁴ Consejo de Estado, sentencia del 24 de marzo de 2011, MP. Enrique Gil Botero. Radicado **05001-23-24-000-1996-02181-01(20836)**

tenga conocimiento del daño, al margen de que el hecho o la omisión médica se haya concretado en un día distinto o años atrás del momento en que se establece la existencia de la lesión antijurídica y ii) cuando existe un tratamiento médico que se prolonga en el tiempo y respecto del cual se le genera al paciente una expectativa de recuperación. En el segundo escenario el paciente tiene pleno conocimiento del daño pero el servicio médico le brinda esperanzas de recuperación al someterlo a un tratamiento que se prolonga en el tiempo. En este tipo de circunstancias, el conteo de la caducidad no inicia hasta tanto no se haya proferido el diagnóstico definitivo del paciente; entonces, si el paciente padece el daño y, por lo tanto, conoce el hecho o la omisión y el daño antijurídico, pero no ha sido expedido un diagnóstico concluyente, sino que, por el contrario es parcial o temporal, no es posible radicar en cabeza de la persona el deber de demandar o accionar puesto que no conoce, hasta el momento, las condiciones de la lesión, esto es, si es definitiva, temporal, parcial, total, reversible o irreversible, etc. Es necesario insistir que el matiz introducido sólo tiene aplicación sobre la base de que la demanda se relaciona con la responsabilidad extracontractual del servicio sanitario, salvedad que quedó contenida en la sentencia de 14 de abril de 2010. (...) en el caso concreto la caducidad no hace parte del debate probatorio y, además, la interposición de la acción fue en tiempo porque los dos años empezaron a contarse desde noviembre de 1994, fecha en la que fue extraído el oblito.

De las preceptivas normativas y jurisprudenciales, se colige que para determinar el término de caducidad del medio de control de reparación directa cuando es derivada de la atención médica, se debe verificar no solo la fecha en que se produjo el daño o se tuvo conocimiento del mismo, dado que puede concretarse en un día distinto o años atrás, desde el momento que se establezca la lesión antijurídica o por el contrario, cuando se prologue en el tiempo, en este caso debe contarse con un diagnóstico contundente que defina el estado del paciente.

En cuanto a la falla médica frente a omisiones en el tratamiento, cuyas consecuencias se concretan posteriormente a la supuesta causa del daño, el Consejo de Estado aclaró que “... al tratarse de casos relacionados con daños que sólo se conocen de forma certera y concreta con el discurrir del tiempo y con posterioridad al hecho generador, esta circunstancia impone en aras de la justicia que se deba contar el término de caducidad a partir del conocimiento que el afectado tiene del daño.”⁵

Caso concreto

La demanda pretende la declaratoria de responsabilidad por los daños ocasionado al señor Mario Vásquez Hurtado, y su grupo familiar, por la presunta falla en la prestación del servicio médico, que ocasionaron **los diagnósticos de necrosis en su pie izquierdo, así como osteomielitis, y que condujeron a la práctica del procedimiento de amputación transtibial del miembro izquierdo, el cual fue realizado el pasado 22 de diciembre de 2015.**

Una vez revisada las anotaciones en la historia clínica, se observa que el paciente Mario Vásquez Hurtado, se le ha brindado atención médica desde **el 6 de junio de**

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON Bogotá, D. C, veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011) Radicación número: 19001-23-31-000-1997-08009-01(20316)

2014⁶, con ocasión al accidente sufrido que produjo deformidad en el tobillo y por lo cual fue inicialmente valorado por especialidad en Ortopedia. Luego, con posteriores diagnósticos de úlcera en extremidad, que fue manejada con cirugía plástica con injertos y necrosis de astrágalo con gammagrafía fractura ósea, con osteomielitis de cuello de pie izquierdo, entre otras. Conllevaron a la realización del procedimiento de amputación infracondilea.

Conforme a lo precitado, se tiene que los hechos que produjeron el daño de acuerdo a la atención médica, **se originaron desde el año 2014**, fecha en la cual el paciente sufrió de una fractura de tobillo izquierdo, y posteriormente, tuvo diversas atenciones como consecuencia de la evolución de la enfermedad, que condujeron a la agravación de la patología que desencadenaron en los diagnósticos ya referidos, y finalmente la necesidad del procedimiento de amputación infracondilea del tercio proximal de la tibia izquierda ocurrido el 22 de diciembre de 2015.

Entonces, se colige que si bien, el actor le fue ordenados exámenes y procedimientos quirúrgicos, atendiendo al diagnóstico por el cual inicialmente solicitó los servicios de las instituciones hospitalarias. El presunto daño alegado, el cual fundamenta las pretensiones de la demanda, se originó con **el procedimiento quirúrgico de amputación infracondilea del tercio proximal de la tibia izquierda ocurrido el 22 de diciembre de 2015**, fecha desde la cual debe contarse la caducidad del medio del control.

Teniendo en cuenta lo anterior, la parte actora tenía hasta el 23 de diciembre de 2017 para instaurar la demanda; luego, ante la presentación el día 19 de diciembre de 2017, de la solicitud de conciliación ante la Procuraduría 179 Judicial para Asuntos Administrativos, se interrumpieron los términos por espacio de tres (3) días. Y habiéndose expedido la constancia de conciliación el día 28 de febrero de 2018, tenía hasta el 5 de marzo de 2018 para la presentación. Dado que la demanda se presentó el 1 de marzo de dicha data se tiene que fue presentada dentro del término oportuno, sin que hubiese operado el fenómeno de la caducidad del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR, la decisión proferida el pasado 5 de marzo de 2021, por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en denegar la prosperidad de la excepción de caducidad, propuesta por las entidades Servicio Occidental de Salud S.A., Caja de Compensación Familiar de Caldas CONFA y la aseguradora Alianza Seguros S.A., conforme a los argumentos expuestos en este proveído.

Segundo. EJECUTORIADA esta providencia, REMÍTASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el Programa Justicia Siglo XXI.

⁶ Fs. 33 y ss, C1, historia clínica.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 173

FECHA: 27/09/2021

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario