



BOLETÍN

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE

¡JURISPRUDENCIA AL ALCANCE DE TODOS!

@tribadcasanare

#BoletínTAC 



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE ©

Dra. Aura Patricia Lara Ojeda
Presidente

Dra. Inés del Pilar Núñez Cruz
Vicepresidente

Dr. José Antonio Figueroa Burbano
Magistrado

Dra. Gina Heleniet Rivera Peña
Secretaria General

Dr. Ivan Humberto Galvis Macias
Relator

Boletín 003

Fecha de publicación: 17 de marzo de 2023

Período providencias: **Febrero de 2023.**

Contenido

PRESENTACIÓN.	6
PROVIDENCIAS.	8
AUTOS.	8
Derogatoria de cláusula compromisoria no opera de manera tácita, se requiere solemnidad.....	8
Autos que libran mandamiento de pago y embargan sumas de dinero en cobro coactivo no son susceptibles de control jurisdiccional.	9
Suspensión provisional del acto demandado solamente es procedente ante solicitud debidamente sustentada.	11
Acto administrativo de calificación que eliminó al demandante de concurso docente es susceptible de control jurisdiccional.	13
ACCIONES CONSTITUCIONALES.	16
ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO.	16
Acuerdo de voluntades privado no corresponde a un acto administrativo que sea susceptible de control a través del medio de control de cumplimiento.....	16
No ejercer la demanda ordinaria de manera oportuna no habilita para reclamar a través de acción de cumplimiento.	18
ACCIÓN DE TUTELA.	21
Hecho superado por expedición de CDP y reprogramación de vacaciones de empleado de la Rama Judicial.	21
Cuando reemplazo es necesario falta de expedición de CDP para concesión de vacaciones afecta administración de justicia y derechos fundamentales del empleado judicial.	22
EPS debe cubrir gastos de transporte por tratarse de sujeto de especial protección y condición de pobreza.	25
Disfrute y goce de las vacaciones es un derecho fundamental que no se puede ver truncado por necesidades del servicio.....	28
MEDIOS DE CONTROL ESPECIALES.	32
NULIDAD ELECTORAL.	32
Nulidad de acto de elección proferido por la mesa directiva del Concejo de Yopal por incumplimiento de términos del reglamento interno de la corporación.....	32
RECURSO DE INSISTENCIA.	36
Información de inteligencia y contrainteligencia goza de reserva, pero puede pedirse como prueba en proceso judicial.	36

Información pública clasificada debió ser entregada a peticionaria a través de una versión pública.	39
MEDIOS DE CONTROL ORDINARIOS.....	43
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.....	43
Obligación del Departamento de Casanare frente a contrato de supervisión fue pagada en exceso.....	43
Decreto liquidación judicial de acuerdo conciliatorio suscrito para la construcción de PTAP de Yopal.....	46
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.	49
Hijos y cónyuge prevalecen para reconocimiento de pensión de sobrevivientes de soldado caído en combate.	49
No procede reliquidación de la pensión pues IBL no fue objeto de régimen de transición de la Ley 100 de 1993.....	53
Orden de reintegro sin solución de continuidad implica el pago de todos los salarios dejados de percibir desde la desvinculación ilegal.	55
Cargos de libre nombramiento y remoción no gozan de fuero o estabilidad laboral reforzada.....	58
Prima de riesgo de expleados del DAS no es factor salarial sino a partir de la vinculación a otras plantas de personal.....	62
Se acreditaron elementos de relación laboral de operario de mantenimiento estadio de Yopal.....	64
Se acreditó subordinación de auxiliar de archivo de la oficina jurídica de la gobernación de Casanare.....	69
Demandante debe aportar con la demanda documentos que prueban su legitimación.	73
Licencia de maternidad de trabajadora independiente debe ser cobrada por esta a la EPS.....	75
Cargo de registrador departamental es de libre remoción por lo tanto acto administrativo de declaratoria de insubsistencia debe ser motivado.	77
Vinculación legal y reglamentaria de docente fue posterior a 1 de enero de 1990 por lo que aplica el régimen anualizado de cesantías.	81
Prima de riesgo de expleados del DAS no es factor salarial sino a partir de la vinculación a otras plantas de personal.....	83
Prima de riesgo de expleados del DAS no es factor salarial sino a partir de la vinculación a otras plantas de personal.....	85
REPARACIÓN DIRECTA.....	88
Conductor de vehículo oficial no transgredió norma de tránsito porque tenía la prelación vial.	88



Término de caducidad por lesiones personales se cuenta a partir de que la víctima conoció del daño, no de la fecha en que se determinó su alcance.	90
I.P.S. es responsable por error en diligenciamiento de historia clínica en caso de óbito fetal.	93
Falla del servicio por incumplir posición de garante al no cumplir con deber de seguridad y protección.	96



PRESENTACIÓN.

La Relatoría del Tribunal Administrativo de Casanare, en nombre de la Corporación Judicial y de los Honorables Magistrado y Magistradas que la integran, extiende a los miembros de la jurisdicción contencioso administrativa, a los miembros de las instituciones públicas y privadas de la región y del país, a los miembros de la comunidad jurídica y a la comunidad casanareña en general un cordial saludo.

A través del presente Boletín ponemos a disposición de todos ustedes el contenido resumido de un conjunto de providencias proferidas por la Corporación Judicial, debidamente notificadas en el mes de febrero de 2023, que se clasifican en cuatro secciones de la siguiente manera: i) autos, ii) acciones constitucionales, iii) medios de control especiales y iv) medios de control ordinarios.

En la primera sección el lector encontrará diversidad de temas abordados por la Corporación en autos interlocutorios en los que, entre otros, se resolvieron asuntos referentes a la excepción de falta de jurisdicción cuando la cláusula compromisoria no se deroga cumpliendo la misma formalidad para su constitución, la naturaleza de los actos administrativos que libran mandamiento de pago y decretan medidas cautelares al interior de procesos de cobro coactivo, la necesidad de sustentar debidamente la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo demandado y el carácter definitivo de los actos administrativos que publican la calificación eliminatoria de un participante en un concurso de méritos.

En la sección de acciones constitucionales resulta relevante la decisión a través de la cual la Corporación Judicial precisa que el no ejercicio de las acciones ordinarias en el término previsto en la Ley no es una causal de habilitación para perseguir intereses individuales a través de la acción de cumplimiento, así como providencias de tutela que reconocen y garantizan el derecho al descanso remunerado de empleados de la rama judicial, entre otras.

Frente a los medios de control especiales se presenta una decisión tomada en primera instancia por el Tribunal en la que declara la nulidad del acto de elección de la mesa directiva del Concejo municipal de Yopal por no haber aplicado de manera estricta las disposiciones que regulan las sesiones en el reglamento interno del Concejo, así como dos decisiones proferidas por la Corporación en las que se deciden recursos de insistencia frente al carácter reservado de la información de inteligencia y contrainteligencia del Estado, así como el mismo carácter de que gozan algunos documentos en algunas etapas del proceso disciplinario.

Por último, en la sección de medios de control ordinarios se presentan providencias proferidas dentro del medio de control de controversias contractuales, un nutrido compendio de providencias que abordaron diversas situaciones de derecho laboral

administrativo en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, así como decisiones expedidas en el medio de control de reparación directa relativas a la responsabilidad del Estado por el ejercicio de actividades peligrosas, responsabilidad médica por óbito fetal y responsabilidad por incumplimiento de la posición de garante frente al deber de seguridad y protección, entre otras.

Las providencias que aquí se presentan pueden ser descargadas a través de diversos mecanismos de consulta jurisprudencial entre los que se encuentran: i) el enlace directo de notificación de la providencia respectiva, que se adjunta en el acápite de identificación de cada decisión, mediante el cual el lector podrá acceder a la providencia original y en la cual podrá identificar la autenticidad de su contenido; y ii) el aplicativo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura para la divulgación de providencias de los Tribunales cuyo acceso se encuentra a disposición del público en el portal web de la Rama Judicial, a través del siguiente enlace: <https://ratiojurisprudencia.ramajudicial.gov.co/Jurisprudencia/>

En la Sección de Consulta de Jurisprudencia de Tribunales Administrativos, el lector podrá acceder a la providencia cargada consultando por descriptores y restrictores, por el número del proceso o por otros datos de la providencia respectiva. El documento que allí puede descargarse corresponde a una copia en formato Word de la providencia original, que ha sido modificado única y exclusivamente para la incorporación de los descriptores y restrictores que resumen el contenido de cada decisión.

Por lo anterior, desde el Tribunal Administrativo de Casanare esperamos que los mecanismos de difusión jurisprudencial que se presentan a través de diversos medios faciliten el acceso de la comunidad al trabajo desarrollado por la Corporación Judicial en la noble tarea de administrar justicia y, de esta manera, permitan cumplir el cometido sustancial que la Ley ha atribuido a esta Relatoría y que se resume en nuestro slogan: ***¡Jurisprudencia al alcance de todos!***

Atentamente,



IVAN HUMBERTO GALVIS MACIAS

Relator.

Tribunal Administrativo de Casanare.

Carrera 14 No. 13 - 60, Tercer Piso.

Palacio de Justicia - Yopal, Casanare.

Correo electrónico:

relatortadmincnare@cendoj.ramajudicial.gov.co

PROVIDENCIAS.

AUTOS.

Derogatoria de cláusula compromisoria no opera de manera tácita, se requiere solemnidad.

RADICACIÓN: 850012333000-202200013-00.

MEDIO DE CONTROL: Controversias contractuales.

DEMANDANTE: Unión Temporal SORMAG 2014.

DEMANDADO: Instituto De Vivienda, Gestión Urbana y Rural de Yopal 2020 “INDEV”.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Inés del Pilar Núñez Cruz.

FECHA PROVIDENCIA: Nueve (09) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/135238719/850012333000-202200013-00.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: La Unión Temporal SORMAG 2014 acude al medio de control de controversias contractuales con el fin de que se declare la mayor permanencia de obra en contra del Instituto de Vivienda, Gestión Urbana y Rural de Yopal 2020 INDEV derivado de un contrato suscrito por las partes. La aseguradora llamada en garantía exceptuó de fondo alegando la existencia de cláusula compromisoria y el Departamento de Casanare, también llamado en garantía, exceptuó la falta de competencia del Tribunal Administrativo de Casanare.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Se debe declarar probada la excepción de falta de competencia cuando las partes de un contrato estatal pactaron la cláusula compromisoria?

TESIS:

CLÁUSULA COMPROMISORIA O PACTO ARBITRAL / Características / Es un acto solemne que debe constar por escrito / Toda modificación debe constar por escrito.

(...) en relación con las características de la cláusula compromisoria o pacto arbitral el H. Consejo de Estado, señaló: “[L]a decisión de acudir al arbitramento es libre y voluntaria, en tanto emana de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que el pacto debe ser expreso y no puede devenir de interpretaciones. (...) En segundo lugar, el pacto arbitral es solemne, por lo que siempre debe constar por escrito. (...) De este modo, como el acuerdo arbitral goza de una solemnidad ad substantiam actus, toda modificación o acuerdo que busque restarle efecto, debe gozar de las

mismas características, esto es, debe ser expreso y debe constar por escrito. (...) En tercer lugar, el pacto arbitral goza de plena autonomía frente al negocio jurídico principal, por lo que puede subsistir, incluso, frente a la declaratoria de nulidad o de inexistencia del contrato objeto de la controversia. (...) En cuarto lugar, la decisión de acudir al arbitramento se fundamenta en el principio de planeación, en virtud del cual las actuaciones contractuales deben obedecer a razonamientos programados y preconcebidos, por lo que no pueden derivar del azar o de la improvisación. (...) Finalmente, no toda decisión puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, ya que esta no puede analizar la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las potestades excepcionales, consagradas en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993.”

CLÁUSULA COMPROMISORIA O PACTO ARBITRAL / No hay renuncia tácita si entidad demandada no formuló la correspondiente excepción / Derogatoria de la cláusula compromisoria exige las mismas formalidades para su nacimiento / Terminación del proceso por falta de jurisdicción y competencia.

(...) no puede alegarse una renuncia tácita a la cláusula compromisoria porque no haya sido el INSTITUTO DE VIVIENDA, GESTIÓN URBANA Y RURAL DE YOPAL 2020 “INDEV” en su condición de demandado el que formuló el medio exceptivo, porque el H. Consejo de Estado ha señalado: “E]l Consejo de Estado concluyó que las partes de un contrato estatal podían renunciar de forma tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, cuando una de ellas instauraba la demanda ante la jurisdicción administrativa y la otra no excepcionaba falta de jurisdicción, la Sala Plena de esta Sección unificó su criterio y señaló que la derogatoria de la cláusula compromisoria exige un pacto revestido de las mismas formalidades empleadas para su nacimiento. Concluyó que, así como las partes de común acuerdo decidieron someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral mediante la celebración de un pacto expreso y solemne, estas deben proceder de la misma manera para dejarlo sin efectos, esto es, por acuerdo expreso y solemne. (...)”. Con fundamento en lo expuesto queda claro que, el Tribunal carece de jurisdicción y competencia para conocer del presente asunto dado que en la cláusula compromisoria se pactó que los conflictos que surgieran en torno al cualquier asunto referente al contrato de obra pública analizado, salvo aquellas relativas al ejercicio de las cláusulas exorbitantes de la administración, se someterían a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. Así las cosas, por existir cláusula compromisoria en el contrato objeto de la litis el competente para dirimir la controversia es el Tribunal de Arbitramento y en consecuencia dando aplicación al inciso cuarto numeral 2 del artículo 101 C. G. P. deberá declararse la terminación del proceso.

Autos que libran mandamiento de pago y embargan sumas de dinero en cobro coactivo no son susceptibles de control jurisdiccional.

RADICACIÓN: 850013333002-2022-00193-01.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho.

DEMANDANTE: OGMIOS Ingeniería Ltda.

DEMANDADO: Municipio de Yopal-Secretaría de Hacienda.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Aura Patricia Lara Ojeda.

FECHA PROVIDENCIA: Nueve (09) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/135238719/85001333300220220019301.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Acude la demandante al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales la Secretaría de Hacienda de Yopal emitió mandamiento de pago dentro del proceso administrativo por el cual se impuso sanción por no declaración del ICA, emitió mandamiento de pago con fundamento en la liquidación oficial por el mismo impuesto y por los cuales se decretó el embargo y retención de dineros del demandante. El Juez administrativo de primera instancia decidió rechazar la demanda al considerar que ninguno de los actos demandados es susceptible de control jurisdiccional, lo cual suscitó la interposición del recurso de apelación de la demandante quien argumentó que los actos demandados no le fueron notificados por lo cual no pudo ejercer sus derechos de contradicción y defensa, configurándose una vulneración de su derecho fundamental al debido proceso

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Los actos demandados en el presente medio de control son susceptibles de control judicial?

TESIS:

AUTOS SUSCEPTIBLES DE APELACIÓN / Auto que rechaza la demanda / Apelable desde la vigencia de la Ley 2080 de 2021.

En primera medida, es necesario precisar que el recurso de apelación incoado por la parte demandante en contra de la decisión adoptada en auto de 24 de octubre de 2022, se interpone en vigencia de la Ley 2080 de 25 de enero 2021 que modificó el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, que incluye dentro de los autos apelables el que rechace la demanda. Teniendo en cuenta que en el presente asunto, el recurso de alzada se interpone contra el auto que rechazó la demanda, emitido el 24 de octubre de 2022, la apelación resulta procedente y se presentó en la oportunidad debida – 28 de octubre de 2022-, pues la decisión objeto del mismo se notificó el 25 de octubre de 2022; por tanto, se analizarán los motivos de la inconformidad de la recurrente.

PROCESO ADMINISTRATIVO DE COBRO COACTIVO / Autos que libran mandamiento de pago y ordenan embargo de dineros son actos que dan impulso al proceso / No son susceptibles de control jurisdiccional / Procede rechazo de la demanda.

(...) la Sala advierte que las anteriores decisiones no son actos definitivos en tanto que no deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, en tal sentido y de conformidad con el artículo 101 de la Ley 1437 de 2011, el artículo 835 del Estatuto Tributario y los pronunciamientos del Consejo de Estado que fueron citados en el acápite de premisas jurídicas, estos no resultan susceptibles de control judicial, es decir que no son demandables ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. De igual manera, se observa que las resoluciones que ordenaron el embargo y retención de dineros que no fueron aportadas con la demanda, no son actos administrativos enjuiciables, ya que como ocurre con los que libran mandamiento de pago sólo impulsan el proceso administrativo coactivo. En tal sentido, como lo dispuso el a quo en la providencia recurrida es procedente rechazar la demanda dando aplicación al numeral 3 del artículo 169 de la Ley 1437 de 2011.

Suspensión provisional del acto demandado solamente es procedente ante solicitud debidamente sustentada.

RADICACIÓN: 850012333000-202200130-00.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho.

DEMANDANTE: Lidia Marleny Camargo Segura.

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil "AEROCIVIL".

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Inés del Pilar Núñez Cruz.

FECHA PROVIDENCIA: Veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/136805001/850012333000-202200130-00.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Acude la demandante al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales la Aeronáutica Civil le impuso una sanción disciplinaria, requiriendo de la autoridad judicial el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados, con fundamento en el deber de salvaguardar los derechos fundamentales al debido proceso, la dignidad humana, el mínimo vital, la igualdad, el buen nombre y la honra, entre otros. La entidad demandada se opuso al decreto de la cautelar solicitada teniendo en cuenta que la demandante no cumplió con los presupuestos señalados en el artículo 231 del CPACA lo que significa que la solicitud no se encuentra debidamente fundada, arguyendo, además, que la demandante no logró demostrar la existencia de un perjuicio irremediable.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Es procedente decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados teniendo en cuenta los planteamientos expuestos por la parte actora en el escrito de la demanda?

TESIS:**SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO / Procedente ante solicitud debidamente sustentada.**

De conformidad con lo previsto por el artículo 230 de la C. P., la Jurisdicción Contencioso Administrativa podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establece la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial. Acorde con lo anterior, el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe que, en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto de admisión de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, puede el juez o magistrado ponente decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, sin que ello implique prejuzgamiento. (...) Conforme al artículo 231 de la misma Codificación, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones que se invoquen en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando la vulneración surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores cuya violación se deprecia o del estudio de las pruebas que se alleguen con la solicitud.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO / Procedente ante solicitud debidamente sustentada / Argumentos de parte actora no son suficientes para establecer si se incurrió en los vicios alegados / Análisis debe hacerse en la sentencia.

(...) si se revisan las pruebas que se encuentran allegadas a las diligencias y se hace una lectura integral del libelo demandatorio se determina que, no son suficientes para establecer si se incurrió o no en los vicios descritos, pues precisamente sobre estos aspectos versara el debate probatorio. Adicional a lo anterior, se observa que la solicitante no realizó una confrontación entre el acto administrativo y las normas que fueron presuntamente desconocidas, pues sus argumentos fueron abstractos, generales y soportados en criterio de parte. Así las cosas, no bastaría en el sub lite hacer una simple confrontación de los actos demandados con las normas que se consideran violadas, como lo exige el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, sino que se requiere un análisis ponderado que solo puede hacerse en la sentencia luego de superadas las etapas del proceso, por lo que se denegará la solicitud de medidas cautelares efectuada por el Mandatario Judicial del demandante.

Acto administrativo de calificación que eliminó al demandante de concurso docente es susceptible de control jurisdiccional.

RADICACIÓN: 850013333002-202000138-01.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho.

DEMANDANTE: Martin Humberto Rincón Bastidas.

DEMANDADO: La Nación – Ministerio De Educación Nacional “MEN” e Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación “ICFES”.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Inés del Pilar Núñez Cruz.

FECHA PROVIDENCIA: Veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/136805001/850013333002-202000138-01.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Acude el demandante al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que se declare la nulidad del reporte de calificación obtenida en la evaluación diagnóstica formativa emitida dentro del concurso para ascender en el escalafón docente, teniendo en cuenta que el ICFES lo calificó con una evaluación no satisfactoria de 76,23% que fue ratificada mediante los actos administrativos a través de los cuales se resolvieron las reclamaciones interpuestas y que también fueron objeto de la demanda. La entidad demandada se opuso a las pretensiones defendiendo la legalidad de los actos demandados y proponiendo las excepciones de inepta demanda por incumplimiento de los requisitos formales y por indebida acumulación de pretensiones, entre otras. En tal sentido el juzgado de primera instancia decidió declarar probada la excepción de inepta demanda teniendo en cuenta que los actos demandados no son actos definitivos sino de trámite, por lo que el acto administrativo objeto de control jurisdiccional correspondía a la lista de candidatos para ascenso y ubicación, además de encontrar falencias en la demanda incoada pues en la misma no se incluyó el acápite de normas violadas y concepto de violación lo que implicó un desconocimiento de los requisitos dispuestos en el ordenamiento para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. La decisión fue recurrida por la parte actora a través de la interposición del recurso de reposición y en subsidio a apelación argumentando que los actos administrativos demandados no son de trámite pues contienen decisiones que resuelven situaciones jurídicas subjetivas y que producen efectos jurídicos, entre los que se destacan la no continuidad del demandante en el proceso de selección. El juzgado de primera instancia resolvió de manera negativa la reposición y concedió el de apelación.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Es el acto que dispuso la calificación del demandante al interior de un proceso de selección para el ascenso en el escalafón docente un acto administrativo definitivo susceptible de control jurisdiccional o por el contrario corresponde a un acto de trámite no susceptible de control? Y, en tal sentido, ¿se configura a partir de lo anterior la excepción de inepta demanda?

TESIS:

EVALUACIÓN DE CARÁCTER DIAGNÓSTICA FORMATIVA PARA ASCENSO EN EL ESCALAFÓN DOCENTE / Fundamento normativo / Surtido su trámite debe publicarse la lista de candidatos de ascenso y reubicación de quienes la superaron.

En cumplimiento a lo dispuesto en los referidos decretos, el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL expidió las Resoluciones Nos. 018407 de noviembre 29 de 2018 “Por la cual se establecen las reglas y la estructura del proceso de evaluación que tratan los artículos 35 y 36 (numeral 2º) del Decreto Ley 1278 de 2002 para el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial de los educadores oficiales regidos por dicha norma y se dictan otras disposiciones” y 008652 de agosto 14 de 2019 que modifica la anterior; y, en las mismas se prevé que, se realizará por parte de la entidad territorial certificada una convocatoria para efectuar la evaluación de carácter diagnóstica formativa “ECDF”, que los resultados obtenidos se publicaran por el ICFES en la plataforma habilitada para ese fin, que los participantes podrán realizar las reclamaciones que consideren pertinentes, las que deben ser formuladas dentro de los 5 días siguientes a la referida publicación; y, que surtido lo anterior, la entidad territorial realizará la publicación de lista de candidatos de ascenso y reubicación de quienes superaron la ECDF.

ACTOS ADMINISTRATIVOS / Clasificación / Solamente son susceptibles de control jurisdiccional los actos definitivos – ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS EN UN CONCURSO DE MÉRITOS / Actos de trámite no son susceptibles de control jurisdiccional / Cuando acto de trámite impide al aspirante continuar en el concurso se convierte en acto definitivo susceptible de control jurisdiccional / Acto administrativo de calificación que elimina a un participante es definitorio de una situación jurídica y por lo tanto susceptible de control jurisdiccional.

(...) respecto de los actos administrativos definitivos y de trámite que se emiten en el desarrollo de un concurso, el H. Consejo de Estado en la sentencia que a continuación se transcribe, expresó: “(...) *El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, que produce efectos jurídicos. La teoría del acto administrativo decantó la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional. En tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Preparatorios, accesorios o de trámite que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso, son instrumentales y no encierran declaraciones de la voluntad ni crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración. ii) Definitivos que el*

artículo 43 del cpaca define como «...los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación». La jurisprudencia advierte que son «...aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, ya sea porque crearon, modificaron o extinguieron una situación jurídica en particular...». Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido. iii) Los actos administrativos de ejecución que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. Por regla general son los actos definitivos lo únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados. Excepcionalmente también lo son los de trámite cuando impiden la continuación de este. En los concursos de méritos la jurisprudencia ha sido del criterio que los actos administrativos que se expiden durante el transcurrir del proceso son preparatorios y de trámite y que solo la lista de elegibles es el acto definitivo susceptible de ser enjuiciado. Sin embargo, también se ha dicho que cuando el acto de trámite le impide al aspirante continuar su participación se convierte en el acto definitivo que definió su situación jurídica y, en consecuencia, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado, en relación con los actos administrativos de calificación que eliminan a los participantes que, al igual que la lista de elegibles «son actos típicamente definitivos de situaciones jurídicas, en la medida en que al asignar un puntaje o establecer la ubicación de los convocados para efectos de proveer un cargo en propiedad, otorgan un estatus al participante y afectan su interés de acceder a la carrera administrativa» (...).»

EVALUACIÓN DE CARÁCTER DIAGNÓSTICA FORMATIVA PARA ASCENSO EN EL ESCALAFÓN DOCENTE / Acto administrativo de calificación que eliminó al demandante es susceptible de control jurisdiccional al resolver su situación jurídica al interior del concurso.

Conforme a la normatividad y la jurisprudencia estudiada, al igual que a lo probado en el proceso fuerza concluir que, como la calificación de la evaluación de carácter diagnóstica formativa “ECDF” y la respuesta a la reclamación al puntaje obtenido en el marco del proceso para acceder a ascenso o reubicación en el escalafón docente contienen la determinación de excluir al demandante de éste, dichas decisiones son actos administrativos definitivos, en la medida que con ellas se definió la situación jurídica particular del demandante, pues al no obtener un puntaje satisfactorio se le excluyó del prenombrado proceso: y, por lo tanto, los actos demandado son susceptibles de control ante la jurisdicción, por lo que se debe revocar el proveído de fecha 15 de noviembre de 2022 y ordenar darle continuidad al proceso.

ACCIONES CONSTITUCIONALES.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO.

Acuerdo de voluntades privado no corresponde a un acto administrativo que sea susceptible de control a través del medio de control de cumplimiento.

RADICACIÓN: 850013333001-202200203-01.

MEDIO DE CONTROL: Acción de cumplimiento.

DEMANDANTE: Andrés Felipe González Montoya.

DEMANDADO: Municipio de Támara.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Inés del Pilar Núñez Cruz.

FECHA PROVIDENCIA: Veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/136805001/850013333001-202200203-01fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: A través del medio de control de cumplimiento el demandante pretendió que el municipio de Támara ejecutara las disposiciones contenidas en la Ley 393 de 1997 y con ello, realizara acciones tendientes a condicionar el uso y destinación de un predio que fue donado al municipio de acuerdo con las disposiciones contenidas en el acta de compromiso suscrita entre el municipio y el hijo del cedente en la que se acordó, entre otros aspectos, modificar la condición de uso y destinación del inmueble así como dar por terminado un proceso de pertenencia que cursa en la jurisdicción ordinaria respecto del bien, así como realizar un plan de loteo e instalación de servicios públicos en el bien objeto de acuerdo. Frente a las pretensiones de la demanda la entidad accionada se opuso a las pretensiones justificando que el documento presuntamente incumplido no correspondía a un acto administrativo, sino a un acuerdo de voluntades suscrito al interior de un proceso civil, además de significar erogaciones económicas, razones por las cuales las pretensiones de la demanda contravienen la naturaleza de la acción de cumplimiento. El Juzgado de primera instancia decidió rechazar por improcedente la acción en consideración a que el acta de compromiso suscrita por las partes no corresponde a un mandato claro, expreso, exigible, imperativo e inobjetable al no contener deberes legales o administrativos a cargo de la entidad demandada, lo que generó la interposición del recurso de apelación por parte del demandante quien alegó que el documento contentivo del acuerdo ostenta la calidad de acto administrativo al contener una declaración de voluntad del ente territorial y, con ello, generar una serie de obligaciones a cargo de este.

PROBLEMAS JURÍDICOS: ¿Es el “acta de compromiso” suscrita por las partes un acto administrativo que contiene deberes legales o administrativos a cargo de la entidad demandada que hagan procedente el ejercicio de la acción de cumplimiento?

TESIS:

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / Naturaleza y características / No es procedente para el cumplimiento de toda clase de disposiciones / Procede para el cumplimiento de deberes legales o administrativos.

El H. Consejo de Estado respecto de la naturaleza de la acción de cumplimiento, estableció: *“a. Naturaleza de la acción de cumplimiento La acción de cumplimiento está instituida en el artículo 87 de la Constitución Política, como un mecanismo para que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una Ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”. En igual sentido, el artículo 1° de la Ley 393 de 1997 precisa que “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o actos administrativos” (...)* Por otra parte, la misma Corporación en lo que refiere a las características de las normas cuyo cumplimiento se puede exigir a través del medio de control que nos ocupa, consideró: (...) *“Aunque la finalidad de la presente acción es hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, no es posible a través de esta ordenar la ejecución de toda clase de disposiciones, sino aquellas que contienen prescripciones que se caracterizan como deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional, que albergan un mandato perentorio, claro y directo a cargo de determinada autoridad, un mandato “imperativo e inobjetable” en los términos de los artículos 5, 7, 15, 21 y 25 de la Ley 393 de 1997. Ello significa que los preceptos que se dicen incumplidos deben ser lo suficientemente precisos, y no puede generar ningún tipo de incertidumbre en cuanto a su objeto, vigencia y exigibilidad”*

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / Improcedencia por no buscar el cumplimiento de un deber contenido en un acto administrativo.

La Sala al revisar el acta de compromiso respecto de la que se solicita su cumplimiento y que obra a folios 9 y 10 del ítem 007 del cuaderno de primera instancia observa sin mayor dificultad que, no es esta la vía para obtener su cumplimiento en tanto no se trata de una ley porque carece del carácter general, impersonal y abstracto que las caracteriza ni fue expedida por el legislador o una autoridad revestida de facultades para el efecto; y, tampoco es un acto administrativo, pues en el referido documento no se plasma la voluntad unilateral de la administración en ejercicio propio de sus funciones, sino un acuerdo de

voluntades entre el demandante y el burgomaestre de la época que contiene una serie de obligaciones a cargo del MUNICIPIO DE TÁMARA, pues es su Alcalde quien la suscribe y con la que se busca, materializar una cesión de un bien de propiedad del actor y la posible explotación del mismo, ajustando un acuerdo anterior a las actuales condiciones del bien lo que implica que, la demanda de cumplimiento de la referencia deviene en improcedente; y, en consecuencia, deberá confirmarse la sentencia de primera instancia.

No ejercer la demanda ordinaria de manera oportuna no habilita para reclamar a través de acción de cumplimiento.

RADICACIÓN: 85001-33-33-002-2022-00246-01.

MEDIO DE CONTROL: Acción de cumplimiento.

DEMANDANTE: Néstor Santiago Pinzón Aguilar.

DEMANDADO: Municipio de Yopal – Secretaría de Movilidad.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Aura Patricia Lara Ojeda.

FECHA PROVIDENCIA: Veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/136805001/85001-33-33-002-2022-00246-01fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Acude el demandante al medio de control de cumplimiento con el fin de que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento a los artículos 159 del Código Nacional de Tránsito y 818 del Estatuto Tributario en lo que refiere a la aplicación de la prescripción en la acción de cobro de obligaciones de tránsito y fiscales y como consecuencia de lo anterior retire los comparendos de la base de datos del SIMIT y otras, teniendo en cuenta que la administración municipal le impuso un comparendo e inició el proceso de cobro coactivo en su contra, aun cuando, a su parecer, ya había operado el fenómeno de la prescripción. La entidad demandada contestó la acción argumentando la improcedencia de la misma como quiera que el accionante nunca acudió al mecanismo idóneo para ejercer su derecho de defensa en el trámite administrativo, además de tratarse de un asunto en el que se ventila un interés particular. El Juez de primera instancia declaró la improcedencia de la acción al considerar que las normas de que se predica el incumplimiento no establecen un deber imperativo, claro e inobjetable que debiera ser acatado por la entidad demandada a través del medio de control incoado, además de existir otro medio judicial para hacer efectivos los derechos demandados, por lo que el desconocimiento de las normas aplicables al proceso de cobro coactivo escapa a las finalidades del medio de control de cumplimiento. La parte demandante interpuso el recurso de apelación contra la providencia de primera instancia argumentando la incongruencia del fallo al desconocer las causales de improcedencia de la acción de cumplimiento, además de esgrimir que no se puede acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

toda vez que no se pretendió la nulidad de un acto administrativo, sino que se diera cumplimiento a disposiciones normativas.

PROBLEMAS JURÍDICOS: ¿Es procedente la acción de cumplimiento, cuando la parte actora cuestiona la decisión que negó la prescripción de un comparendo que le fue impuesto por una autoridad de tránsito municipal?

TESIS:

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / Finalidad / Improcedencia cuando existe otro mecanismo de defensa.

El artículo 87 de la Constitución Política, preceptúa que la acción de cumplimiento pretende hacer efectivo el derecho de que goza toda persona, para exigir a las autoridades públicas como a los particulares que ejerzan funciones públicas, el cumplimiento de normas con fuerza material de Ley o de un acto administrativo, norma que fue desarrollada por la Ley 393 de 1993 y esta última dispuso en su artículo 9, los casos en que no procede entre otros casos, cuando exista otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del acto administrativo.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / Improcedencia cuando lo que se persigue es un interés particular que puede ser protegido a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho / No ejercer la demanda ordinaria de manera oportuna no habilita para reclamar a través de acción de cumplimiento.

(...) la acción de cumplimiento resulta improcedente cuando existe otro mecanismo de defensa y precisamente, los actos administrativos referentes a los procesos de cobro coactivo en los que se negó la prescripción extintiva, versan sobre intereses particulares, pues tienen relación con el comparendo que se impone a una persona por la presunta infracción cometida, quien se encuentra legitimada para acudir a la jurisdicción contenciosa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para discutir la legalidad del acto que negó la aplicación del referido fenómeno. (...) Revisado el escrito de demanda y sus anexos, se observa que el demandante pretende que en aplicación de las referidas normas, se retiren los comparendos de la base de datos del SIMIT; sin embargo, en el sustento fáctico y en el escrito de constitución en renuencia, hace referencia a su caso particular, indicando que la Secretaría de Movilidad de Yopal le impuso el comparendo No. 85001000000013482302, lo sancionó y posteriormente le inició un proceso de cobro coactivo. (...) Lo anterior permite evidenciar que no se presentó la acción de cumplimiento en ejercicio de un interés público, sino atendiendo la situación particular que tiene el demandante respecto del comparendo que se le impuso. En ese sentido, encuentra la Sala que la parte actora tiene la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, para demandar a través de la nulidad y restablecimiento del derecho, los actos derivados del proceso de cobro coactivo contenidos en el artículo 101 del CPACA, precisando que en el evento de no haber propuesto la

excepción de prescripción o presentado la demanda ordinaria de manera oportuna, dicha situación no habilita al interesado para reclamar su derecho a través de los mecanismos constitucionales. Así las cosas, le asiste la razón al a quo, cuando señala que la acción de cumplimiento es improcedente, pues el afectado tuvo otro instrumento judicial para reclamar el derecho que ahora pretende, circunstancia que conlleva a confirmar la sentencia de primera instancia.

ACCIÓN DE TUTELA.

Hecho superado por expedición de CDP y reprogramación de vacaciones de empleado de la Rama Judicial.

RADICACIÓN: 850013333002-202200251-01.

MEDIO DE CONTROL: Acción de tutela.

DEMANDANTE: Margarita Del Pilar Boada Millán.

DEMANDADO: Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Inés del Pilar Núñez Cruz.

FECHA PROVIDENCIA: Dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/134555059/850013333002-202200251-01tutela.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Acude la demandante a la acción de tutela con el fin de que se garanticen de manera efectiva sus derechos fundamentales al trabajo digno, al descanso, a la salud, a la familia y a la igualdad, como quiera que la misma trabaja para la rama judicial en calidad de secretaria del Juzgado Segundo Penal para Adolescentes de Yopal y por su labor, se le adeudan vacaciones correspondientes a dos periodos consecutivos. Al solicitar del nominador la concesión del primer período de vacaciones al que tiene derecho, esta última requirió de la Dirección Seccional de Administración Judicial la expedición del respectivo CDP para la contratación de su reemplazo, frente a lo cual se dio respuesta negativa con fundamento en que solo es posible emitir disponibilidad presupuestal para el reemplazo de funcionarios de la rama judicial, por lo que el nominador negó la concesión de las respectivas vacaciones. Frente a la acción impetrada la titular del despacho nominador argumentó que la negativa a su solicitud se debe a la necesidad del servicio, toda vez que se requiere contratar un reemplazo durante el cual la tutelante disfrute de sus vacaciones para evitar traumatismos en el funcionamiento adecuado del despacho. Por su parte, la Dirección Seccional de Administración Judicial justificó que solamente es posible nombrar reemplazos de los funcionarios judiciales que disfrutaran de vacaciones individuales, por lo que, frente a los empleados, la concesión de las mismas queda a discrecionalidad del nominador de acuerdo con la necesidad del servicio. El fallo de primera instancia accedió a las pretensiones de la tutelante y ordenó a la Dirección Seccional de Administración Judicial realizar los trámites pertinentes para la expedición del CDP, de manera que se procediera a nombrar el reemplazo de la actora durante su período de vacaciones. Sin embargo, la entidad demandada impugnó la providencia considerando que aquella no conculcó los derechos de la accionante como quiera que simplemente se sujetó al cumplimiento estricto a las políticas y lineamientos emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, por lo que reiteró que la concesión

de las vacaciones de los empleados que disfrutaran de vacaciones individuales corresponde a una facultad discrecional del nominador, además de argüir que en la tutela impetrada no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, pues la demandante cuenta con otros medios de defensa ordinarios en los que incluso puede solicitar el decreto de medidas cautelares, por lo que solicitó la revocatoria de la sentencia y que se denegaran las pretensiones de la acción. Sin embargo, en el curso del trámite de la segunda instancia la entidad demandada profirió resolución para dar cumplimiento al fallo de primera instancia y el Juzgado demandado informó que la accionante solicitó la reprogramación de sus vacaciones.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Puede afirmarse la existencia de un hecho superado, cuando cesan las razones que se invocan para solicitar la protección del derecho cuyo amparo se pretende?

TESIS:

ACCIÓN DE TUTELA / Carácter residual / Requiere de la vulneración o amenaza actual de los derechos fundamentales – HECHO SUPERADO / Carencia actual de objeto para decidir.

Acorde con lo preceptuado por el artículo 86 de la Carta Fundamental de 1991 y el Decreto 2591 de 1991, la Acción de Tutela es un mecanismo constitucional de carácter residual, que tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales de las personas, siempre que hayan sido amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, en los casos expresamente señalados por la ley. Lo anterior implica que, para que proceda el antes referido mecanismo, se requiere de la amenaza o vulneración actual de los derechos que le son inherentes al ser humano, para que el fallo que ordene su tutela, le devuelva el status que se puso en peligro o se desconoció por el servidor o particular. De esta manera, cuando el operador judicial encuentra que la situación que colocó en riesgo los derechos fundamentales del tutelante ha cesado o fue corregida, no es procedente efectuar un pronunciamiento al respecto. (...) Conforme con lo anterior, en el evento que la circunstancia que dio origen a la trasgresión desaparece, el objeto de la acción de tutela corre la misma suerte, lo que se conoce como el fenómeno del hecho superado, que no es otra cosa, que la carencia actual de objeto para decidir. (...) Con el material probatorio allegado al expediente se determina con claridad que, en el sub judice el objeto de la acción de tutela se encuentra satisfecho, por lo que nos encontramos frente al fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado y así se declarará.

Cuando reemplazo es necesario falta de expedición de CDP para concesión de vacaciones afecta administración de justicia y derechos fundamentales del empleado judicial.

RADICACIÓN: 85001-3333-001-2022-00252-01.

MEDIO DE CONTROL: Acción de tutela.

DEMANDANTE: Luis Enrique Herrera Morales.

DEMANDADO: Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial y Juzgado Coordinador del Centro de Servicios Judiciales para los Juzgados Penales de Adolescentes de Yopal.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dr. José Antonio Figueroa Burbano.

FECHA PROVIDENCIA: Dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/134555059/85001-3333-001-2022-00252-01.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Acude el demandante a la acción de tutela con el fin de que se garanticen de manera efectiva sus derechos fundamentales al trabajo digno, al descanso remunerado, a la salud, a la familia y a la igualdad, como quiera que el mismo trabaja para la rama judicial en calidad de técnico en sistemas en el centro de servicios judiciales para los juzgados de adolescentes de Yopal y por su labor, se le adeudan vacaciones correspondientes a un período. Al solicitar del nominador la concesión del primer período de vacaciones al que tiene derecho, el Juez coordinador requirió de la Dirección Seccional de Administración Judicial la expedición del respectivo CDP para la contratación de su reemplazo, frente a lo cual se dio respuesta negativa con fundamento en que solo es posible emitir disponibilidad presupuestal para el reemplazo de funcionarios de la rama judicial, por lo que el nominador negó la concesión de las respectivas vacaciones. Frente a la acción impetrada la Dirección Seccional de Administración Judicial justificó que solamente es posible nombrar reemplazos de los funcionarios judiciales que disfrutaran de vacaciones individuales, por lo que, frente a los empleados, la concesión de las mismas queda a discrecionalidad del nominador de acuerdo con la necesidad del servicio. El fallo de primera instancia accedió a las pretensiones de la tutelante y ordenó a la Dirección Seccional de Administración Judicial realizar los trámites pertinentes para la expedición del CDP, de manera que se procediera a nombrar el reemplazo de la actora durante su período de vacaciones. Sin embargo, la entidad demandada impugnó la providencia argumentando que, de conformidad con las reglamentaciones expedidas por el Consejo Superior de la Judicatura solo es posible la programación de vacaciones de los funcionarios judiciales, por lo que la entidad ha dado estricto cumplimiento a tal reglamentación, razón por la cual la administración judicial no puede ir en contravía de las disposiciones normativas conforme a las cuales ninguna autoridad puede contraer obligaciones atribuibles al presupuesto de gastos sobre apropiaciones inexistentes.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Es o no procedente revocar la decisión del a-quo en cuanto amparó los derechos del tutelante y ordenó a la Dirección Ejecutiva Seccional expedir CDP para nombrar el reemplazo de este por el periodo en que se encuentre disfrutando de vacaciones?

TESIS:

ACCIÓN DE TUTELA / Procedencia para para disponer la expedición de CDP para nombrar el remplazo de un empleado judicial mientras este disfruta de vacaciones / Carácter subsidiario / Tutela es el medio más eficaz.

Este asunto ha sido analizado en varias oportunidades por el Consejo de Estado, concluyendo que, aunque contra el acto administrativo que negó el disfrute de vacaciones procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción de tutela se torna en el medio más eficaz para lograr ese cometido porque con la negativa de otorgar vacaciones se está vulnerando el derecho al descanso.

DERECHO FUNDAMENTAL AL DESCANSO CORRESPONDIENTE A VACACIONES / Fundamento normativo.

El descanso correspondiente a vacaciones es un derecho fundamental en casos como el que se analiza; así lo ha considerado el Consejo de Estado en los fallos indicados en precedencia; así se deriva también del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuyo artículo 7º determina que los Estados Parte reconocen el derecho de todas las personas al goce de condiciones de trabajo que aseguran “el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”. En similar sentido lo indica el artículo 7º del Protocolo de San Salvador.

RÉGIMEN DE VACACIONES INDIVIDUALES DE SERVIDORES DE LA RAMA JUDICIAL / Ausencia de regulación para el caso de los empleados judiciales implica la aplicación directa de disposiciones constitucionales y legales / Cuando el reemplazo es necesario falta de expedición de CDP afecta directamente la administración de justicia.

Si se reguló únicamente lo relacionado con vacaciones individuales de los funcionarios, ello simplemente permite inferir que hay un vacío sobre los empleados; en consecuencia, si existe ese vacío, debe darse cumplimiento de manera directa a las disposiciones constitucionales o legales que fijan el poder deber de las Direcciones Ejecutivas de incluir dentro de sus presupuestos los dineros necesarios para el nombramiento de remplazos de los empleados que tienen vacaciones individuales, cuando son necesarios para el funcionamiento normal de la administración de justicia, que es lo que ocurre en el presente caso, según lo indicado por el juez coordinador del Centro de Servicios en los actos administrativos a través de los cuales se respondió la solicitud de concesión de vacaciones de la tutelante. Es cierto que para conceder vacaciones a un empleado no es requisito sine qua non que exista CDP para nombrar su remplazo, y que corresponde al nominador otorgarlas; sin embargo, cuando el remplazo es necesario, lo que ocurre

en el presente evento, se afectaría de manera grave el funcionamiento del centro de servicios, el cual redundaría directamente en la administración de justicia. De otra parte, debe indicarse que es inaceptable, por decir lo menos, que se aduzca la reglamentación existente en una circular para contraponerla a las disposiciones constitucionales y legales ya indicadas. De igual manera, es inconcebible no solo desde el punto de vista legal sino humano, que se pretenda que un empleado por no tener la categoría de funcionario, no tenga derecho a descansar o que por falta de CDP para nombrar su remplazo su nominador no le pueda conceder vacaciones; y de igual manera, tampoco es aceptable que se deje huérfano el cargo que desempeña ese empleado a raíz de sus vacaciones, a sabiendas de que es necesario el nombramiento de su remplazo, que es lo que acontece en el presente caso, según lo indicado por el juez coordinador del Centro de Servicios.

EPS debe cubrir gastos de transporte por tratarse de sujeto de especial protección y condición de pobreza.

RADICACIÓN: 85001-3333-001-2022-00256-01.

MEDIO DE CONTROL: Acción de tutela.

DEMANDANTE: Valery Sophía Rodríguez Franco, quien actúa a través del Defensor del Pueblo Regional Casanare, en calidad de agente oficioso.

DEMANDADO: Nueva E.P.S.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dr. José Antonio Figueroa Burbano.

FECHA PROVIDENCIA: Nueve (09) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/135238719/85001-3333-001-2022-00256-01fallo+tutela.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: La Defensoría del Pueblo acude a la acción de tutela en calidad de agente oficioso de la menor demandante, quien fue diagnosticada con parálisis cerebral y se encuentra afiliada a la NUEVA EPS en el régimen subsidiado, para que a través del amparo de sus derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social se ordene a la EPS demandada autorizar y garantizar los gastos de transporte, manutención y hospedaje para la menor y su acompañante, quienes deben trasladarse a la ciudad de Bogotá a la práctica de una consulta con especialista en medicina física y rehabilitación y de exámenes previamente autorizados por la EPS para los cuales se requiere del acompañamiento de dos personas, así como la autorización y garantía de tales gastos cada vez que deba realizarse un desplazamiento para la atención médica integral de la menor. El juzgado de primera instancia decidió acceder al amparo deprecado en el sentido de ordenar a la Nueva EPS garantizar el transporte de la menor, junto con un acompañante, durante el tratamiento de su patología y a los lugares donde deba recibir atención médica, negando las demás pretensiones formuladas en la acción.

La decisión fue impugnada por la entidad demandada solicitando revocar la orden de sufragar servicios complementarios como transporte, alimentación u hospedaje y el tratamiento integral, argumentando que el afiliado tiene capacidad de pago para contribuir con el sistema y que el tratamiento integral es improcedente pues se trata de hechos futuros inciertos, solicitando subsidiariamente que, en caso de confirmar las órdenes, se decrete el reembolso de los dineros sufragados por tales conceptos y se requiera orden médica previo a cualquier concepto que se deba pagar.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Es procedente o no revocar la decisión de primera instancia en cuanto ordenó a la NUEVA EPS el suministro de transporte para la tutelante y un acompañante para que aquella asista a las citas que le fueron programadas por la citada EPS en la ciudad de Bogotá? ¿Es procedente revocar o modificar lo relacionado con el tratamiento integral?

TESIS:

DERECHO A LA SALUD / Gastos de transporte / Medio para garantizar el acceso a los servicios de salud / Requisitos para que sean sufragados por la E.P.S.

El cubrimiento de este tipo de gastos ha sido tratado en múltiples fallos por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, los tribunales y jueces del país. La Corte Constitucional, reiterando lo expuesto en providencias anteriores sobre este asunto, señaló: “(...) *El servicio de transporte no es catalogado como una prestación médica en sí. No obstante, se ha considerado por la jurisprudencia constitucional y, actualmente, por el ordenamiento jurídico, como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, pues, en ocasiones, de no contar con el traslado para recibir lo requerido, conforme con el tratamiento médico establecido, se impide la materialización de la mencionada garantía fundamental (...) el servicio de salud debe ser prestado de manera oportuna y eficiente, libre de barreras u obstáculos de acceso, por tanto en aquellos casos en que el paciente requiera un traslado que no esté contemplado en la citada Resolución y tanto él como sus familiares cercanos carezcan de recursos económicos necesarios para sufragarlo, es la EPS la llamada a cubrir el servicio, en la medida en que, de no hacerlo, se pueden generar graves perjuicios en relación con la garantía del derecho fundamental a la salud. Ante estos eventos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que al juez de tutela le compete entrar a analizar la situación fáctica que se le presenta, pues se deben acreditar las reglas establecidas por este Tribunal como requisito para amparar el derecho y trasladar la obligación a la EPS de asumir los gastos derivados del servicio de transporte⁴, a saber: (...) que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario. (...)*”.

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD / Busca que el paciente lleve una vida íntegra en condiciones de dignidad / Jurisprudencia constitucional.

“(…) este principio busca garantizar el acceso a todos los servicios y tecnologías que una persona pueda necesitar para recibir una atención completa en salud. (...) la Corte ha considerado que el mandato del principio no se limita a garantizar los servicios necesarios para superar sus dificultades físicas y mentales del momento, sino para que se pueda llevar una vida con integridad y dignidad personal. Ha reiterado entonces que “[e]n virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, (...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias (...).”

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD / Diferencias con el tratamiento integral / Órdenes que puede proferir el juez constitucional ante negligencia de la E.P.S. / Jurisprudencia constitucional.

“(…) el principio de integralidad es un mandato que irradia toda la actuación de las entidades prestadoras de servicios de salud dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por su parte, el tratamiento integral es una orden que puede proferir el juez constitucional ante la negligencia de estas entidades para asegurar la atención en salud a personas con condiciones de salud que requieren una protección reforzada en este sentido bajo la condición de que se demuestre, según se indicó, que existe una reiterada negligencia por parte de las EPS”.

GASTOS DE TRANSPORTE / Deben ser cubiertos por la E.P.S. por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional y por su condición de pobreza.

(...) tanto por la edad, como por su situación económica y condiciones de salud, la menor es sujeto de especial protección acorde con las previsiones del artículo 13 de la Constitución y lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia que se citó en este fallo en precedencia. El domicilio de la tutelante es Yopal; por lo tanto, todos los tratamientos que ella requiera deberían ser suministrados en Yopal, pero como la menor debe trasladarse a la ciudad de Bogotá a realizarse los exámenes dictaminados por el médico tratante, los gastos de transporte deben ser asumidos por la Nueva EPS, acorde con lo señalado por la Corte Constitucional, precisamente por las situaciones económica, de salud y de pobreza extrema. Por tal motivo se confirmará el fallo impugnado sobre ese tema, pero se precisará que cuando la tutelante requiera de ese servicio su madre, tendrá la carga de elevar la solicitud a

la EPS y anexar los soportes requeridos. Igualmente se aclara que por tratarse de una menor de edad, esos gastos deben ser para un acompañante y la tutelante.

TRATAMIENTO INTEGRAL / No se acreditó incumplimiento del mismo por parte de la E.P.S.

En cuanto concierne al tratamiento integral, hasta el momento no está demostrado que la accionada haya incumplido con ese deber constitucional y legal, motivo por el cual el a-quo simplemente se limitó a requerir a la entidad accionada para que se prestara en caso de ser necesario. Esta Corporación comparte las apreciaciones y consideraciones del a-quo, teniendo en cuenta lo dispuesto por la Corte en forma reiterada, entre otras, en la sentencia T-513 de 2020, que se transcribió parcialmente en este fallo.

ÓRDEN DE RECOBRO / Trámite administrativo que escapa al objeto de la acción de tutela.

Otra de las solicitudes hechas en la impugnación es que en caso de mantenerse la decisión se autorice el recobro de los gastos de transporte, tema sobre el cual debe reiterarse lo siguiente: a.- La tutela fue concebida para la protección de derechos fundamentales, no para otras situaciones. b.- El tema del recobro es un asunto administrativo que tiene establecidos unos trámites propios. En consecuencia, si la entidad accionada considera que tiene el derecho al recobro de todo o parte de los gastos de transporte que en este fallo se confirman, deberá acudir a los trámites administrativos dispuestos por la ley para el efecto, pues la tutela no es el medio jurídico para autorizar esas solicitudes.

Disfrute y goce de las vacaciones es un derecho fundamental que no se puede ver truncado por necesidades del servicio.

RADICACIÓN: 85001-33-33-003-2023-00020-01.

MEDIO DE CONTROL: Acción de tutela.

DEMANDANTE: Yasmina Vega Alonso.

DEMANDADO: Dirección Seccional Administrativa de Boyacá y Casanare– Dirección Administrativa de la Rama Judicial.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Aura Patricia Lara Ojeda.

FECHA PROVIDENCIA: Veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/136805001/85001-33-33-003-2023-00020-01fallo+tutela.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Acude la demandante a la acción de tutela con el fin de que

se garanticen de manera efectiva sus derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, trabajo digno, descanso, salud y a la familia, como quiera que la misma trabaja para la rama judicial en calidad de citadora del centro de servicios judiciales de Yopal y por su labor, se le adeudan vacaciones correspondientes a un período. Al solicitar del nominador la concesión del primer período de vacaciones al que tiene derecho, el Juez coordinador requirió de la Dirección Seccional de Administración Judicial la expedición del respectivo CDP para la contratación de su reemplazo, frente a lo cual se dio respuesta negativa con fundamento en que solo es posible emitir disponibilidad presupuestal para el reemplazo de funcionarios de la rama judicial, por lo que el nominador negó la concesión de las respectivas vacaciones. Frente a la acción impetrada la Dirección Seccional de Administración Judicial justificó que solamente es posible nombrar reemplazos de los funcionarios judiciales que disfrutaran de vacaciones individuales, por lo que, frente a los empleados, la concesión de las mismas queda a discrecionalidad del nominador de acuerdo con la necesidad del servicio. El fallo de primera instancia accedió a las pretensiones de la tutelante y ordenó a la Dirección Seccional de Administración Judicial realizar los trámites pertinentes para la expedición del CDP, de manera que se procediera a nombrar el reemplazo de la actora durante su período de vacaciones. Sin embargo, la entidad demandada impugnó la providencia argumentando que, de conformidad con las reglamentaciones expedidas por el Consejo Superior de la Judicatura solo es posible la programación de vacaciones de los funcionarios judiciales, por lo que la entidad ha dado estricto cumplimiento a tal reglamentación, razón por la cual la administración judicial no puede ir en contravía de las disposiciones normativas conforme a las cuales ninguna autoridad puede contraer obligaciones atribuibles al presupuesto de gastos sobre apropiaciones inexistentes.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Se vulneran los derechos fundamentales invocados por la señora Yasmina Vega Alonso al habersele negado el disfrute sus vacaciones en razón a la necesidad del servicio y la no expedición del certificado de disponibilidad presupuestal por parte de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja?

TESIS:

DERECHO AL DESCANSO REMUNERADO / Finalidad.

El artículo 53 de la Constitución política regula las garantías fundamentales de los trabajadores, dentro de las que se encuentra el descanso necesario. (...) Con fundamento en lo anterior, el derecho constitucional consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, no solo se garantiza con la oportunidad que tiene una persona de acceder a un empleo y recibir una contraprestación por sus servicios, sino además cuando se permite al trabajador recuperar fuerzas, compartir con su familia y disfrutar de su tiempo libre, para lo cual se conceden las vacaciones que deben ser remuneradas.

RÉGIMEN DE VACACIONES INDIVIDUALES DE SERVIDORES DE LA RAMA JUDICIAL / Asuntos de índole administrativo no pueden afectar el derecho al goce y disfrute de las vacaciones.

Mediante Circular PSAC11-44 del 23 de noviembre de 2011, el presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura señaló que, con el fin de no incluir condicionamientos para el nombramiento de reemplazos en provisionalidad de los funcionarios judiciales que se encuentran sujetos al régimen de vacaciones individuales y pretendan hacer uso de este derecho y permitir gestionar los recursos para el nombramiento de los reemplazos cuando haya lugar a ello, fijó el procedimiento para la programación de vacaciones individuales de los funcionarios judiciales (...) Se precisa que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en sus distintas seccionales ha señalado que la Circular antes enunciada no es aplicable a los servidores judiciales de la Rama Judicial que ostentan la calidad de empleados, no obstante, el Consejo de Estado en varios pronunciamientos señaló que la finalidad de la Circular PSAC11-44 del 23 de noviembre de 2011 fue la de garantizar el derecho al descanso remunerado de los servidores judiciales sin afectar las necesidades del servicio (...) Así mismo el órgano de cierre explicó: “[L]a Sala encuentra que existe vulneración de los derechos fundamentales invocados por la parte actora, toda vez que los asuntos de índole administrativa no pueden afectar el derecho al goce y disfrute del periodo vacacional que legalmente les asiste, máxime si se tiene en cuenta que el descanso constituye un derecho fundamental derivado del derecho al trabajo en condiciones dignas. Adicionalmente, es necesario señalar que, existe vulneración del derecho fundamental al descanso por parte de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Nariño (...), [por cuanto dicha entidad] es la encargada del (...) procedimiento [para proveer el reemplazo de las vacantes], del cual no existe prueba de que en el presente asunto se haya surtido dicho trámite. (...)”

RÉGIMEN DE VACACIONES INDIVIDUALES DE SERVIDORES DE LA RAMA JUDICIAL / Ausencia de regulación para el caso de los empleados judiciales no es argumento válido para desconocer su derecho al descanso remunerado.

Atendiendo la norma y jurisprudencia antes relacionada, se colige que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial a través de sus diferentes seccionales tiene a su cargo las labores administrativas y financieras para garantizar el funcionamiento de la Rama Judicial y si bien, la Circular PSAC11- 44 del 23 de noviembre de 2014 adoptó procedimientos para no incurrir en condicionamientos relacionados con el nombramiento de los reemplazos de los funcionarios judiciales sujetos al régimen de vacaciones individuales para gestionar los recursos y expedir el correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal, la omisión o falta de un procedimiento para garantizar los rubros de los reemplazos de los empleados judiciales no resulta válido para desconocer el derecho al descanso de estos últimos.

RÉGIMEN DE VACACIONES INDIVIDUALES DE SERVIDORES DE LA RAMA JUDICIAL / Disfrute y goce de las vacaciones es un derecho fundamental que no se puede ver truncado por necesidades del servicio.

(...) es claro que la decisión adoptada por la juez Coordinadora del CESPAs de negar las vacaciones solicitadas por la accionante deriva de la falta de personal, la carga laboral y la falta de gestión de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja para expedir el certificado de disponibilidad presupuestal con el fin de nombrar el reemplazo de la actora con lo cual se vulneran sus derechos fundamentales. Conforme lo ha explicado el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, el disfrute y goce de las vacaciones es un derecho fundamental que no se puede ver truncado por las necesidades del servicio, las cuales no se encuentran a cargo solamente del nominador del despacho sino también de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, quien debe garantizar los recursos humanos y técnicos para el buen funcionamiento de la administración justicia, como en efecto lo señalan los numerales 2 y 6 del artículo 103 de la Ley 270 de 1996, en cuanto dispone que el director Seccional de la Rama Judicial tiene entre otras funciones la de administrar los bienes y recursos destinados para el funcionamiento de la Rama Judicial y actúa como ordenador del gasto para el cumplimiento de las obligaciones que correspondan. En conclusión, la Sala considera que el descanso es una condición mínima que ofrece la posibilidad de que el empleado renueve la fuerza tanto intelectual como materialmente, para así proteger su salud física y mental y robustecer su dedicación para el desarrollo de sus actividades. Impedir el derecho al descanso con fundamento en restricciones administrativas, no es una carga que deba soportar la accionante, toda vez que las vacaciones constituyen un derecho fundamental que tienen todos los empleados, por lo que no puede ser trasgredido en función del servicio. En tal sentido, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

MEDIOS DE CONTROL ESPECIALES.

NULIDAD ELECTORAL.

Nulidad de acto de elección proferido por la mesa directiva del Concejo de Yopal por incumplimiento de términos del reglamento interno de la corporación.

RADICACIÓN: 85001-33-33-002-2021-00178-04.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad electoral.

DEMANDANTE: José Luis Avendaño Ortiz.

DEMANDADO Municipio de Yopal y Concejo Municipal de Yopal.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Aura Patricia Lara Ojeda.

FECHA PROVIDENCIA: Nueve (09) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/135238719/85001333300220210017804fallo+electoral.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: A través del medio de control de nulidad electoral se deprecó la nulidad del acto administrativo a través del cual el Concejo Municipal de Yopal eligió la mesa directiva de la corporación para el año 2022, teniendo en cuenta que, en la sesión de elección, no se dio aplicación a los términos sobre hora de inicio y llamado a lista de los honorables concejales, dando lugar a una irregularidad en la conformación del quorum deliberatorio para decidir acerca de la elección indicada. En tal sentido, argumentó el accionante que el incumplimiento de las normas del reglamento interno propició una vulneración del derecho de participación de seis concejales de la corporación, pues, debido al incumplimiento de los términos de llamado a lista y configuración de quorum, la elección de la mesa directiva terminó siendo tomada por solo diez de los concejales, por lo que adujo la ilegalidad del acto demandado al haber sido expedido con violación de las normas legales y reglamentarios en que debía fundarse, con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, falsa motivación y desviación de poder. El juzgado de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda considerando que con las pruebas obrantes en el proceso se acreditó que la sesión en la que se expidió el acto de elección demandado no tuvo lugar en la hora señalada y que tampoco se probaron los inconvenientes de conectividad alegados por el Concejo Municipal de Yopal en la contestación de la demanda habida cuenta que la empresa de provisión del servicio certificó la normalidad del servicio para la fecha de la sesión, por lo que concluyó el desconocimiento del principio de publicidad y el derecho de participación de los concejales que no participaron de la elección con el acto demandado. La decisión fue impugnada por uno de los los concejales y por el Concejo Municipal

quienes alegaron, entre otras cosas, la configuración de un caso fortuito que impidió que la sesión se elección iniciara a la hora prevista en la convocatoria, la configuración de la caducidad del medio de control teniendo en cuenta que el medio de control fue tramitado y admitido como nulidad simple y posteriormente se adecuó al medio de control de nulidad electoral, la carencia de pruebas que soportaran los hechos de la demanda y la inadecuada valoración de algunas pruebas aportadas en la contestación de la demanda como el certificado del ingeniero de sistemas de la Corporación que acreditó las fallas de internet alegadas por el Concejo de Yopal.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Operó el fenómeno de caducidad en el presente medio de control? ¿Es nulo el acto administrativo contenido en el acta de sesión plenaria de 19 de julio del 2021 en la cual el Concejo Municipal de Yopal eligió la mesa directiva y los integrantes de las tres comisiones de dicha Corporación para la vigencia de 2022?

TESIS:

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / Actos susceptibles de control / Término de caducidad.

El artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, establece que cualquier persona tiene la potestad de solicitar la nulidad de los actos i) de elección por votos popular por cuerpos colegiados, ii) los de nombramiento que expidan las entidades y autoridades de todo orden y iii) los de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas. (...) Así pues, el artículo 164 numeral 2 literal a de la Ley 1437 de 2011, establece que la oportunidad para presentar la demanda cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral es de 30 días contados a partir del día siguiente si es en audiencia pública. Lo anterior, so pena de que se configure la caducidad del medio de control.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / Pese a adecuación del medio de control el acto demandado fue interpuesto dentro del término de caducidad para el medio de control electoral / No se transgredió término de caducidad.

(...) contrario a lo manifestado por los recurrentes este medio de control de nulidad electoral no se encuentra caducado, por cuanto el acto demandado está contenido en el acta de sesión ordinaria de 19 de julio de 2021 en la cual se eligió la mesa directiva del Concejo Municipal, por lo que dando aplicación al artículo 164 numeral 2 literal a, el demandante contaba con 30 días para acudir a la jurisdicción y en efecto la demanda fue radicada el 20 de agosto de 2021 lo cual denota que fue interpuesta de forma oportuna. Así pues, si bien en principio el proceso fue tramitado y admitido como nulidad simple el cual puede presentarse en cualquier tiempo, lo cierto es que al adecuarse el medio de control al de nulidad electoral no se transgredió el término de caducidad establecido para este, pues como se explicó anteriormente la demanda fue radicada dentro de los 30 días ya que este transcurrió del 20 de julio de 2021 al 20 de

agosto de 2021, en tal sentido la vinculación de los terceros interesados durante el trámite no fue extemporáneo ni ilegal como lo aducen los recurrentes.

CONCEJOS MUNICIPALES / Reglamento interno de funcionamiento / Posibilidad de realizar sesiones no presenciales.

(...) de conformidad con el artículo 31 de la Ley 136 de 1994 los Concejos Municipales deben expedir un reglamento interno para su funcionamiento. Para el caso que nos ocupa está contenido en el Acuerdo 004 de 09 de marzo de 2020, modificado por el Acuerdo 014 de 09 de agosto de 2020, que en su artículo 96 dispone que las sesiones de la Corporación se pueden realizar de manera no presencial de tal manera que los concejales pueden deliberar y decidir utilizando para el efecto las herramientas tecnológicas.

REGLAMENTO INTERNO DEL CONCEJO / Incumplimiento del término previsto para la configuración del quorum / Vulneración del principio de publicidad y derecho de participación de los concejales que no asistieron a la sesión de elección de mesa directiva y comisiones permanentes.

(...) mediante acta No. 146 de sesión ordinaria llevada a cabo el 19 de julio de 2021 se eligió la mesa directiva del Concejo Municipal de Yopal para la vigencia 2022 siendo designados como presidente el señor Jesús Alberto Vega Hernández, primer vicepresidente Alexander Rojas y segundo vicepresidente Jorge Leonardo Infante Tovar, además se eligieron las comisiones permanentes de dicha Corporación. La Sala observa que en desarrollo de la sesión referida el primer llamado a lista se efectuó a las 9:54 am respecto del cual contestaron 8 concejales, por lo que el presidente Wilmer Betancourt Daza expresó que no había quórum postergando por 15 minutos para hacer un segundo llamado a lista el cual fue efectuado hasta las 12:03 pm momento en el cual se reportó asistencia de 10 concejales determinándose que había quórum, por lo que se dio apertura a la sesión y se realizaron las elecciones correspondientes. Dado lo anterior, se advierte que en efecto se pretermitió lo establecido en los artículos 100, 101 y 102 del Reglamento Interno que fue citado en el acápite de premisas jurídicas, por cuanto en este se dispone que el llamado a lista para verificar quórum se hará en la hora señalada, y si no hubiere quórum decisorio se ordenará un nuevo llamado 15 minutos después, precisando que si transcurre media hora después de que fue citada y no se conforma, se levantará la sesión sin que pueda convocarse para el mismo día. Pese a lo anterior, desde la primera oportunidad se vislumbra que la sesión que fue convocada para las 9:00 am inició 54 minutos después sin que hubiera quórum, se postergó 15 minutos más para un segundo llamado a lista el cual ocurrió sólo hasta las 12:03 pm, tales actuaciones evidencian de forma clara que el plazo de media hora que se estableció para conformarse quórum fue ampliamente superado entre las 9:54 am y las 12:03 pm, máxime cuando la sesión no inició en la hora fijada, lo que se constata en la certificación de 24 de mayo de 2022 emitida por la secretaria general de la Corporación. Así las cosas, el Concejo Municipal de Yopal, no cumplió los parámetros establecidos en el reglamento interno en el desarrollo de la sesión de 19 de julio de 2021 y con ello vulneró el principio de publicidad para hacer conocer las decisiones y el derecho de participación de los concejales que no

asistieron, más aún cuando la convocatoria se dio específicamente para la elección de mesa directiva y de comisiones permanentes para la vigencia 2022, ello denota la importancia de que se les hubiere permitido votar y en caso tal ser designados para tales fines.

INCUMPLIMIENTO DEL REGLAMENTO INTERNO DEL CONCEJO / No se logró acreditar fallas técnicas / Procedía levantamiento de la sesión y citación a una nueva.

Valga precisar, que si bien se dejó constancia en el acta No. 146 suscrita en la sesión de 19 de julio que se presentaron fallas técnicas en la conexión de internet, lo cual se verifica igualmente en el informe presentado el 21 de julio de 2021 por el ingeniero de sistema del Concejo Municipal de Yopal en el que hace referencia a constantes fallas, lo cierto es que de acuerdo con los reportes de la empresa Claro entre las fechas del 16 y 19 de julio de 2021 no se presentaron inconsistencias e incidentes con la red de internet, aunado a que se indicó que se intentaron varias inspecciones para verificar las fallas reportadas en días anteriores sin que se haya logrado por razones de En suma, no se logró acreditar que el incumplimiento del reglamento interno de la Corporación obedeciera a las fallas técnicas en la red de internet alegadas, y si en gracia de discusión se hubiesen presentado, lo procedente era que se levantara la sesión y se citara a los concejales a una nueva, en aras de garantizar la conexión, asistencia y participación de todos los miembros del Concejo Municipal, máxime cuando la elección de la mesa directiva y comisiones permanentes correspondía a la vigencia 2022, siendo claro que se hubiera podido convocar otro día, más aún cuando según la Resolución No. 100 de 22 de julio de 2020 mediante la cual se adoptaron las medidas de urgencia en el marco del Estado de Emergencia, Económica y Social se estableció que era viable el uso de las tecnologías, pero teniendo en cuenta que las convocatorias, el desarrollo y procedimiento de las mismas, deberán realizarse de conformidad con el Reglamento Interno vigente, esto es, atendiendo los términos y presupuestos allí señalados. En tal sentido, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE INSISTENCIA.

Información de inteligencia y contrainteligencia goza de reserva, pero puede pedirse como prueba en proceso judicial.

RADICACIÓN: 85001-2333-000-2023-00012-00.

MEDIO DE CONTROL: Recurso de insistencia.

DEMANDANTE: Concepción Alonso De Montoya.

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional Décima Sexta Brigada.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Aura Patricia Lara Ojeda.

FECHA PROVIDENCIA: Trece (13) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/135623375/85001-2333-000-2023-00012-00.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Acude la peticionaria ante el Tribunal Administrativo de Casanare con el fin de incoar el recurso de insistencia previsto en el artículo 26 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo primero de la Ley 1755 de 2015, estatutaria del Derecho de Petición, teniendo en cuenta que formuló solicitud de información al Ejército Nacional, a través de la cual requirió de la entidad la expedición de copia auténtica e íntegra de la documentación relacionada con el operativo militar en el que fue dado de baja su hijo el 29 de enero de 2006 en el sector La Plata, jurisdicción del municipio de Pore. Ante tal solicitud el comandante de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional señaló que los documentos requeridos hacen parte de un expediente operacional cuyas piezas gozan de reserva legal conforme a lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución de 1991, el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015 y los artículos 33 y 34 de la Ley 1621 de 2013, norma última en virtud de la cual los documentos indicados deben reservarse hasta por 30 años, argumentos que fueron reiterados en la manifestación hecha frente al recurso de insistencia y que sirvieron para que la entidad solicitara el rechazo del recurso propuesto por la peticionaria.

PROBLEMAS JURÍDICOS: ¿Gozan de reserva legal los documentos solicitados por la peticionaria en el escrito de petición? Y, como consecuencia de lo anterior ¿Es procedente admitir la solicitud de la peticionaria y en su lugar ordenar al Ejército Nacional el suministro de las copias requeridas por aquella?

TESIS:

DERECHO A LA INFORMACIÓN / Acceso a documentos públicos / Documentos con reserva legal / Documentos relacionados con la defensa y seguridad del Estado.

El artículo 74 de la Constitución Política dispone que todas las personas tienen derecho a acceder a documentos públicos salvo en los casos que establezca la Ley. En los términos del artículo 24 del CPACA, sustituido por la Ley 1755 de 2015, solo tendrán carácter de reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución y la Ley y, en especial: “1. *Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales. (...)*” (...) En cuanto al acceso a la información pública nacional, el artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, señala que se exceptúa aquella que tiene el carácter de reservado, siempre que su acceso estuviere expresamente prohibido por una norma constitucional o legal, dentro de la que se relacionan los asuntos a la defensa y seguridad nacional.

INFORMACIÓN DE ACTIVIDADES DE INTELIGENCIA Y CONTRAINTELIGENCIA / Definición / Carácter reservado se exceptúa frente a información relativa a casos de violación de derechos humanos o delitos de lesa humanidad.

La Ley 1621 de 2013 contempla en el capítulo de reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia. (...) para dar alcance a los anteriores preceptos, se traen a colación los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 1621 de 2013, en los que se define la función de inteligencia y contrainteligencia, como aquella que desarrollan los organismos especializados del Estado del orden nacional, utilizando medios humanos o técnicos para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información, para proteger los derechos humanos y combatir las amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, constitucional, legal y la defensa nacional, la cual es llevada a cabo por dependencias de las Fuerzas Militares entre otras y está limitada al principio de reserva legal. (...) De conformidad con la normatividad citada, específicamente la Ley 1621 de 2013, la información derivada de actuaciones de inteligencia y contrainteligencia está sometida a reserva legal y solamente puede entregarse a los receptores que se encuentren legalmente autorizados, siempre y cuando ellos suscriban un acta de compromiso de reserva en relación con la información de la que tengan conocimiento; no obstante, con la expedición de la Ley 1712 de 2014, no se encuentra sometida a reserva la información relativa a casos de violación de derechos humanos o delitos de lesa humanidad, precisando que se deben proteger los derechos de las víctimas.

FUNCIÓN DE INTELIGENCIA Y CONTRAINTELIGENCIA / Información solo puede suministrarse a receptores dispuestos en la Ley / Excepción en casos de violación de derechos humanos o delitos de lesa humanidad / Versión pública de la información que mantenga la reserva de la parte indispensable.

(...) la función de inteligencia y contrainteligencia, contempla todo un proceso que incluye actividades preventivas, de investigación, de misión y el resultado de los operativos o registro de las actuaciones cumplidas, información que solo puede suministrarse a quienes tienen la calidad de receptores, es decir a aquellos que se encuentran relacionados en el artículo 36 de la Ley 1621 de 2013, a saber, presidente de la República, miembros del Consejo de Seguridad Nacional, secretario General de la Presidencia de la República, miembros de la Comisión Legal de Inteligencia y Contrainteligencia, miembros de la Fuerza Pública y

servidores públicos, de acuerdo con sus funciones y niveles de acceso a la información, quienes en todo caso, deben garantizar la reserva en el uso de los documentos que reciben al ostentar tal calidad. En este sentido, la Corte Constitucional señala que la identificación de los receptores, es una garantía para direccionar con precisión la información que se suministra. En consonancia con lo anterior, se precisa que según lo establecido por el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014, las excepciones de acceso a la información no aplica a los casos de violación de derechos humanos o delitos de lesa humanidad, caso en el cual, la misma se debe suministrar, protegiendo los derechos de las víctimas con la previsión de no entregar aquella que esté protegida por una excepción, como ocurre con los casos de inteligencia y contrainteligencia, circunstancia que tal y como lo dispone la citada norma, conlleva a hacer una versión pública que mantenga la reserva en la parte indispensable.

INFORMACIÓN DE ACTIVIDADES DE INTELIGENCIA Y CONTRAITELIGENCIA / Información requerida por la peticionaria goza de reserva legal / Divulgación puede causar un daño mayor al interés público / Peticionaria tiene la posibilidad de solicitar la información requerida como prueba documental ante el Juez que conozca de la reparación directa que pretende incoar.

(...) según lo indicado por la solicitante, las piezas documentales que requiere, serán utilizadas como prueba documental para ejercer el medio de control de reparación directa contra el Estado. En ese orden de ideas si bien, la señora Concepción Alonso de Montoya solicita información relacionada con el deceso de su hijo Everly Montoya Alonso ocurrida en un operativo militar, también lo es que la solicitante no solo pretende saber cómo ocurrió el deceso de su hijo, sino conocer cómo se desarrolló el operativo militar, cuál fue su despliegue y en qué circunstancias de tiempo, modo y lugar se produjo el enfrentamiento ocurrido el 29 de enero de 2006, en el cual aduce, hubo 296 homicidios y la desaparición 201 personas; información que goza de reserva y cuya divulgación podría causar un daño mayor que el interés público de obtener acceso a la información. Así las cosas, como se indicó previamente, la información de inteligencia y contrainteligencia que contiene no solo la misión táctica, sino también las actuaciones cumplidas o desarrolladas, el procedimiento adelantado y los resultados obtenidos, están sujetos a reserva legal, los cuales no pueden entregarse a la solicitante, pues no tiene la calidad de receptora como lo ordena el artículo 36 de la Ley 1621 de 2013, aunado a que los documentos encontrados por la Décimo Sexta Brigada consistente en 6 folios útiles de la misión táctica número 012 emperador del 28 de enero de 2006; el informe de patrullaje en 3 folios y la incautación de material en 1 folio, se derivan de las actividades adelantadas por los miembros que participaron en el operativo, los cuales tienen la calidad de reservados, decisión que motivó el Ejército Nacional a través de la citada brigada, resaltando que la mencionada señora tiene la posibilidad de solicitar los documentos de inteligencia y contrainteligencia como prueba documental a través del juez que conozca del medio de control de reparación directa que pretende iniciar, en los términos del artículo 34 de la Ley 1621 de 2013.

Información pública clasificada debió ser entregada a peticionaria a través de una versión pública.

RADICACIÓN: 850012333000-202300013-00.

MEDIO DE CONTROL: Recurso de insistencia.

DEMANDANTE: Suny Constanza Sibó Jaspe.

DEMANDADO: La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Gaula Militar de Casanare.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Inés del Pilar Núñez Cruz.

FECHA PROVIDENCIA: Veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/136805001/850012333000-202300013-00fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Acude la peticionaria ante el Tribunal Administrativo de Casanare con el fin de incoar el recurso de insistencia previsto en el artículo 26 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo primero de la Ley 1755 de 2015, estatutaria del Derecho de Petición, teniendo en cuenta que formuló solicitud de información al Grupo Gaula Militar de Casanare, a través de la cual requirió de la entidad copia del expediente disciplinario que se adelanta con ocasión de la muerte de un soldado, esposo de la peticionaria, así como copia de algunos informes de patrullaje, operacionales y de órdenes, entre otros documentos, que fueron emitidos por la unidad a la cual pertenecía el soldado fallecido durante los días 24 al 28 de noviembre de 2022. En respuesta a la petición el comandante del Grupo Gaula de Casanare respondió que, al encontrarse el proceso disciplinario en etapa de indagación preliminar, tal actuación goza de reserva sumarial teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 142 de la Ley 1862 de 2017. De la misma manera, expresó la respuesta a la petición que en virtud de lo dispuesto en la Ley 1621 de 2013 los documentos relacionados con los informes solicitados, al estar relacionados con información de inteligencia y/o contrainteligencia, también gozan de reserva legal, al mismo tiempo que, algunos de los documentos solicitados por la peticionaria, al contener información pública clasificada, no podían ser entregados en virtud de lo dispuesto en la Ley 1712 de 2014, toda vez que contienen datos de otros soldados. Como consecuencia de lo anterior, la peticionaria presentó el recurso de insistencia ante la Corporación Judicial justificando que, al ser las víctimas de conductas violatorias de derechos humanos y derecho internacional humanitario sujetos procesales dentro del proceso disciplinario frente a ellos no puede predicarse reserva, al mismo tiempo que, frente a los demás documentos, al ser víctima de los hechos tiene derecho a conocer las circunstancias en que aconteció la muerte de su esposo, argumentos frente a los cuales existió oposición por parte del Comandante del Grupo Gaula Militar de Casanare al responder el recurso de insistencia quien justificó que subsisten las causas que someten a reserva la información solicitada.

PROBLEMAS JURÍDICOS: ¿Fue bien denegada la solicitud de información respecto de documentos que presuntamente están sometidos a reserva, por encontrarse dentro de una indagación preliminar disciplinaria y de información relacionada con la seguridad y defensa nacional y clasificada?

TESIS:

RESERVA DE LA INFORMACIÓN EN PROCESOS DISCIPLINARIOS / Finalidad / Jurisprudencia constitucional.

(...) en torno a este tema la H. Corte Constitucional, consideró: “(...) 4.3. Otra de las garantías mínimas previas que la ley y la jurisprudencia han reconocido en el trámite de los procesos disciplinarios, es la que consagra el artículo 95 de la Ley 734 de 2002, atinente a la reserva de la investigación disciplinaria que se fija “hasta cuando se formule el pliego de cargos o la providencia que ordene el archivo definitivo”. Significa lo anterior que la etapa probatoria propia de la investigación disciplinaria, se encuentra sometida a reserva con fines constitucionalmente admisible, como son garantizar la presunción de inocencia al investigado y resguardar la imparcialidad del funcionario encargado de ejercer el control disciplinario. Después que se formule pliego de cargos o se profiera acto de archivo definitivo, la investigación se considera pública para proteger la pretensión subjetiva de “ejercer el control del poder político” que le asiste a todos o a cualquier ciudadano, ya que aquella pretensión integra el núcleo esencial del derecho de participación política que establece el artículo 40 de la Constitución Política. Precisamente, la reserva de la investigación disciplinaria fue establecida por el legislador como una excepción al principio de publicidad de las actuaciones administrativas, con la finalidad única de amparar los derechos al buen nombre, a la intimidad e incluso al debido proceso del investigado. Por consiguiente, dicha reserva se viola cuando, estando en trámite la investigación disciplinaria, se ponen en conocimiento de personas que no tienen reconocida la calidad de sujetos procesales, un hecho puntual, una diligencia o una prueba recaudada en la fase de instrucción procesal. De allí que se le exija a los sujetos intervinientes total hermetismo frente a las actuaciones que se adelantan en esa fase, porque las pruebas que se acopian y las averiguaciones que se realizan, al ser filtradas o de conocimiento público, podrían llegar a fracasar (...)”

INFORMACIÓN DE SEGURIDAD NACIONAL / Justificación de la reserva que la cobija / Jurisprudencia constitucional.

(...) en relación con este punto el máximo Tribunal de lo Constitucional al estudiar la constitucional del artículo 33 del proyecto de ley estatutaria número 263/11 Senado y 195/11 Cámara que a la postre se convertiría en la Ley 1621 de 2013, manifestó: “(...) Según se ha indicado las excepciones a la regla general del derecho de acceso a la información son constitucionalmente válidas si persiguen la

protección de intereses como la seguridad y defensa de la Nación. El legislador puede establecer límites al derecho de acceso a la información, que serán legítimos si tienen la finalidad de proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente relevantes. En esta medida, se debe acreditar que tales derechos o bienes se verían seriamente afectados si se difunde determinada información, lo que hace indispensable mantener la reserva. La reserva ha de ser temporal y el plazo que se instituya debe resultar razonable y proporcional a los bienes jurídicos constitucionales que se buscan proteger. La Corte en la sentencia C-913 de 2010 indicó que “es inherente a estas actividades [inteligencia y contrainteligencia] el elemento de la reserva o secreto de la información recaudada y de las decisiones que en ella se sustentan, dado que la libre circulación y el público conocimiento de las mismas podría ocasionar el fracaso de esas operaciones y de los objetivos perseguidos [...] Se trata de detectar y prevenir posibles hechos ilícitos y/o actuaciones criminales, la información de inteligencia y contrainteligencia es normalmente recaudada y circulada sin el conocimiento, ni menos aún el consentimiento de las personas concernidas”. De ahí que en los Estados democrático constitucionales puedan existir informaciones de carácter reservado, esto es, que no deban ser conocidas por el público, y que corresponde mantenerla a los funcionarios y demás personas sujetas expresamente a ella. (...)”

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA CLASIFICADA / Limitación debe ser razonable y proporcional / Obligación de hacer una versión pública del documento que la contenga.

(...) la H. Corte Constitucional sobre este tópico, sostuvo: “(...) La tensión entre el derecho a acceder a la información pública clasificada o pública reservada deberá resolverse en cada caso concreto, para determinar si la posibilidad de negar el acceso a este tipo de información, resulta razonable y proporcionada a la luz de los intereses que se pretenden salvaguardar al garantizar el derecho de acceso a la información pública. Así, por ejemplo, cuando se trata de información clasificada, se deberá sopesar en el caso concreto si la divulgación de ese tipo de información cumple una función constitucional importante o constituye una carga desproporcionada e irrazonable para el derecho a la intimidad de las personas afectadas, que no están obligadas a soportar”. Precisamente por ello el artículo 21 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014 establece que: “En aquellas circunstancias en que la totalidad de la información contenida en un documento no esté protegida por una excepción contenida en la presente ley, debe hacerse una versión pública que mantenga la reserva únicamente de la parte indispensable. La información pública que no cae en ningún supuesto de excepción deberá ser entregada a la parte solicitante, así como ser de conocimiento público. La reserva de acceso a la información opera respecto del contenido de un documento público pero no de su existencia” (...)”

RESERVA DE LA INFORMACIÓN EN PROCESOS DISCIPLINARIOS / Obedece a razones constitucionalmente válidas / Solicitud frente a este aspecto fue

bien denegada.

De conformidad con la jurisprudencia analizada y las pruebas obrantes en el expediente la Sala considera que, en el caso de la indagación preliminar contenida en el proceso disciplinario No. 030 de 2022 adelantado por el Ejército Nacional con ocasión del fallecimiento del soldado profesional PERDOMO RIAÑO, el acceso a la misma obedece a razones constitucionalmente válidas, permite el desarrollo de la investigación que una vez supere ese periodo sumarial será pública como lo establece el Código Disciplinario Militar contenido en la Ley 1862 de 2017, la que sirvió de fundamento para denegar el suministro de lo solicitado.

INFORMACIÓN DE SEGURIDAD NACIONAL / Actora no ostenta condiciones para ser receptora de la información / Solicitud frente a este aspecto fue bien denegada.

(...) en cuanto a la información que se encuentra sujeta a reserva por estar vinculada a asuntos de seguridad y defensa nacional encuentra el Tribunal que, la autoridad requerida denegó en debida forma el acceso a la misma, pues en ésta se consagran las tácticas, procedimientos y métodos utilizados en operativos como el que murió el uniformado. Adicionalmente no puede perderse de vista que, la actora no ostenta ninguna de las condiciones referidas en la normatividad analizada para ser receptora de la documental ni cuenta con la forma para garantizar los protocolos necesarios para asegurar la reserva de la misma por lo que, deben ponerse por encima los bienes constitucionalmente protegidos con la reserva frente al derecho de acceso a la información posición ésta que, además se corresponde con reciente pronunciamiento de este Tribunal en que un caso de similares contornos al presente.

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA CLASIFICADA / Información solicitada debió entregarse a través de una versión pública / Solicitud frente a este aspecto fue mal denegada.

(...) encuentra la Sala que, en relación con la información clasificada denegada de la que tratan las solicitudes contenidas en los numerales 18 y 19 de la petición de 5 de enero de 2023, debió habersele entregado a la peticionaria, en tanto, como se vio en lo estudiado en precedencia la misma puede ser ajustada a una versión pública en los términos del artículo 21 de la Ley 1712 de 2014, suministrando a la solicitante, únicamente lo referente a la información del soldado ARGELIO PERDOMO RIAÑO y guardando en todo caso, la reserva de aquellos datos de los elementos utilizados para la seguridad nacional. En esa medida se tendrá mal denegada esa petición y se ordenará a la accionada que entregue la documental solicitada en las condiciones descritas en la referida norma.

MEDIOS DE CONTROL ORDINARIOS.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

Obligación del Departamento de Casanare frente a contrato de supervisión fue pagada en exceso.

RADICACIÓN: 85001-3333-002-2015-00518-01.

MEDIO DE CONTROL: Controversias contractuales.

DEMANDANTE: Consorcio CS.

DEMANDADO: Departamento de Casanare.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dr. José Antonio Figueroa Burbano.

FECHA PROVIDENCIA: Dieciseis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/136167330/85001-3333-002-2015-00518-01fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: El Consorcio CS demandó al Departamento de Casanare con el fin de que, a través del medio de control de controversias contractuales, se declarara la liquidación judicial del contrato de consultoría suscrito por las partes y cuyo objeto correspondió a la realización de la supervisión de un contrato de consultoría que, a su vez, tenía por objeto desarrollar la interventoría a la construcción y mejoramiento de la infraestructura deportiva y obras de cultura derivadas del mandato contenido en la Ordenanza No. 007 de 2010 de la Asamblea Departamental de Casanare. Lo anterior teniendo en cuenta que, conforme a lo pactado en el contrato, el término de duración correspondió a doce meses y, pese a aquella circunstancia, el demandante siguió ejecutando labores con la venia de la Secretaría de Educación del departamento por lo que se generó una mayor permanencia de obra durante un término de 3 meses, lo que conllevó al enriquecimiento sin causa de la entidad demandada, además que, a pesar de que el objeto contratado se cumplió a cabalidad, no se logró llevar a cabo su liquidación por mutuo acuerdo de las partes. El Departamento de Casanare contestó la demanda indicando que, conforme a lo dispuesto en la ordenanza aludida, la provisión de recursos se generó para la ejecución de 11 proyectos de infraestructura de los cuales solo se llevaron a cabo 5 y que, para el desarrollo de la supervisión indicada se destinó el 2% del total de los recursos de los 11 proyectos, suma que correspondió al valor total del contrato suscrito con el consorcio demandante, por lo que no resulta procedente que el Departamento pague al accionante el valor de unas actividades que no se desarrollaron y que, por el contrario, era el contratista quien debía devolver dineros al ente territorial por concepto de anticipo no ejecutado. El Juez de primera instancia encontró probado el desequilibrio

económico del contrato por lo que condenó al Departamento de Casanare al pago de una suma de dinero equivalente a un poco más de quince millones de pesos y declarar liquidado el contrato por el cual se generó la acción, negando, a su turno, las demás pretensiones de la demanda. El fallo fue impugnado por el Departamento de Casanare quien alegó que, como quiera que los 11 proyectos por los cuales se celebró el contrato no fueron ejecutados en su totalidad, el demandante debía reintegrar al departamento sumas de dinero además del incumplimiento de ciertas obligaciones a cargo del contratista relacionadas con el pago de aportes a seguridad social de los trabajadores contratados para la ejecución del objeto contractual.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones y en su lugar negarlas, por las razones indicadas en la apelación?

TESIS:

CONTRATO DE SUPERVISIÓN / Vinculación material, objetiva y jurídica al contrato sobre el cual debía desarrollarse el objeto contractual / Obligación principal del departamento fue pagada en exceso.

Al estudiar la demanda, su respuesta, los documentos allegados en forma regular y oportuna al proceso, el fallo de primera instancia y el recurso de apelación incoado por la entidad accionada se establece que, una cosa es la autorización que dio la Asamblea de Casanare al gobernador para comprometer recursos del departamento; otra totalmente diferente son los contratos que suscribió el gobernador del departamento de Casanare en uso de esas facultades; y otra el objeto del contrato de supervisión a la interventoría. Además debe precisarse sobre este tema que si el gobernador de Casanare solo celebró 5 contratos y no 11 para lo cual fue autorizado, el objeto de la interventoría no podía sobrepasar los 5 contratos efectivamente celebrados por la Gobernación con fundamento en las facultades otorgadas en la Ordenanza 007 de 2010; y de igual manera, por la misma razón, el contrato de supervisión a la interventoría tampoco podía hacerse por la totalidad de contratos autorizados por la Asamblea, sino únicamente por los 5 que celebró el gobernador con fundamento en esas facultades. Por esta razón la Corporación no comparte las apreciaciones del a-quo cuando indicó que suscrito el contrato de supervisión, el departamento de Casanare debía celebrar los 11 contratos a que se refiere la Ordenanza 007 de 2010; no, la situación es al contrario, solamente después de establecer cuántos contratos de los autorizados en la citada ordenanza celebró el departamento de Casanare, este podía celebrar el contrato de supervisión. Y este contrato (el de supervisión) está supeditado material, objetiva y jurídicamente a los contratos de obra que celebrara la Gobernación, pues sin estos, por sustracción de materia, no había lugar a celebrar ni el contrato de interventoría ni el de supervisión. Por tal motivo tampoco se acoge la afirmación del a-quo de que

hubo incumplimiento del departamento de Casanare respecto al contrato de supervisión. No, este tuvo su propio objeto que finalmente se concretó en la supervisión de la interventoría respecto de 5 contratos; la obligación principal del departamento fue pagar el precio pactado pero por ejecución de obra, y tal obligación se cumplió en exceso, como se verá más adelante.

CONTRATO DE SUPERVISIÓN / Inexistencia de incumplimiento de la entidad demandada / No era posible ejercer supervisión sobre contratos que no fueron celebrados.

Al examinar las pruebas, los contratos de obra efectivamente suscritos por el gobernador con base en las facultades otorgadas en la ordenanza en cita, son los siguientes: (...) Independientemente del porcentaje de ejecución de cada uno, la prueba documental allegada permite establecer que el valor del total de ellos asciende a \$4.885.086.436 y que el 2% del mismo es \$97.701.728,72, suma que debía tenerse en cuenta como valor del contrato 898 de 2011, y no \$202.441.723. De contera se infiere que no le asiste la razón a la entidad demandante al imputar incumplimiento del contrato 898 de 2011 al departamento de Casanare, pues se reitera que el objeto de este se concretó en la supervisión a la interventoría sobre los contratos que celebrare el departamento de Casanare con base en la Ordenanza 007 de 2010; es cierto que la Ordenanza en cita autorizó al departamento comprometer recursos para 11 proyectos, pero solo se suscribieron efectivamente contratos sobre 5 proyectos y no sobre los 11. Y ello, simple y llanamente porque en una interpretación lógica, jurídica y sistemática, no es posible ejecutar la interventoría ni la supervisión sobre contratos que no había celebrado el departamento de Casanare. Por lo tanto, para todos los efectos legales, se tendrá como valor del contrato 898 de 2011 la suma de \$97.701.728,72, que corresponde al 2% del valor de los 5 contratos suscritos con base en la autorización dada por la Asamblea en la Ordenanza 007 de 2010 (\$4.885.086.436) (...)

CONTRATO DE SUPERVISIÓN / Liquidación debe realizarse con base en el valor efectivamente ejecutado / Obligación principal del departamento fue pagada en exceso / Procede devolución de dineros del demandante a la demandada.

(...) el porcentaje efectivamente ejecutado por el Consorcio CS según las actas parciales que se aportaron fue el 84,45%, lo que le da derecho al pago de \$82.509.109,90 y no a las sumas que se reclaman en la demanda ni de las que dice el departamento de Casanare. Por ende, para efectos de la liquidación se tendrá en cuenta dicho valor, es decir, \$82.509.109,90. Lo anterior significa que al contrario de lo que indicó el a-quo y el departamento de Casanare, no se le adeuda nada al contratista Consorcio CS por concepto del contrato 898 de 2011. (...) Sobre este tema debe indicarse lo siguiente: 1. el contrato realmente debía tener un valor de \$97.701.728,72 y no de \$202.441.723 2. solo ejecutó el 84.45%, que le daban

derecho \$ 82.509.109,90 3. en ejecución del contrato referido el Consorcio CS recibió por concepto de anticipo y pagos parciales la suma de \$186.703.728 4. por lo tanto, el Consorcio debe devolver al departamento de Casanare la suma de \$104.194.618,10. Esta suma devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia a la tasa prevista en el inciso final del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 por cuanto en el contrato de supervisión 898 de 2011 no se pactó nada sobre el particular.

Decreta liquidación judicial de acuerdo conciliatorio suscrito para la construcción de PTAP de Yopal.

RADICACIÓN: 85-001-2333-000-2020-00682-00.

MEDIO DE CONTROL: Controversias contractuales.

DEMANDANTE: Unión Temporal Yopal 2013, conformada por Hidroservicios y B&C Biosciences SAS.

DEMANDADO: Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dr. José Antonio Figueroa Burbano.

FECHA PROVIDENCIA: Dieciseis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/136167330/85-001-2333-000-2020-00682-00fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Luego de la suscripción de un acta de conciliación derivada de un proceso de controversias contractuales existente entre las partes y aprobada por el Tribunal Administrativo de Casanare, la Unión Temporal accionante promovió las gestiones necesarias tendientes a obtener el pago de las obligaciones dinerarias pactadas en el acuerdo conciliatorio que ascendían al orden de los dos mil cien millones de pesos, obteniendo de la entidad demandada dilaciones en el pago de sus obligaciones, situación que produjo, incluso, la cesión parcial de los derechos económicos derivados de la conciliación a un tercero proveedor de aquella, pese a que esta sí cumplió con las obligaciones que asumió en el acuerdo conciliatorio, al punto que sobre las obras que eran objeto de su obligación, se suscribió un acta de recibo, por lo que pretendió, a través del medio de control de controversias contractuales, la liquidación judicial del acuerdo conciliatorio así como la consecuente orden de pago de las sumas adeudadas por este concepto y los correspondientes intereses moratorios. La parte accionada justificó en sus alegatos de conclusión que pese a que existió un acta de recibo suscrita por las partes, lo cierto era que tal suscripción no implicaba que con ella terminara el proceso contractual, habida cuenta que, a través de personal técnico y administrativo de la entidad, se le informó a la Unión Temporal la falta de ejecución de algunos trabajos necesarios para el adecuado funcionamiento de la planta, además de precisar el

alcance del acta suscrita, pues con ella solo se probó que se recibió una obra pero que, el recibo a satisfacción de la misma tendría que definirse en la etapa de liquidación del contrato respectivo.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Hay lugar o no a liquidar judicialmente el Acuerdo Conciliatorio al que llegaron las partes el 22 de mayo de 2017 dentro del proceso de controversias contractuales radicado con el número 85001233300220150006600, que fue aprobado por este Tribunal mediante auto del 19 de julio de 2017? Y ¿es procedente o no que en esa liquidación se determine que la EAAAY debe pagar a la demandante la suma de \$2.130.644.870, más los intereses de mora desde el 28 de agosto de 2018, que fue la fecha en que se suscribió el acta de recibo y sus consecuencias?

TESIS:

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE (PTAP) DE YOPAL / Existencia de acta de recibo final a satisfacción.

En el presente caso no hubo liquidación por mutuo acuerdo y a pesar de que era obligatoria por tratarse de un contrato de obra y de tracto sucesivo, nada hizo la EAAAY para realizarla unilateralmente y precisamente por eso el contratista acudió al presente medio de control para solicitar que se haga judicialmente. Sin embargo, sí hubo acta de recibo de las obras conciliadas, a la que se denominó “ACTA DE RECIBO CUMPLIMIENTO CONCILIACIÓN JUDICIAL APROBADA POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE, DENTRO DEL MEDIO DE CONTROL CONTRACTUAL, RADICACIÓN No. 85001233300220150006600-CONTRATO No. 0058.13” En esa acta, al contrario de lo que se indica en los alegatos de conclusión de la EAAAY en el presente medio de control, las obras fueron recibidas a entera satisfacción (...)

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE (PTAP) DE YOPAL / Existencia de acta de recibo final a satisfacción / Se tiene por probado retiro de equipo con posterioridad a la suscripción del acta de recibo por parte del contratista / Liquidación judicial ordena restitución del equipo faltante a cargo del contratista.

No obstante que en las observaciones dejadas en el acta de recibo a satisfacción de las obras conciliadas no se hizo mención al mal funcionamiento del equipo denominado streaming current y a su retiro en fecha posterior a la suscripción de dicha acta (...) Según lo indicado por estos testigos, el equipo denominado streaming current hacía parte de la planta conciliada, más concretamente del sistema de automatización y control, es muy importante porque permite determinar en tiempo real las condiciones de turbiedad para determinar los insumos que se requieren para la potabilización del agua; así mismo indican que la UT los retiró con el compromiso de devolverlos y no lo había devuelto. La prueba documental

allegada también corrobora esta situación. Ni la prueba testimonial ni la prueba documental que se refiere a estos temas fueron tachadas de falsas y menos demostrada su falsedad. Por lo tanto, debemos dar por probado el retiro de ese equipo por parte de la UT y que no ha sido devuelto ni instalado a la planta de tratamiento por ella. Como la falla en el funcionamiento y el retiro de ese equipo se produjo con posterioridad a la suscripción del acta de recibo (el acta se suscribió el 28 de agosto de 2018; el equipo que venimos analizando empezó a fallar en octubre del mismo año y fue retirado según uno de los testigos en noviembre de 2018), el contenido del acta conserva plena validez, pero en la liquidación que se hace en este proceso se ordenará que la demandante devuelva a la EAAAY dicho equipo debidamente arreglado y que además lo instale en el término de 1 mes contado a partir de la notificación de esta sentencia.

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE (PTAP) DE YOPAL / Unión Temporal debe restituir equipo retirado en buenas condiciones / Improcedencia de pago de intereses por cursar proceso ejecutivo por la misma causa.

(...) la UT tiene la obligación de responder y entregar debidamente instalado y funcionando, en el término de un mes contado a partir de la notificación de este fallo, el equipo denominado streaming current que hacía parte de la planta de tratamiento conciliada, que empezó a fallar después de la suscripción del acta de recibo de las obras del 28 de agosto de 2018 y que fue retirado por esa UT en noviembre de 2018, sin que hasta el momento haya prueba de que haya sido arreglado, devuelto e instalado. d.- En lo que se refiere a los intereses moratorios que se cobran por la UT, tal petición resulta improcedente dentro del proceso de liquidación puesto que y cursan dos procesos ejecutivos en este mismo Tribunal y Despacho, donde se libró mandamiento de pago por ellos. e.- En cuanto concierne a que se declare que las partes quedan a paz y salvo igualmente resulta improcedente, pues para ello la EAAAY deberá cancelar la suma de dinero que adeuda a la UT y/o cesionarios con sus respectivos intereses y la UT deberá cumplir la obligación indicada en el literal c de este numeral.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

Hijos y cónyuge prevalecen para reconocimiento de pensión de sobrevivientes de soldado caído en combate.

RADICACIÓN: 850013333001-201400032-02.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho.

DEMANDANTE: María Del Rosario Criollo Martínez.

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dr. José Antonio Figueroa Burbano.

FECHA PROVIDENCIA: Dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/134648834/850013333001-201400032-02fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: A través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho la ciudadana María del Rosario Criollo Martínez demandó a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército nacional, con el fin de que se declarara la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales la entidad demandada denegó el pago de la pensión de sobrevivientes que aquella consideraba de su titularidad, por ser madre de un soldado profesional caído en combate, y que fueron emitidos por la entidad demandada como respuesta a dos peticiones radicadas con el mismo objeto en el año 2009 y en el año 2013, por lo que pretendió que, a título de restablecimiento del derecho se le reconociera y pagara el 50% de la pensión de sobrevivientes aludida, así como cancelar el valor de las mesadas pensionales causadas desde el 8 de octubre de 2001, fecha en la cual se produjo el fallecimiento del causante. Como respuesta a la demanda la entidad accionada se opuso a las pretensiones formuladas argumentando que la pensión de sobrevivientes debía concederse a los hijos del causante hasta el cumplimiento de la mayoría de edad y, en todo caso, dando aplicación a la prescripción cuatrienal de los derechos correspondientes. Como consecuencia de lo anterior se designó curador *ad litem* para la defensa de los derechos de la compañera e hijos del causante, quien propuso demanda como interventor excluyente en el proceso. La sentencia de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda principal y declaró la nulidad de las resoluciones demandadas accediendo a las pretensiones de la demanda *ad excludendum* en favor de los hijos del causante, condenando a la entidad demandada a pagar reconocer y pagar a estos la pensión de sobrevivientes a partir de la muerte de su padre y hasta que se configure alguno de los supuestos de pérdida del derecho previstos en el artículo 188 del Decreto 1211 de 1990, negando las solicitudes de prescripción sobre las mesadas pensionales, decisión que motivó la interposición del recurso de apelación por la parte actora, quien alegó que la sentencia debía ser revocada y se debía acceder a las súplicas de la demanda teniendo en cuenta que la accionante es una persona de la tercera edad

y dependía económicamente del causante en tanto que los hijos del mismo son mayores de edad y se desconoce su paradero, indicando que de no ser posible reconocer la pensión en virtud de Decreto 1211 de 1990, se debía dar aplicación al régimen previsto en la Ley 100 de 1993. Por su parte el ejército nacional impugnó argumentando la consolidación de la prescripción cuatrienal dispuesta en el artículo 147 del Decreto 1211 de 1990. Como cuestión previa la corporación precisó el alcance de la admisibilidad de la demanda *ad excludendum* presentada por la curadora *ad litem* de la compañera e hijos del causante precisando que, si bien estaba clara la facultad de la curadora para presentar el escrito de intervención, debió hacerse un análisis pormenorizado de los requisitos de procedibilidad de la acción por parte de sus representados y, teniendo en cuenta que los mismos no agotaron sede administrativa para la solicitud de la pensión de sobrevivientes en su favor, entonces la demanda no cumplió con tal requisito de procedibilidad por lo que no debió ser admitida.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Hay lugar o no a reconocer la pensión de sobrevivientes a MARÍA DEL ROSARIO CRIOLLO MARTÍNEZ, por las razones indicadas por ella en su recurso? En caso de que haya lugar al reconocimiento de pensión de sobrevivientes ¿debe aplicarse la prescripción cuatrienal que pide el Ejército Nacional en su recurso?

TESIS:

RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LAS FUERZAS MILITARES / Pensión de sobrevivientes en caso de soldado caído en combate / Prestación reconocida a partir del Decreto 1211 de 1990 / Inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 8 del Decreto 2728 de 1968.

El H. Consejo de Estado ha determinado la inaplicación del artículo 8º. del Decreto 2728 de 1968 y la procedencia del reconocimiento de pensión de sobrevivientes en el caso de soldados voluntarios cuya muerte acaeció en combate por acción directa del enemigo, en aplicación de lo establecido por el Decreto 1211 de 1990, atendiendo el derecho a la igualdad, así: *“Observa la Sala que el régimen prestacional, de las Fuerzas Militares, previsto en el Decreto 2728 de 1968, vigente al momento en que se produjo la muerte del soldado regular Alfredo Evadías Pérez Tovar únicamente le reconocía su ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo y, a favor de sus ascendientes, una prestación indemnizatoria y, el pago del auxilio de cesantías en doble proporción. Así las cosas, resulta evidente que cualquier prestación pensional, entre ella la reclamada por el demandante, se encuentra excluida de los beneficios reconocidos a favor de los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio. No obstante lo anterior, advierte la Sala que el Decreto 1211 de 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, en su artículo 189 establece una serie de prestaciones a favor de los ascendientes o descendientes de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en actividad, entre las*

que se destacan el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior y el reconocimiento y pagode una pensión de sobreviviente. (...) Bajo estos supuestos, resulta evidente la existencia de un trato diferenciado entre las prestaciones que le son reconocidas, por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias. A juicio de la Sala tal discriminación tiene lugar debido a que las citadas disposiciones fueron expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, sólo a partir de la cual, se reivindican como principio y derecho constitucionales la igualdad material y la seguridad social, respectivamente. (...) Así las cosas, y descendiendo al caso concreto, estima la Sala que no existe justificación válida para que a los beneficiarios de los soldados regulares que vienen prestando sus servicios a la Fuerza Pública, y fallezcan en desarrollo de actos propios del servicio, no les sea reconocida una pensión de sobreviviente cuya única finalidad, como quedó visto, es la de brindar un apoyo económico al grupo familiar que ante la ausencia definitiva de quien proveía lo necesario para satisfacer las necesidades básicas, ha quedado desprovisto de los medios económicos para tal efecto. No resulta razonable que el Decreto 2728 de 1968 al igual que Decreto 1211 de 1990 ordene el ascenso póstumo del soldado regular muerto por causas imputables al servicio al grado inmediatamente superior, así como el reconocimiento y pago de unas prestaciones económicas a favor de sus beneficiarios, pero se abstenga de reconocer el pago de una pensión de sobreviviente a favor de quienes con el hecho de la muerte de un miembro de la Fuerza Pública pierden el sustento y apoyo económico que este les brindaba. (...) A lo anterior se suma el hecho de que, con posterioridad a la expedición de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 el legislador mediante la Ley 447 de 21 de julio de 1998 finalmente, en aplicación de los principios y derechos constitucionales a la igualdad material, dignidad humana y a la seguridad social, dispuso el reconocimiento de una pensión de sobreviviente a favor de los beneficiarios de los soldados que no ostentaban el grado de suboficial de las Fuerzas Militares. De acuerdo con las consideraciones que anteceden, y atendiendo a lo dispuesto por el artículo 4 de la Constitución Política, la Sala en el caso concreto inaplicará el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados regulares muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicará el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que, como quedó visto, sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.”

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN CASO DE SOLDADO CAÍDO EN COMBATE / Principio de especialidad / Régimen previsto en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 aplica a soldados cuyo fallecimiento se dio antes del 7 de agosto de 2002.

(...) en sentencia unificación de 4º. de octubre de 2018, el H. Consejo de Estado contempló respecto de la aplicación del principio de especialidad en el caso de

soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002: *“Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente: Con fundamento en el principio de especialidad, los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002, por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, pueden beneficiarse del régimen de prestaciones por muerte contenido en el artículo 184 del Decreto 095 de 1989 o en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, según la fecha de muerte, por ser el régimen especial que regula de manera particular el supuesto de hecho a que se refiere la norma, pues tal medida se armoniza con los principios protectorio, pro homine, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral. Al reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes de soldados voluntarios fallecidos en combate, no habrá lugar a descuentos de lo pagado por concepto de compensación y cesantías dobles a sus beneficiarios en virtud del Decreto 2728 de 1968. Al hacer extensivo el régimen especial para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002, por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el cuatrienal de acuerdo con lo señalado en el régimen propio de las Fuerzas Militares (artículo 169 del Decreto 095 de 1989 y artículo 174 del Decreto 1211 de 1990). (...)”* De acuerdo a lo señalado en la parte resolutive de la sentencia referida se entiende que, las reglas allí previstas tienen como destinatarios a los soldados voluntarios que fallecieron por causa de heridas o accidentes aéreos en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, a quienes en virtud de los principios protectorio, pro homine, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral, se les extendieron los beneficios previstos para oficiales y suboficiales fallecidos en esas condiciones.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN CASO DE SOLDADO CAÍDO EN COMBATE / Prevalencia del derecho de hijos y cónyuge supérstite.

(...) con fundamento en la normatividad, la jurisprudencia y las pruebas referidas se establece que la señora MARÍA DEL ROSARIO CRIOLLO MARTÍNEZ no tiene derecho a que se le reconozca pensión de sobrevivientes en condición de madre del soldado LUIS FERNANDO RAMÍREZ CRIOLLO, fallecido en combate el 8 de octubre de 2001, quien póstumamente fue ascendido al grado de cabo tercero, pues conforme a lo dispuesto por el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990 para acceder adicha prestación prevalecen los derechos de los hijos y el cónyuge sobreviviente del causante, por lo que al no haberse acreditado que al momento de su muerte el señor RAMÍREZ CRIOLLO se encontrara casado o en unión marital de hecho, la totalidad de la antedicha pensión corresponde a sus hijos PAULA ANDREA y LUIS FERNANDO RAMÍREZ VARGAS, pero para ello, deben adelantar el trámite administrativo correspondiente y judicial, en su caso.

No procede reliquidación de la pensión pues IBL no fue objeto de régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

RADICACIÓN: 85001-33-33-001-2014-00261-01.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho.

DEMANDANTE: Julio Alfredo Bernal Castillo.

DEMANDADO Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Aura Patricia Lara Ojeda.

FECHA PROVIDENCIA: Dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/134648834/85001-33-33-001-2014-00261-01fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Acude el demandante a la administración de justicia con el fin de que se declare la nulidad parcial de las resoluciones a través de las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES reconoció en su favor una pensión de vejez, por lo que solicito, a título de restablecimiento del derecho, que se le reconociera, liquidara y pagara dicha pensión dando aplicación a la Ley 33 de 1985 y, por lo mismo, aplicando una tasa de reemplazo equivalente al 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios incluyendo asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de clima y prima de riesgo, teniendo en cuenta que se desempeñó como servidor público por 28 años y 3 meses desde el 1 de septiembre de 1973 y hasta el 3 de octubre de 2013. La sentencia de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que el demandante era beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y que la pensión se le reconoció teniendo como base el 75% del promedio del salario devengado durante el último año de trabajo sin tener en cuenta los demás factores salariales devengados por aquel en este período. Con fundamento en lo anterior la demandada interpuso el recurso de apelación solicitando la revocatoria de la providencia impugnada con fundamento en que la liquidación de la pensión se ajustó a lo previsto en la Ley 33 de 1985 por lo que no era procedente la reliquidación pretendida, toda vez que el ingreso base de liquidación no es un aspecto cobijado por el régimen de transición previsto en la Ley 100.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Es procedente la reliquidación de la pensión de vejez del señor Julio Alfredo Bernal Castillo con inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios?

TESIS:

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993 / Ingreso base de cotización para beneficiarios debe calcularse solo con los factores salariales sobre los cuales se haya efectuado aportes / Reglas de unificación jurisprudencial.

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 28 de agosto de 2018, unifica su criterio en cuanto a la interpretación que debe dársele al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinando que la citada disposición permite a los beneficiarios del régimen de transición adquirir su pensión de vejez con la edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y tasa de remplazo del régimen anterior, pero aclara y fija como regla entre otras los factores salariales que deben ser incluidos con respecto de los cuales se haya efectuado aportes. (...) Siguiendo entonces la regla y subreglas de la sentencia de unificación proferida por el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, se establece que el servidor público cobijado en régimen de transición que se pensione conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, se le debe tener en cuenta como periodo de liquidación el ordenado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son únicamente aquellos sobre enlistados en la norma, siempre que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993 / IBL no fue aspecto sometido a régimen de transición.

(...) la Sala observa que el último cargo desempeñado en el extinto DAS fue el de piloto el cual no se enlista dentro de los señalados en el Decreto 1047 de 1978 y 1933 de 1985 que establecen un régimen especial, en tal sentido la pensión de vejez del actor se rige por las normas generales previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional. Establecido lo anterior, se advierte que el demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en tal medida, tiene derecho a la aplicación de las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión consagrados en la Ley 33 de 1985 que consagraba el régimen pensional de los servidores públicos anterior a la Ley 100, por haber cumplido los requisitos allí señalados para el efecto. No obstante, se advierte que, en lo que tiene que ver con el IBL de la pensión, se debe dar aplicación a las reglas fijadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, la cual, constituye precedente obligatorio para los casos que se encuentren pendientes de decisión en vía administrativa y judicial y, según la cual, el IBL no es un aspecto sometido al régimen de transición. En tal sentido, y teniendo en cuenta la segunda subregla fijada por la citada Corporación en la providencia referida, los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de los servidores públicos beneficiarios de la transición, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993 / IBL debe calcularse con base en los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales se efectuaron aportes / Devengos pretendidos por el demandante no pueden ser incluidos como base para liquidar su pensión de vejez.

Según certificación de 12 de junio de 2014, el demandante en el último año de servicios además de la asignación básica, devengó, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de clima, prima de riesgo, vacaciones y prima de servicios, los cuales no se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, de tal manera que no pueden ser incluidos como base para liquidar su pensión de vejez. En ese orden de ideas, no se vislumbra transgresión al derecho reclamado por el demandante, pues su prestación fue liquidada con inclusión del promedio de asignación básica y bonificación por servicios prestados, factores salariales sobre los cuales se efectuaron los respectivos aportes al sistema de seguridad social según se evidencia en la certificación de salario base expedida el 09 de agosto de 2012, además que los mismos se encuentran consagrados en el Decreto 1158 de 1994 aplicable al asunto. Así las cosas, se concluye que en el presente caso el demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con inclusión de la totalidad de los factores percibidos durante el último año de servicios, como lo pretende en la demanda. En consecuencia, se deberá revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se niegan en su totalidad las pretensiones de la demanda, conforme con las consideraciones previamente expuestas.

Orden de reintegro sin solución de continuidad implica el pago de todos los salarios dejados de percibir desde la desvinculación ilegal.

RADICACIÓN: 850013331001-201700258 -01.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho.

DEMANDANTE: Orlando Sandoval Vega.

DEMANDADO: Municipio de Hato Corozal.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Inés del Pilar Núñez Cruz.

FECHA PROVIDENCIA: Dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/134648834/850013331001-201700258+-01fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Demanda el accionante la declaratoria de nulidad del acto administrativo a través del cual el municipio de Hato Corozal negó el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales correspondientes al período comprendido entre el 26 de abril y el 31 de octubre de 2016, fechas en las cuales, pese a no estar en firme la resolución en la que se decidió su retiro del servicio por haber llegado a la edad de retiro forzoso, la administración municipal dejó de cancelar salarios y prestaciones sociales, muy a pesar de que a través de orden de tutela se ordenó su reintegro al cargo, circunstancia última que se dio, pero sin el pago de los emolumentos respectivos al período en que duró desvinculado. El juzgado de primera instancia declaró la nulidad de los actos administrativos acusados y condenó a la entidad al pago de los salarios y prestaciones sociales causados desde el 04 de mayo y hasta el 31 de octubre de 2016 y a que efectuara el aporte pensional correspondiente, teniendo en cuenta que la sentencia de tutela

que ordenó su reintegro lo hizo aclarando que el mismo debía darse sin solución de continuidad, lo que suponía que la demandada debía pagar sus acreencias laborales como si no lo hubiera retirado del servicio. La parte demandada interpuso el recurso de apelación contra la providencia indicada argumentando que la desvinculación del demandante no fue irregular habida cuenta que el acto de desvinculación no fue anulado por la jurisdicción contencioso administrativa, pues dicho pleito se encuentra pendiente en otro juzgado, por lo que, como cuestión previa, la sentencia de segunda instancia analizó la posible configuración de la excepción de pleito pendiente.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Es procedente confirmar el fallo de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda o si lo que corresponde es, revocar dicha sentencia y negar las pretensiones del accionante, de acuerdo con los argumentos expuestos por la entidad demandada?

TESIS:

EXCEPCIÓN DE PLEITO PENDIENTE / Finalidad / Requisitos para su configuración.

En lo que tiene que ver con el tema la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, ha señalado: *“La excepción de pleito pendiente tiene como propósito evitar el desgaste de la administración de justicia como consecuencia de la concurrencia de procesos entre las mismas partes, con el mismo objeto y causa. Para que se configure este medio exceptivo, es necesario que se cumplan los siguientes presupuestos: i) que exista otro proceso en curso, (ii) que las partes sean las mismas, (iii) que las pretensiones y causa sean idénticas y (iv) que los hechos que soportan las pretensiones sean los mismos.”* (...) De esta manera se concluye que, a la luz de la de las normas y la jurisprudencia citadas, no existe identidad entre las pretensiones del proceso radicado bajo el número 850013333002-2017-00115-00 que se adelanta en el juzgado tercero administrativo de Yopal y el sub judice, pues en estos se busca la nulidad de actos administrativos diferentes, pues mientras que en el primero se pide “Que se declare la nulidad de comunicación 100-05-01-004 de fecha 10 de Enero de 2017, por el cual el Alcalde Municipal del MUNICIPIO DE HATO COROZAL, niega al Empleado Público ORLANDO SANDOVAL VEGA el pago de los salarios y prestaciones correspondientes al periodo del 26 de abril de 2016 al 31 de Octubre de 2016, pagos salariales y prestacionales no efectuados sin que existiera acto administrativo de desvinculación en firme y desconociendo la orden judicial emitida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Hato Corozal y confirmada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Ariporo (...)”, en el segundo se busca la “nulidad de la Resolución No 100-04-138 fechada de 26 de abril de 2016, por la cual el Acalde (E) Municipal del MUNICIPIO DE HATO COROZAL, desvinculo el Empleado Público ORLANDO SANDOVAL VEGA, al considerar que cumplía la edad de retiro forzoso, pero sin considerar que mismo se

encontrara pensionado (...), razón por la que no puede declararse la existencia de pleito pendiente entre las partes y en consecuencia, debe continuarse con el estudio del fondo del asunto.

DESVINCULACIÓN POR RETIRO FORZOSO / Debe considerar la garantía de derechos fundamentales del trabajador / Retiro debe operar desde el momento en que se hace efectivo el derecho a la pensión.

(...) en cuanto a la desvinculación de funcionarios públicos por cumplir la edad de retiro forzoso, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-643 del 09 de octubre de 2015, señaló: *“En suma, la Corte ha precisado que la desvinculación de un funcionario por alcanzar la edad de retiro forzoso no puede llevarse a cabo de manera objetiva y automática, sin analizar antes las particularidades de cada caso, debido a que como la decisión implica privar de un ingreso a una persona de la tercera edad, ello puede tener consecuencias transgresoras de garantías fundamentales que pueden ir desde el derecho al mínimo vital hasta el derecho a la salud. En otras palabras, la desvinculación de los trabajadores por el motivo de alcanzar la edad de retiro forzoso, sin haber alcanzado a cumplir los requisitos para obtener su pensión, debe hacerse con base en argumentos razonables y medidas de proporcionalidad entre la posibilidad legal del empleador de tomar dicha decisión, y la situación de desprotección en que pueda quedar el trabajador; ello porque la omisión del empleador en evaluar las circunstancias particulares del adulto mayor, puede devenir en vulneración de los derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas.”* Por su parte, el H. Consejo de Estado en sentencia proferida dentro de un asunto similar al que ocupa la atención de esta Corporación, refirió respecto del retiro de los servidores públicos que han cumplido la edad de retiro forzoso: *“Así entonces, de lo hasta aquí expuesto es claro que la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en establecer que la tutela es procedente para proteger la efectividad de los derechos laborales y asegurar el descanso de quienes acceden a la pensión de jubilación en condiciones dignas para lo cual es necesario que el retiro opere a partir del momento en que se hace efectivo tal derecho, es decir, desde la inclusión efectiva del empleado en la nómina de pensionados con el fin de que el cambio de estatus no implique la privación de un ingreso mensual que garantice el mínimo vital y móvil de la persona separada del servicio.”*

ORDEN DE REINTEGRO SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD / Alcance / Efectos ex - tunc.

(...) respecto del concepto y alcance de la orden de reintegro sin solución de continuidad, expresó: (...) *“Es propicio señalar que la nulidad y restablecimiento del derecho, es el mecanismo de control de legalidad de los actos administrativos de contenido particular, que por vía del derecho de acción permite “restablecer” a través de la sentencia situaciones subjetivas afectadas por el acto ilegal. Por ello, el restablecimiento del derecho por excelencia comprende aquellas órdenes*

tendientes a retrotraer la condición perdida o desconocida por el acto anulado, reintegrando a la persona al cargo ocupado con pago de salarios y prestaciones, sin solución de continuidad; reconociendo el derecho que debió ostentarse en anterior oportunidad, entre otras. De acuerdo con lo dicho, la orden estimatoria que profiere el juez administrativo dentro de un juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, tiene efectos ex – tunc; es decir que su impacto se verifica aún sobre situaciones jurídicas que con el paso del tiempo se consolidaron de determinada forma, para retrotraerlas al estado inicial que en derecho debió corresponder. Es decir, cuando se ordena un reintegro, para todos los efectos legales la situación administrativa del reintegrado en el tiempo que estuvo cesante se convierte en servicio activo sin solución de continuidad.”

DESVINCULACIÓN POR RETIRO FORZOSO / Debe valorarse teniendo en cuenta que se encuentre probada la adquisición del derecho a pensionarse – ORDEN DE REINTEGRO SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD / Procedía cancelar los salarios y emolumentos laborales dejados de percibir desde el momento de la desvinculación.

Con fundamento en las pruebas recaudadas en legal forma dentro del proceso, la normatividad y la jurisprudencia que se relacionó con anterioridad fuerza concluir que, a. El retiro del señor ORLANDO SANDOVAL VEGA del cargo de OPERARIO, código 487, grado 06 ordenado por el MUNICIPIO DE HATO COROZAL a través de la comunicación No. 100-05-01-004 del 10 de enero de 2017 vulneró la ley y los derechos laborales del demandante, pues desconoció que, la separación del servicio de un funcionario público que cumplió la edad de retiro forzoso no puede efectuarse de manera automática, sino que se debe analizar cada caso en concreto y sobre todo, tener en cuenta que se encuentre probado que ha adquirido el derecho a pensionarse, lo que no acontece con el accionante. b. De otra parte, ordenado y efectuado el reintegro, lo procedente era cancelar al actor los salarios y demás emolumentos laborales dejados de percibir durante el tiempo de su desvinculación y más cuando el mismo se dispuso sin solución de continuidad, porque ese es precisamente uno de los factores que se tienen en cuenta en asuntos como el que nos ocupa, a efectos de restablecer el derecho. Por las anteriores razones debe confirmarse la decisión impugnada.

Cargos de libre nombramiento y remoción no gozan de fuero o estabilidad laboral reforzada.

RADICACIÓN: 85001-33-33-001-2018-00122-01.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho.

DEMANDANTE: Cristóbal Amézquita Guio.

DEMANDADO: Fiscalía General de la Nación, Departamento Administrativo de la Función Pública; Departamento Administrativo de la Presidencia de la

República; Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Ministerio de Justicia y del Derecho.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Aura Patricia Lara Ojeda.

FECHA PROVIDENCIA: Dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/134648834/85001-33-33-001-2018-00122-01fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Acude el demandante al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de deprecar la nulidad parcial de los actos administrativos a través de los cuales las entidades demandadas suprimieron el empleo de subdirector seccional del nivel directivo que se encontraba desempeñando en la Dirección Seccional de Casanare de la Fiscalía General de la Nación y que le notificaron la desvinculación del actor del empleo suprimido, demandando, a título de restablecimiento del derecho, el reintegro al cargo o a uno de igual o superior jerarquía y remuneración, así como el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de su retiro. Arguyó el demandante que fue nombrado en un cargo de carrera en la planta global de la Fiscalía al cual declinó en razón a la expectativa de estabilidad laboral que se generó con el nombramiento de subdirector seccional y que las normas de supresión del empleo que ocupaba lo único que modificaron fue la nomenclatura del empleo pasando de subdirector seccional a subdirector regional, conservando los mismos requisitos y remuneración del cargo que ocupaba. La Fiscalía General de la Nación contestó la demanda indicando que el último cargo ocupado por el demandante en la institución era de libre nombramiento y remoción, por lo que se opuso a las pretensiones alegando la presunción de legalidad del acto administrativo y justificando la imposibilidad del reintegro solicitado teniendo en cuenta que el cargo que ocupaba fue suprimido. El fallador de primera instancia negó las pretensiones teniendo en cuenta que no advirtió vulneración a derecho alguno debido a que, conforme a lo dispuesto en el Decreto 898 de 2017 y la Sentencia C-013 de 2018, las únicas personas que, pese a haberse suprimido el cargo que ocupaban, deben ser reincorporadas a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación son las que ostenten derechos de carrera administrativa o se encuentren en reten social, circunstancias que no fueron acreditadas por el demandante, además de justificar que existió una inadecuada interpretación del demandante frente al principio de confianza legítima y a la estabilidad laboral especial o reforzada que aquel le atribuye a un cargo de libre nombramiento y remoción. La decisión fue apelada por la parte demandante bajo la reiteración de la vulneración de sus derechos al trabajo, igualdad y confianza legítima, así como en la trayectoria y experiencia adquirida en diferentes cargos en la entidad por más de 23 años, lo cual no fue considerado al momento de decidir sobre la permanencia o reubicación del mismo en la planta de personal.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿El acto administrativo demandado, vulneró los derechos al trabajo, igualdad y confianza legítima del señor Cristóbal Amézquita al haber sido

retirado del servicio por la supresión del cargo de subdirector seccional que se encontraba desempeñando?

TESIS:

RETIRO DEL SERVICIO PÚBLICO / Supresión del empleo por reestructuración o reforma de la planta de personal / Trayectoria, capacitación, experiencia o conducta no constituyen causal alguna de configuración de fuero especial o estabilidad laboral.

El Artículo 209 constitucional en su inciso primero dispone que la función administrativa está al servicio del interés general, persiguiendo el cumplimiento de los fines propios del Estado Social de Derecho dispuestos en el artículo 2º de la Carta Política, (...) Por su parte, los artículos 53, 55, 122 y 125 de la Constitución Política establecen los principios que deben ser tenidos en cuenta para garantizar los derechos de los servidores públicos. Así mismo, la Ley 909 de 2004, en su artículo 41, dispone que la supresión del empleo es una causal de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa. Bajo estos supuestos, se encuentra, que la supresión de un cargo se puede producir por fusión o liquidación de la entidad pública respectiva, por reestructuración de la misma, por modificación de la planta de personal, por reclasificación de los empleos, por políticas de modernización del Estado con el fin de hacer más eficaz la prestación del servicio público, controlar el gasto público, abolir la burocracia administrativa, entre otros, objetivos que deben dirigirse exclusivamente a lograr la optimización en términos de calidad, idoneidad y eficiencia del servicio público, basarse en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general, sin dejar de lado la protección de los derechos de los trabajadores. Sobre el particular, el Consejo de Estado en sentencia de 09 de octubre de 2020: explicó: “[...] Cuando se retira a un empleado de la planta de cargos, como consecuencia de una supresión, se hace porque el empleo específico fue suprimido por un acto administrativo, lo que sucede cuando la cantidad de cargos desaparece o disminuye, o en la nueva planta de personal no subsisten cargos con funciones iguales o equivalentes a los cuales pueda incorporarse el funcionario. [...] [E]l derecho a la estabilidad no impide que la administración por razones de interés general ligadas a la propia eficacia y eficiencia de la función pública pueda suprimir determinados cargos, por cuanto ello puede ser necesario para que el Estado cumpla sus cometidos. (...) es necesario resaltar que no puede invocar la demandante una especie de derechos adquiridos o de fuero especial de estabilidad por razón de su trayectoria, capacitación, experiencia o conducta, ya que estos factores constituyen una base eventual para su vinculación a cualquier cargo, más no para su desvinculación, máxime cuando se trata de nombramientos que no están cobijados por el fuero de carrera.”

MODIFICACIÓN A LA PLANTA DE PERSONAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / Exequibilidad del artículo 59 del Decreto – Ley 898 de 2017.

Se advierte que el Decreto – Ley fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 013 de 14 de marzo de 2018, en lo que respecta al artículo 59 la Corporación,

explicó: “La Corte encuentra que las modificaciones realizadas en la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación apuntan a reforzar el área misional de la Entidad, en la medida en que se suprimen cargos directivos; que se reduce el número de dependencias de la Dirección de Apoyo a la Gestión, pasando de 24 Subdirecciones Seccionales a 8 Subdirecciones Regionales; que como consecuencia de lo anterior, se presenta una reducción en los gastos de personal, y que las modificaciones a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación persiguen unos fines constitucionalmente válidos, lo que conduce a declarar la exequibilidad de los artículos 59, 60 y 61 del Decreto Ley 898 de 2017, así como la de los artículos 62, 63, 64, 65, 66 y 67 del Decreto Ley 898 de 2017, que no ofrecen reparo alguno de constitucionalidad”.

RETIRO DEL SERVICIO POR SUPRESIÓN DEL EMPLEO / Supresión de cargo de libre nombramiento y remoción / Cargos de libre nombramiento y remoción no están cobijados por fuero de estabilidad o derechos de carrera / Demandante no acreditó causal especial que determinara su reintegro a otro cargo.

De acuerdo con las premisas jurídicas citadas en apartes anteriores, es claro que el artículo 209 de la Constitución Política establece que la función administrativa está al servicio del interés general en cumplimiento de los fines estatales, así el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 dispone que la supresión de empleo es una causal de retiro del servicio de quienes desempeñen cargos de libre nombramiento y remoción. Establecido lo anterior, se evidencia que el presidente de la República en ejercicio de sus facultades emitió el Decreto – Ley 898 de 29 de mayo de 2017, mediante el cual modificó parcialmente la estructura de la Fiscalía General de la Nación y la planta de cargos de la entidad; por tanto, en su artículo 59 dispuso suprimir entre muchos otros el cargo de subdirector seccional que ocupaba el demandante. (...) La Sala advierte que el retiro del servicio del actor se produjo por la supresión del cargo de libre nombramiento y remoción que se encontraba desempeñando, causal que en todo caso se encuentra establecida no solo en la Ley sino en el Decreto 0020 de 09 de enero de 2014 “Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas”; en ese orden de ideas, corresponde a los parámetros dados por el Consejo de Estado en sentencia de 09 de octubre de 2020, previamente citada, en cuanto explica que la supresión de empleos es un motivo admisible de retiro que se encuentra sustentado en la necesidad de adecuar las plantas de personal. El señor Amézquita Guio alega que con la expedición del acto administrativo se vulneró su derecho al trabajo, igualdad y confianza legítima además de pretermitir su experiencia e idoneidad pretendiendo invocar derechos adquiridos; sobre el punto la Sala considera que como el cargo desempeñado era de libre nombramiento y remoción, no está cobijado por fuero de estabilidad o derechos de carrera, aunado a que no acreditó que tuviera alguna situación especial (pre – pensionado, discapacidad, etc.) que debiera ser tenida en cuenta para ser incorporado a otro cargo. (...) Así las cosas, la Sala evidencia que el fin último perseguido con el acto administrativo demandado y que suprimió el cargo que el demandante desempeñaba apuntaba a reforzar el área misional de la entidad y una reducción en los gastos de personal, sin que se haya demostrado una conducta arbitraria en la decisión de

retiro, pues en todo caso el análisis probatorio conllevó a establecer que esta situación administrativa obedeció a la supresión del cargo causal permitida por la Ley. Por tal razón se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Yopal.

Prima de riesgo de exempleados del DAS no es factor salarial sino a partir de la vinculación a otras plantas de personal.

RADICACIÓN: 850013333001-202000173-01.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho.

DEMANDANTE: Elías Moisés Eregua.

DEMANDADO: Patrimonio Autónomo de Defensa Jurídica del Extinto DAS y su fondo rotatorio, administrado y representado legalmente por la Sociedad FIDUPREVISORA S.A.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Inés del Pilar Núñez Cruz.

FECHA PROVIDENCIA: Dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/134648834/850013333001-202000173-01fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: El demandante, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, deprecó la nulidad de las resoluciones a través de las cuales el Patrimonio Autónomo de Defensa Jurídica del Extinto DAS, administrado y representado legalmente por la Fiduprevisora S.A., negó incluir la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de sus cesantías y aportes a pensión, teniendo en cuenta que ocupó el cargo de Agente Escolta en la misma entidad desde el 13 de enero de 2005 y hasta el 31 de diciembre de 2011, fecha última después de la cual fue incorporado, sin solución de continuidad, a la Fiscalía General de la Nación, entidad que desde aquel momento sí incluyó la aludida prima como factor salarial para la liquidación de las prestaciones indicadas. Por lo anterior, solicitó a título de restablecimiento del derecho que se le reconociera y pagara el valor resultante de la reliquidación de las cesantías, intereses a las cesantías y aportes a pensión incluyendo la prima de riesgo como factor salarial. El Juez de primera instancia decidió negar las pretensiones de la demanda con fundamento en que, para el cómputo de pensiones, cesantías o intereses a las cesantías la prima de riesgo no era considerada factor salarial de acuerdo con las disposiciones del ordenamiento jurídico, decisión que fue impugnada por el demandante a través del recurso de alzada en el que alegó que, teniendo en cuenta que la prima de riesgo fue devengada como una prestación periódica y directa por su trabajo, tal prestación es constitutiva de salario por lo que se debía acceder a sus pretensiones.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Es procedente confirmar el fallo de primera instancia que

denegó las pretensiones de la demanda por considerar que, la prima de riesgo no constituye factor salarial para liquidar las prestaciones sociales devengadas por el accionante durante el tiempo en que laboró al servicio del extinto DAS?

TESIS:

RÉGIMEN PRESTACIONAL DE EMPLEADOS DEL DAS / Fundamento normativo / Factores a tener en cuenta para la liquidación del auxilio de cesantías.

(...) el presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 1° de la Ley 43 de 1988 expidió el Decreto Ley 1933 de 1989, mediante el cual dictó el régimen prestacional especial para los empleados del DAS, indicando en su artículo 1°, que *“Artículo 1.º. Norma general. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3º y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este decreto establece”*. De esta manera se observa que, los empleados del extinto DAS tenían derecho tanto a las prestaciones contenidas en el Decreto 1933 de 1989 como a las establecidas en las normas que regulaban el régimen prestacional general de los empleados públicos del orden nacional. Al reglamentar lo relacionado con la liquidación de cesantías y pensiones el artículo 18 ibidem, dispuso sobre los factores que debían tenerse en cuenta (...)

PRIMA ESPECIAL DE RIESGO PARA TRABAJADORES DEL DAS / No es factor salarial para liquidación de cesantías y pensiones.

(...) mediante el Decreto 1137 de 1994 se creó la prima especial de riesgo con carácter mensual y permanente para los empleados que ocupaban los cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalístico especializado, profesional o técnico y conductores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, que según su artículo 1°. no constituía factor salarial. Esta norma se derogó por el Decreto 2646 de 1994 que otorgó a los empleados del extinto DAS el derecho a percibir mensualmente y de forma permanente la antedicha prima especial de riesgo, equivalente a un porcentaje variable entre el 15% y el 35% de su asignación básica mensual, conforme al cargo desempeñado. (...) Lo expuesto permite concluir que, los factores sobre los cuales se deben liquidar las pensiones y el auxilio de cesantías de los empleados que laboraron al servicio del desaparecido Departamento Administrativo de Seguridad se establecieron taxativamente en el Decreto 1933 de 1989, en los que no se contempló la prima especial de riesgo, ulteriormente reconocida a dichos funcionarios en el Decreto 2646 de 1994.

PRIMA ESPECIAL DE RIESGO PARA TRABAJADORES DEL DAS / Solo es factor salarial a partir de la incorporación de los servidores del extinto DAS a otras entidades u organismos receptores / Jurisprudencia de unificación.

En relación con la inclusión de la prima especial de riesgo como factor salarial en la reliquidación de prestaciones, el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 12 de mayo de 2022 expresó: “(...) De conformidad con lo dispuesto por los Decretos 1137 y 2646 de 1994, la prima de riesgo no es factor salarial para efectos de liquidar prestaciones sociales diferentes a pensión, en favor de los servidores que se desempeñaron en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, hasta su supresión, ordenada por el Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011. Dicho valor constituye factor salarial para todos los efectos legales a partir de la incorporación de los servidores del DAS a otras entidades u organismos receptores, como consecuencia de lo previsto por el artículo 7 del Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011. (...) Con fundamento en las pruebas recaudadas en legal forma dentro del proceso, la normatividad y la jurisprudencia que se relacionó con anterioridad fuerza concluir que, el señor ELÍAS MOÍSES EREGUA no tiene derecho a que se le reliquiden las prestaciones sociales devengadas durante el tiempo en que laboró al servicio del extinto DAS ni los aportes pensionales con la inclusión de la prima de riesgo, por lo que debe confirmarse el fallo impugnado.

Se acreditaron elementos de relación laboral de operario de mantenimiento estadio de Yopal.

RADICACIÓN: 85001-3333-002-2016-00093-01.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho.

DEMANDANTE: Yeison Paulino Chavita Segua.

DEMANDADO: Instituto para la Recreación y el Deporte de Casanare – INDERCAS.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Aura Patricia Lara Ojeda.

FECHA PROVIDENCIA: Dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/134648834/85001-3333-002-2016-00093-01fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Acude el accionante a la jurisdicción con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo mediante el cual el Instituto para la Recreación y el Deporte de Casanare – INDERCAS negó la existencia de una relación laboral y el consecuente pago de las prestaciones e indemnizaciones solicitadas por el accionante y, a título de restablecimiento del derecho, pidió que se declarara la existencia de una relación laboral desde el 03 de agosto de 2012 y hasta el 23 de junio de 2014, tiempo en el que trabajó para la entidad demandada sin solución de continuidad a través de órdenes de prestación de servicios a través de las cuales cumplió funciones de mantenimiento de guadañador, aseo, celaduría,

entre otras; y la correspondiente condena al reconocimiento, liquidación y pago de las acreencias laborales causadas en este periodo. La entidad demandada contestó la acción argumentando la inexistencia de la relación laboral aducida como quiera que las actividades desarrolladas por el demandante se desarrollaron de manera independiente y, además, las mismas no correspondían a aquellas que constituían su giro ordinario de actividades. El fallador de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda encontrando cumplidos los presupuestos legales para la configuración de un contrato realidad y advirtió que la prestación personal del servicio se dio de manera continua pero interrumpida, pues, entre uno y otro contrato hubo interregnos superiores a los 15 días. Entendió el Juez que las labores ejecutadas por el demandante sí correspondían a actividades propias de la entidad demandada conforme se establece para el cargo de auxiliar de servicios generales del área financiera, por lo que decidió reconocer en favor del demandante el pago de todas las prestaciones sociales similares a las que devengaba un funcionario de planta durante el tiempo de los contratos de prestación de servicios. La accionada apeló el fallo de primera instancia alegando una indebida valoración probatoria al existir incongruencia entre lo probado y lo resuelto toda vez que, del material obrante en el proceso, no era preciso concluir la existencia de la relación laboral alegada, toda vez que de los testimonios allegados se pudo evidenciar que, en ocasiones, el demandante enviaba reemplazos para la ejecución de las actividades propias de su gestión, además de concluirse que nunca hubo un horario asignado para tales actividades, por lo que concluyó que el actor no logró acreditar los elementos de una relación laboral.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Con el acervo probatorio recaudado se prueba la existencia de una relación laboral entre el señor Yeison Paulino Chavita Segua y el Instituto para la Recreación y el Deporte de Casanare?

TESIS:

CONTRATO REALIDAD / Diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral / Principio de primacía de la realidad sobre las formas.

(...) la Corte Constitucional en sentencia T-392 de 2017, explicó de manera clara, los conceptos de contratos de prestación de servicios, relación laboral con el Estado y primacía de la realidad sobre las formas: *“El contrato de prestación de servicios con el Estado supone la existencia de una obligación de hacer a cargo del contratista, quien goza de autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico, y ejerce sus labores por un tiempo determinado, situación que no da derecho al reconocimiento de las prestaciones derivadas del contrato de trabajo. Por otro lado, existirá una relación laboral cuando, independientemente de la denominación que las partes asignen a un contrato, se presten servicios personales, se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre quien desempeña la labor y, se acuerde una contraprestación económica. Además de los tres elementos propios de las relaciones*

laborales, la permanencia en el empleo es un criterio determinante para reconocer si en un caso concreto se presenta una relación laboral. (...) El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en la Carta Política, opera cuando se celebra un contrato de prestación de servicios para esconder una relación laboral. Así pues, si se configura una relación laboral bajo la denominación de contrato de prestación de servicios, el efecto del principio mencionado se concretará en la protección del derecho al trabajo y las garantías laborales” De la jurisprudencia previamente citada, se concluye que el contrato de prestación de servicios se desvirtúa, cuando se identifica que en el desarrollo de la ejecución contractual, están presentes los tres elementos esenciales de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración, y la subordinación, caso en el cual, surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas.

CONTRATO REALIDAD / Elementos que deben probarse para su configuración / Subordinación es el elemento determinante.

(...) para que se pueda predicar la existencia de un contrato realidad, la parte demandante debe probar la prestación personal del servicio, la permanencia en las actividades para las cuales fue contratado y que las mismas son inherentes a la misión de la entidad, de manera que se pueda efectuar una comparación con los empleados de planta. Así mismo, debe demostrar el pago de la remuneración por la labor prestada y el presupuesto primordial de subordinación y dependencia, esto es, que desborde las facultades de coordinación, este es el elemento más importante cuando de contrato realidad se trata, pues es el que tipifica el contrato de trabajo o la relación laboral, así lo expone el Consejo de Estado en la sentencia de unificación previamente citada: *“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente”* (...) Respecto al elemento subordinación el Consejo de Estado señala que es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento respecto al modo, tiempo, cantidad de trabajo, se le imponen reglamentos y que la parte actora que aduce la configuración de un contrato realidad debe demostrar la permanencia, esto es que la labor que desarrolla sea inherente a la entidad o que exista similitud en las actividades realizadas como parámetro de comparación con los demás empleados de planta, además de aquellas que necesariamente se analizan para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios, una verdadera relación laboral.

PRESCRIPCIÓN DEL CONTRATO REALIDAD / Reglas de unificación jurisprudencial.

El Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, explica: "(...) Respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales: (i) quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, (ii) sin embargo, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, (iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal; (iv) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control; (v) tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; (vi) el estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral; y (vii) el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador". Con fundamento en lo anterior, prescriben aquellos derechos que no fueron reclamados dentro de los tres años siguientes a la terminación del vínculo contractual, no ocurre lo mismo, con aquellos aportes que se debieron efectuar al sistema de seguridad social en pensiones, frente a lo cual, el juez se debe pronunciar en cada caso, una vez acreditada la existencia de una relación laboral.

CONTRATO REALIDAD / Solución de continuidad / Reglas de unificación jurisprudencial / Término de 30 días hábiles para determinar entre uno y otro contrato para determinar si existió o no solución de continuidad de la relación laboral subyacente.

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 de 09 de septiembre de 2021, adoptó tres reglas, la primera relativa a la justificación en la necesidad del servicio que deben tener los estudios previos y el objeto del contrato, sin ánimo de permanencia, la segunda, concernientes a la no solución de continuidad y la tercera que hace referencia a la improcedencia de devolución de sumas asumidas por el contratista por concepto de seguridad social en salud (...) Respecto al primer parámetro establecido, el Consejo de Estado señala que el término estrictamente indispensable establecido en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es aquel que aparece determinado en el contrato de prestación de servicios y que de acuerdo con el principio de planeación y lo estipulado en los

estudios previos, representa el tiempo en el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y que prohíbe prolongar indefinidamente la ejecución de los contratos estatales. En cuanto a la segunda regla, el órgano de cierre acoge el término de 30 días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios, indicando que cuando se interrumpe la prestación de servicios por dicho término el vínculo laboral que surge cuando se acredita la relación laboral sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados y que además resulta razonable y suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, la adición o una prórroga del anterior, por cuanto en muchos de los casos se ha encontrado que existe una relación encubierta, se advierten interrupciones superiores a un mes (...) En el numeral 5 de la sentencia de unificación traída a colación, se establecieron los efectos de las reglas jurisprudenciales fijadas, indicando que se aplican “a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables”. La Sala precisa que las nuevas reglas de unificación son aplicables en el presente asunto, pues su estudio se concreta a determinar si se reúnen los elementos del contrato laboral a partir de la celebración sucesiva de contratos de prestación de servicios con interrupciones entre uno y otro, para lo cual se tendrá el término de 30 días hábiles como parámetro para determinar si hubo o no solución de continuidad.

CONTRATO REALIDAD / Acreditación de los elementos de la relación laboral.

(...) el Tribunal considera que con las pruebas documentales contenidas en los contratos e informes de actividades allegadas al plenario, se acredita que el señor Yeison Paulino Chavita Segua prestó sus servicios personales en virtud de los 3 contratos de prestación de servicios suscritos con Indercas dentro del periodo comprendido entre el 03 de agosto de 2012 y el 23 de junio de 2014 con intervalos de tiempo entre una y otra orden de prestación de servicio ejerciendo labores de mantenimiento, limpieza, poda, riego y cuidado de los escenarios e implementos deportivos del estadio Santiago de Atalayas, así como labores de vigilancia en horario nocturno tal y como lo manifestó el testigo Henry Sepúlveda, quien rindió declaración en audiencia de pruebas celebrada el 15 de febrero de 2018 pues indicó que él junto con el demandante cumplían labores de celaduría ya que estaban a cargo y tenían bajo su responsabilidad los implementos deportivos y escenarios del estadio, lo cual fue igualmente referido por el actor en el interrogatorio de parte. La Sala encuentra que las obligaciones pactadas entre el demandante y el Indercas fueron corroboradas con el testimonio practicado, siendo claro que las actividades desarrolladas por el demandante consistían en el mantenimiento, poda, riego, limpieza y demás labores encaminadas para conservar en buen estado el estadio Santiago de las Atalayas, sin que haya duda de que el primer elemento para que se configure una relación laboral se encuentra acreditado. En lo que respecta al elemento de la subordinación, revisado el expediente, se colige que este elemento se encuentra demostrado ya que las actividades desempeñadas por el señor Yeison Chavita Segua, descritas en los contratos de prestación de servicios y relacionadas en los informes

de actividades presentados de forma mensual ante la entidad, le exigían la permanencia y disponibilidad en las instalaciones del estadio Santiago de las Atalayas del municipio de Yopal, pues era allí donde debía realizar sus actividades diarias de mantenimiento, poda, limpieza, riego, cuidada y vigilancia, registro de la población beneficiada, control de ingreso de personal, cuidado de las instalaciones y elementos, etc. (...) Analizado lo anterior, es claro que los argumentos expuestos por la entidad demandada no tienen soporte, en tanto está demostrado que el señor Yeison Paulino Chavita Segua permaneció día y noche en su lugar de trabajo, con lo cual se prueba subordinación, aunado a los informes, planillas y cronogramas obrantes en el plenario, respecto de los cuales se vislumbra que el actor diariamente realizaba alguna actividad determinada (podada, riego, limpieza, etc.), así como reportes de la población beneficiaria de los diferentes deportes señalándose día, hora, entrenador, entre otros, lo cual evidencia que necesariamente debía estar permanentemente en el estadio para llevar registros del personal que utilizara los escenarios, además del cuidado y vigilancia de las instalaciones. En ese orden de ideas, sí se configura el elemento de subordinación, pues las actividades de mantenimiento y demás realizadas no fueron desarrolladas de manera autónoma, sino que requerían la orden de su superior inmediato, quien hacía las veces de supervisor, se acredita igualmente que cumplió horario de trabajo incluso los fines de semana y festivos, que realizó actividades de vigilancia y celaduría, mantenimiento de la cancha de fútbol y zonas aledañas correspondientes a poda, mantenimiento de las zonas verdes aledañas al escenario, desyerbe de la maleza dentro y fuera del escenario, control de entrada y uso del escenario, riego de la cancha de fútbol, riego y poda de los árboles y plantas que se encuentran dentro y en zonas exteriores al escenario, velar por el cuidado y sostenimiento de las instalaciones físicas e implementación deportiva del escenario y por las cargas de uso del escenario que concuerden con el tope máximo de utilización, llevando el registro correspondiente, y estaba a cargo de la estadística de la población beneficiada con cada uno de los escenarios. Lo anterior, denota que las labores exigían la presencia continua y permanente del señor Yeison Paulino Chavita Segua, se enmarcan dentro del giro ordinario de las actividades que presta el Indercas de acuerdo a su objeto y por ende, contrario a lo manifestado por la parte apelante, no se observa una indebida valoración probatoria, pues analizadas estas en conjunto permiten demostrar que entre el demandante y el Indercas sí se configuró una relación laboral. De conformidad con lo anterior, se colige que los contratos de prestación de servicios celebrados entre el demandante y el INDERCAS fueron mecanismos para disfrazar una verdadera relación laboral.

Se acreditó subordinación de auxiliar de archivo de la oficina jurídica de la gobernación de Casanare.

RADICACIÓN: 85001-3333-002-2016-00375-01.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho.

DEMANDANTE: Merardo Salcedo Mariño.

DEMANDADO: Departamento de Casanare.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Aura Patricia Lara Ojeda.

FECHA PROVIDENCIA: Dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/134648834/85001-3333-002-2016-00375-01fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Acude el accionante a la jurisdicción con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo mediante el cual el Departamento de Casanare negó la existencia de una relación laboral y el consecuente pago de las prestaciones e indemnizaciones solicitadas por el accionante y, a título de restablecimiento del derecho, pidió que se declarara la existencia de una relación laboral desde el 15 de marzo de 2012 y hasta el 24 de diciembre de 2015, tiempo en el que trabajó para la entidad demandada, de manera ininterrumpida, a través de órdenes de prestación de servicios a través de las cuales cumplió funciones propias de un empleado público de la entidad; y la correspondiente condena al reconocimiento, liquidación y pago de las acreencias laborales causadas en este periodo. La entidad demandada contestó la acción argumentando la inexistencia de la relación laboral dado que no se acreditó la supuesta subordinación o dependencia del demandante. El Juez de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda encontrando cumplidos los presupuestos legales para la configuración de un contrato realidad, sin embargo advirtió que algunos de los derechos reclamados se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción trienal, salvo los aportes a pensiones que gozan de imprescriptibilidad, por lo que dispuso el pago de algunas prestaciones teniendo en cuenta el salario mensual devengado por un funcionario que fungiera en el cargo de técnico administrativo y ordenó el reembolso de los pagos hechos por el demandante por concepto de seguridad social, pensión, riesgos profesionales, caja de compensación y reteica que fueron cancelados por el demandante durante el término de los contratos celebrados. La accionada apeló el fallo de primera instancia alegando la inexistencia de prueba que demostrara el elemento de subordinación alegando, entre otros aspectos, que la atención al público no puede tenerse en cuenta como subordinación como tampoco lo es el cumplimiento de un horario.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Se demostró en el proceso el elemento de subordinación, generando una verdadera relación laboral entre el departamento de Casanare el señor Merardo Salcedo Mariño?

TESIS:

CONTRATO REALIDAD / Diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral / Principio de primacía de la realidad sobre las formas.

(...) la Corte Constitucional en sentencia T-392 de 2017, explicó de manera clara, los conceptos de contratos de prestación de servicios, relación laboral con el Estado y primacía

de la realidad sobre las formas: *“El contrato de prestación de servicios con el Estado supone la existencia de una obligación de hacer a cargo del contratista, quien goza de autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico, y ejerce sus labores por un tiempo determinado, situación que no da derecho al reconocimiento de las prestaciones derivadas del contrato de trabajo. Por otro lado, existirá una relación laboral cuando, independientemente de la denominación que las partes asignen a un contrato, se presten servicios personales, se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre quien desempeña la labor y, se acuerde una contraprestación económica. Además de los tres elementos propios de las relaciones laborales, la permanencia en el empleo es un criterio determinante para reconocer si en un caso concreto se presenta una relación laboral.”* De la jurisprudencia previamente citada, se colige que el contrato de prestación de servicios se desvirtúa, cuando se identifica que en el desarrollo de la ejecución contractual, están presentes los tres elementos esenciales de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración, y la subordinación, caso en el cual, surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas.

CONTRATO REALIDAD / Elemento subordinación / Concepto y reglas de unificación jurisprudencial.

El contrato realidad se configura cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus instalaciones, con sus elementos de trabajo y bajo la imposición de órdenes que desbordan las necesidades de coordinación. Respecto al elemento subordinación, de conformidad con la jurisprudencia previamente expuesta, el Consejo de Estado señala que es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento respecto al modo, tiempo, cantidad de trabajo, se le imponen reglamentos y que la parte actora que aduce la configuración de un contrato realidad debe demostrar la permanencia, esto es que la labor que desarrolla sea inherente a la entidad o que exista similitud en las actividades realizadas como parámetro de comparación con los demás empleados de planta, además de aquellas que necesariamente se analizan para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios, una verdadera relación laboral. Posteriormente, la citada Corporación profirió la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, adoptando tres reglas, la primera relativa a la justificación en la necesidad del servicio que deben tener los estudios previos y el objeto del contrato, sin ánimo de permanencia, la segunda, concernientes a la no solución de continuidad y la tercera que hace referencia a la improcedencia de devolución de sumas asumidas por el contratista por concepto de seguridad social en salud. (...) Pues bien, con las nuevas reglas de unificación fijadas por el Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la celebración de los contratos de prestación de servicios debe efectuarse por el término estrictamente indispensable que se estima para que el contratista cumpla con el objeto del contrato, evitando que los contratos se prolonguen en el tiempo de manera indefinida. Así mismo,

determina cuatro indicios de subordinación que permiten configurar su existencia como el lugar de trabajo, el horario, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar y que las actividades a desarrollar sean de aquellas que son realizadas por los empleados de planta.

CONTRATO REALIDAD / Acreditación del elemento subordinación.

(...) la Sala considera que tal y como lo concluyó el a quo en el presente asunto se acredita el elemento de la subordinación, como quiera que las actividades desempeñadas por el señor Merardo Salcedo Mariño, descritas en los contratos de prestación de servicios, le exigían la permanencia y disponibilidad en las instalaciones del departamento de Casanare, específicamente en la Oficina de archivo, pues debía estar disponible para facilitar las carpetas contractuales que le solicitaban, llevar un inventario de las mismas, foliar los documentos que se ingresaban, haciendo uso del sistema de gestión integrada MECI – CALIDAD, fue capacitado por la coordinación del Sistema Nacional de Archivos y tuvo la custodia de las llaves del archivo contractual. Lo anterior se acompasa con lo declarado por los testigos, Ana Cecilia Mesa, Jenny Durley Vargas Durán y Julio César Valderrama, quienes manifestaron que el señor Merardo Salcedo prestaba las carpetas a los entes de control, gestionaba el sistema MECI – CALIDAD, estaba al tanto de las entrega y devolución de carpetas, actividades que hacía bajo la orden de su jefe inmediato, cumplía horario de 7:00 am a 12:00m y de 2:00 pm a 6:00 pm., pedía permisos, que el demandante tenía a cargo el manejo de las llaves y que no había un cargo de planta que desempeñara las mismas funciones. (...) En ese orden de ideas, al analizar lo manifestado por los testigos, con lo indicado por el secretario general del departamento de Casanare en certificación del 15 de enero de 2013, se colige que el demandante sí estaba subordinado a las órdenes impartidas por el jefe de la Oficina Jurídica, pues dicho funcionario tenía a cargo el archivo contractual y desde ahí debía facilitar los expedientes contractuales, incorporar la información entregada, expedir fotocopias, aplicar las indicaciones de la Oficina de Control Interno de Gestión integrado MECI -CALIDAD. Adicionalmente se advierte en el informe bajo juramento presentado por el gobernador de Casanare, que las actividades contractuales desarrolladas por el demandante son similares a las funciones de cargo de técnico administrativo Código 367, Grado 02, entre ellas, las de brindar soporte administrativo a la gestión de la Oficina Asesora Jurídica, mantener actualizada la base de datos del sistema de información, los informes que se requieran cuando el jefe inmediato lo considere y apoyar en la consolidación y búsqueda de la información en el archivo central, necesaria para atender los asuntos de la Oficina Asesora Jurídica, de tal manera que se desvirtúa lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y según lo señalado en la primera regla de la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021, el contrato de prestación de servicios se suscribe por un término estrictamente indispensable y no con el ánimo de permanencia como ocurrió en el presente asunto. Así las cosas y con fundamento en la jurisprudencia previamente referida, se concluye que sí se configura el elemento de subordinación, pues las actividades realizadas por el demandante, estaban encaminadas a facilitar la información contractual requerida por los diferentes despachos y entidades, así como mantener actualizada la archivística de la

entidad, adaptándola al sistema MECI- CALIDAD, en cuanto a la organización, uso y manejo de los documentos y archivos que se deriven del ejercicio de las funciones propias de la entidad. Por tanto, las labores desarrolladas por el demandante no fueron realizadas de manera autónoma, sino que requerían la orden de su superior inmediato que hacía las veces de Supervisor, esto es, las directrices de préstamo y devolución de expedientes, foliatura de las diferentes caretas, prestar el apoyo técnico de la documentación recibida, distribuir la documentación allegada de acuerdo a las directrices del jefe de la Oficina Jurídica y alimentar la base de datos con los documentos recibidos en dicha dependencia. Se prueba igualmente que cumplió horario de trabajo y que las labores desempeñadas se enmarcan dentro del giro ordinario de las actividades que presta el departamento de Casanare dentro de la Oficina Asesora Jurídica relacionada con la política de archivística y su seguimiento dentro del sistema MECI – CALIDAD, actividades que desempeñó en las instalaciones del departamento de Casanare, resaltando que tenía a cargo las llaves de la Oficina de Archivo, aspectos todos que constituyen indicios de subordinación y conllevan a determinar su existencia.

Demandante debe aportar con la demanda documentos que prueban su legitimación.

RADICACIÓN: 85001-3333-002-2017-00160-01.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho.

DEMANDANTE: Marina Vanegas Vargas, Joanie Benítez Vargas, Mónica Mauren Benítez Vargas, William Fabián Benítez Vargas, y Édgar Alexander Benítez Vargas.

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

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dr. José Antonio Figueroa Burbano.

FECHA PROVIDENCIA: Dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/134648834/85001-3333-002-2017-00160-01fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: A través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho los accionantes pretendieron la declaratoria de nulidad de los actos fictos a través de los cuales se respondieron sus peticiones ante el Ministerio de Educación Nacional relativas al pago de la indemnización moratoria por pago tardío de cesantías definitivas correspondientes al Señor Edgar William Benitez, familiar suyo fallecido. La sentencia de primera instancia declaró probada de manera oficiosa la excepción de falta de legitimación en la causa por activa teniendo en cuenta que los demandantes no aportaron los registros civiles de defunción del causante, de matrimonio de quien compareció en calidad de esposa y de nacimiento de quienes comparecieron como hijos, de tal manera que, habida cuenta que no se

presentó ni solicitó prueba alguna que acreditara la imposibilidad de aportar los respectivos registros, concluyó que no se acreditó la legitimación en la causa por activa para perseguir el reconocimiento deprecado, por lo que negó las pretensiones de la demanda. La parte activa impugnó la sentencia a través del recurso de apelación argumentando que, ante la muerte del causante, los demandantes acreditaron frente la entidad los respectivos registros civiles para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas al punto que la misma demandada reconoció la prestación pedida, por lo que tal situación se acreditó en sede administrativa, sin que en sede judicial la demandada objetara algo al respecto, aduciendo que lo pretendido era la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías por lo que tal reconocimiento corresponde a una cuestión accesorio derivada del derecho principal ya reconocido. En el mismo sentido arguyó la activa que, pese a que el Juez de primera instancia ordenó a la demandada allegar el expediente administrativo que contuviese los antecedentes de la actuación objeto del proceso, la entidad no cumplió y, de haberlo hecho, hubiese sido de fácil recibo la configuración de la legitimación en la causa de los demandantes.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Hay lugar o no a revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda por las razones expuestas por la parte demandante en el recurso de apelación que ya se sintetizaron, o si debe confirmarse la sentencia, a través de la cual el a-quo negó las pretensiones de la demanda?

TESIS:

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / Demandante debe aportar con la demanda los documentos o pruebas que acrediten tal presupuesto / Carga procesal incumplida por los demandantes.

El artículo 166 numeral 3 del CPACA dispone que a la demanda deberá acompañarse los documentos idóneos que acrediten el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título. Dichos documentos, tienen la finalidad de acreditar la legitimación en cabeza de los accionantes, y son un presupuesto procesal para que el juez pueda pronunciarse sobre las pretensiones. En el caso que se analiza, la parte actora incumplió esa carga procesal y tal situación no depende de la conducta asumida por su contraparte. En consecuencia, no estando acreditada dentro del presente proceso la calidad o condición con la que los demandantes se presentaron al proceso, es apena obvio que el a-quo no analizara de fondo la pretensión de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria reclamada. Resta observar que esas pruebas, tal como lo indica la norma, deben presentarse con la demanda. Aquí, después de haber sido notificada la sentencia de primera instancia, con el recurso de apelación se pretendió que esas pruebas fueran decretadas en segunda instancia, pero esa

solicitud fue rechazada por extemporánea acorde con las previsiones del artículo 212 del CPACA.

Licencia de maternidad de trabajadora independiente debe ser cobrada por esta a la EPS.

RADICACIÓN: 85001-3333-002-2017-00419-01.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho.

DEMANDANTE: Diana Elizabeth Vega Oliveros.

DEMANDADO: Municipio de Nunchía.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Aura Patricia Lara Ojeda.

FECHA PROVIDENCIA: Dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/134648834/85001-3333-002-2017-00419-01fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Se demanda la nulidad del acto administrativo a través del cual el Alcalde del Municipio de Nunchía negó el pago de salarios y prestaciones sociales derivadas de la relación laboral alegada por la demandante y que, como consecuencia de ello, se declare que entre demandante y demandada existió una verdadera relación laboral y se condene al municipio al pago de todas las prestaciones sociales y económicas que devenga un empleado público de la entidad. Las pretensiones se fundamentaron en la prestación personal de los servicios de la demandante a la entidad demandada en el período comprendido entre el 22 de junio de 2012 y hasta el 05 de noviembre de 2015, lapso durante el cual la actora fue contratada por el municipio a través de contratos de prestación de servicios, fecha última desde la cual la administración decidió no renovar el contrato pese al estado de embarazo que experimentaba y que le otorgaba un fuero de estabilidad laboral, por lo que, debido a su condición de maternidad un Juez de tutela decidió amparar sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada y al fuero de maternidad. El Juez Administrativo de primera instancia negó las pretensiones de la demanda al considerar que la demandante no cumplió con la carga de probar los supuestos fácticos en que basaba sus pretensiones, en especial, la subordinación. Sin embargo, ordenó reconocer a la demandante la licencia de maternidad por lo que ordenó su pago. La entidad demandada impugnó el fallo de primera instancia solicitando la revocatoria del numeral tercero del mismo habida cuenta que fallador consideró que no se había configurado una relación laboral entre las partes y, en consecuencia, no era razonable la orden de pago de una obligación que legalmente no le corresponde al ser la actora una trabajadora independiente, por lo que debió ser esta última quien requiriera de su E.P.S. el pago de licencias o incapacidades a que tuviera derecho.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Procede condenar al municipio de Nunchía al

reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la demandante, pese a que no se acreditó la existencia de una verdadera relación laboral?

TESIS:

LICENCIA DE MATERNIDAD / Naturaleza y finalidad / Trabajadoras independientes deben realizar el cobro de esta prestación a sus respectivas E.P.S.

El artículo 43 de la Constitución Política dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado. Esta protección especial a la maternidad se materializa en una serie de medidas de orden legal y reglamentario dentro de las que se destacan los descansos remunerados en épocas del parto. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo consagró la figura de la licencia de maternidad la cual es un período de descanso remunerado en época del parto que actualmente corresponde a 18 semanas. Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T- 489 de 2018, precisó: *“La licencia de maternidad es un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que ésta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento. (...)”* (...) la Corte Constitucional en la sentencia de 2018 previamente citada, precisó: *“La anterior regulación permite concluir, para lo que interesa a la presente causa, que las trabajadoras independientes deben efectuar el cobro de esta prestación económica directamente ante la EPS (...)”*.

LICENCIA DE MATERNIDAD DE TRABAJADORAS INDEPENDIENTES / Al ser la demandante trabajadora independiente correspondía a esta el cobro de la prestación ante la respectiva E.P.S. / Fallo que amparó estabilidad laboral reforzada no implica per se que la licencia de maternidad debiera estar a cargo de entidad demandanda.

(...) si bien es claro que la prestación de licencia de maternidad cubre tanto a mujeres vinculadas por contrato de trabajo como a las que lo están mediante contrato de prestación de servicios, lo cierto es que existe diferencia en lo que respecta a su reconocimiento y pago, pues de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 de 06 de mayo de 2016, citado en el acápite de premisas jurídicas, pues en el caso de una trabajadora independiente es a ella a quien corresponde efectuar el cobro ante la EPS a la cual ha realizado aportes durante los meses del periodo de gestación, lo cual fue señalado igualmente por la Corte Constitucional en sentencia T-489 de 2018. Lo anterior, cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que en el expediente obra certificación de 02 de diciembre de 2016 expedida por la Nueva EPS en donde consta que la demandante efectuó aportes a salud como independiente, desde el 01 de febrero de 2012 al 01 de diciembre de 2016 de manera ininterrumpida, lo cual denota que para el periodo en que estuvo en embarazo y estuvo vigente el contrato No. 008 de 2014, es decir, de enero a septiembre de 2014, la actora

realizó la cotización correspondiente por cada mes por un valor de \$140.000, lo cual coincide con los registros y comprobantes de pago de aportes allegados al plenario y que eran anexados a los informes de actividades que la contratista presentaba ante la entidad de forma mensual para recibir sus honorarios. (...) De otra parte, se aclara que si bien el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Yopal en sentencia de tutela de segunda instancia proferida el 23 de febrero de 2015, resolvió amparar los derechos fundamentales de la tutelante, ordenando al municipio renovar el vínculo contractual de prestación de servicios, lo cierto es que tal situación se fundamentó en el derecho a la estabilidad reforzada de que gozaba la actora por su estado de embarazo, es decir que la orden del juez de tutela, no implica per se que la licencia de maternidad a que tenía derecho y que se causó el 22 de septiembre de 2014 debiera ser asumida por el municipio de Nunchía, por cuanto que la señora Vega Oliveros era contratista independiente y el amparo de tutela iba a dirigido a garantizar que la entidad territorial la vinculara nuevamente, lo cual fue cumplido por la demandada en su oportunidad.

Cargo de registrador departamental es de libre remoción por lo tanto acto administrativo de declaratoria de insubsistencia debe ser motivado.

RADICACIÓN: 85001-2333-000-2016-00280-00.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho.

DEMANDANTE: Julio Luis Balanta Mina.

DEMANDADO: Registraduría Nacional del Estado Civil.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dr. José Antonio Figueroa Burbano.

FECHA PROVIDENCIA: Nueve (09) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/135442211/85001-2333-000-2016-00280-00fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: A través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el demandante pretendió la declaratoria de nulidad del parágrafo único del artículo primero de la Resolución 3636 de 3 de mayo de 2016 proferida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante la cual prorrogó el nombramiento como registrador por el término de dos meses y dispuso que la relación laboral con el demandante finalizaría al vencimiento de ese plazo. A título de restablecimiento del derecho el demandante deprecó la orden de reintegro y el pago de todas las acreencias laborales que dejó de percibir desde la fecha de su retiro, así como la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales, lo anterior teniendo en cuenta que ejerció el cargo de registrador delegado en la Delegación Departamental de Casanare, desde el primero de octubre de 2013, fecha desde la cual fue nombrado por 6 meses y cuyos efectos se extendieron por sucesivas prórrogas, hasta la fecha

de su desvinculación mediante el acto demandado. La entidad accionada contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas y alegando la caducidad de la acción, la motivación legal y legítima del acto acusado, así como el carácter discrecional de que goza expedición de este tipo de actos.

PROBLEMAS JURÍDICOS: ¿Hay lugar o no a la declarar la nulidad del parágrafo único del artículo primero de la Resolución 3636 del 3 de mayo de 2016 mediante la cual la Registraduría Nacional del Estado Civil prorrogó el nombramiento como registrador por el término de 2 meses y se dispuso que la relación laboral del demandante finalizaría al vencimiento de ese plazo? ¿Es o no procedente, a título de restablecimiento del derecho, ordenar: i) su reintegro al cargo que venía desempeñando; ii) el pago de todos los emolumentos salariales y prestacionales dejados de devengar desde que fue retirado de la entidad y hasta la fecha de que se haga efectivo su reingreso; iii) disponer que no hubo solución de continuidad; y iv) el reconocimiento de perjuicios morales en cuantía 75 SMLMV?

TESIS:

RÉGIMEN DE CARRERA ESPECIAL DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL / Cargos de responsabilidad administrativa o electoral / No son de libre nombramiento, pero sí de libre remoción / Exequibilidad condicionada del literal a) del artículo 6 de la Ley 1350 de 2009 / No son aplicables las reglas generales de los cargos de libre nombramiento y remoción / Acto de desvinculación debe ser motivado y razonable.

La Corte Constitucional en sentencia C- 553 de 2010, declaró la exequibilidad condicionada del literal a) del artículo 6 de la Ley 1350 de 2009, por medio de la cual se reglamenta la carrera administrativa especial en la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan norma que regulen la gerencia pública, y señaló que los cargos de autoridad administrativa o electoral allí regulados son de libre remoción y no de libre nombramiento por lo cual deberán ser provistos exclusivamente por concurso público de méritos. En efecto, allí indicó: *“(...) la Corte estima necesario hacer dos consideraciones adicionales respecto a las consecuencias de lo decidido en este fallo. En primer término, la declaratoria de exequibilidad condicionada del literal a) del artículo 6º de la Ley 1350/09 no resuelve la omisión legislativa absoluta existente en materia de la libre remoción de los empleos de responsabilidad administrativa o electoral de la RNEC. Como se ha indicado, la Constitución dispone que estos cargos deben ser provistos mediante concurso público de méritos, lo que hace que queden incorporados a la carrera administrativa especial de la RNEC y, consecuentemente, no puedan ser cobijados por el régimen de libre nombramiento y remoción. En ese marco, la Carta Política ha diferido al legislador la regulación de la libre remoción de estos empleos. Sin embargo, analizada la normatividad existente la Corte encuentra que el Congreso no ha fijado reglas sobre la materia, lo que resulta agravado por el hecho que la Constitución haya previsto un régimen*

especial de carrera para la RNEC, de lo que se sigue que para esa entidad no son aplicables prima facie las reglas ordinarias de carrera administrativa, ni mucho menos las relativas al libre nombramiento y remoción, pues son incompatibles con el régimen mixto antes explicado. (...) La consecuencia necesaria de las premisas expuestas es que, mientras la citada regulación es promulgada por el Congreso, el Registrador Nacional del Estado Civil conserva la facultad para ejercer la libre remoción de los servidores públicos que ejerzan cargos de responsabilidad administrativa o electoral, puesto que esa competencia se deriva del artículo 266 C.P. y es reiterada en la norma objeto de análisis. Sin embargo, es necesario advertir que tal facultad, según se ha expuesto, debe ser compatible con la pertenencia a la carrera administrativa especial de la RNEC que la Constitución ha conferido a dichos cargos, lo que implica que el acto de desvinculación, a pesar de recaer en la órbita funcional del Registrador Nacional, debe hacer explícita su motivación. Además, como sucede con todas las expresiones del poder público, dicho acto de desvinculación del empleo no puede llevarse a cabo de modo irrazonable o arbitrario, sino que en todo caso debe ser compatible con la garantía de los derechos constitucionales de que son titulares los servidores públicos y con el cumplimiento de los fines del Estado; sin que pueda tornarse en vehículo que ampare la desviación de poder, las prácticas clientelistas o, en general, toda forma de ejercicio ilegítimo o carente de sustento de la potestad de remoción”.

RÉGIMEN DE CARRERA ESPECIAL DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL / Cargo de delegado departamental del registrador no es de libre nombramiento y remoción / Actos de declaratoria de insubsistencia en cargos de libre remoción deben ser motivados.

No les asiste la razón a los sujetos procesales en cuanto afirman que el cargo de delegado departamental 0020-04 de Casanare, que fue el último desempeñado por el actor en la Registraduría Nacional del Estado Civil, era de libre nombramiento y remoción ya que en la sentencia C-553 de 2010, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 6 literal a) de la Ley 1350 de 2009, en los siguientes términos: *“Declarar EXEQUIBLE, por los cargos estudiados en esta sentencia, el literal a) del artículo 6º de la Ley 1350 de 2009 “por medio de la cual se reglamenta la Carrera Administrativa Especial en la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan norma que regulen la Gerencia Pública”.*, en el entendido que los cargos de autoridad administrativa o electoral allí regulados son de libre remoción y no de libre nombramiento, por lo cual deberán ser provistos exclusivamente por concurso público de méritos.(...)” (...) Y así mismo señaló que dichos cargos, a pesar de ser de carrera especial, si son de libre remoción, pero para ello se necesitaba motivación.

RÉGIMEN DE CARRERA ESPECIAL DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL / Actos de declaratoria de insubsistencia en cargos de libre remoción deben ser motivados / El acto demandado fue motivado en la inexistencia de derechos de carrera del demandante.

Uno de los cargos hechos por el actor contra la Resolución 3636 de 2016, que es el acto demandado, es la falta de motivación que sustentó aduciendo inaplicación de lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 266 de la Constitución Nacional, reglamentado por la Ley 1350 de 2009, artículo 6 literal a), al no haber motivado el acto administrativo que declaró la insubsistencia del cargo de delegado departamental 0020-04, que desempeñó en la delegación departamental de Casanare. Cuando se examina la Resolución 3636 de 2016 se establece que, al contrario de lo que afirma el demandante, si tiene motivación, de cuyo examen resulta que la Registraduría dio por terminado el nombramiento porque el actor no pertenecía a la carrera especial de esa entidad ya que fue nombrado por un término de 6 meses y prorrogado por plazos sucesivos y al vencimiento del último no hubo prórroga. De otra parte, la decisión se tomó por el funcionario competente, es decir por el Registrador Nacional del Estado Civil, quién tiene la facultad de libre remoción según lo establecido en la Ley 1350 de 2009; además ese acto fue comunicado al actor. La Corte Constitucional, tal como quedó indicado, señaló que la remoción de un cargo de carrera, debía ser motivada, pero aquí el actor no pertenecía a la carrera especial de la Registraduría; por lo tanto, no había lugar a la motivación adicional para la finalización de la última prórroga, que echa de menos el actor con fundamento en el artículo 266 de la Constitución y en la sentencia C- 553 de 2010.

ACTO DE DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE DELEGADO DEPARTAMENTAL DEL REGISTRADOR / Cargos de falta de motivación y falsa motivación son contradictorios.

(...) al no tener el demandante derecho de carrera, por las razones ya señaladas, para la terminación del nombramiento no se requería motivación. En lo que se refiere a la falsa motivación, según lo indicado por la jurisprudencia, consiste en la discrepancia entre lo declarado en el acto administrativo y la realidad; y que corresponde al actor no solo aducirla sino demostrarla. En el caso que nos ocupa, se imputó por el demandante falta de motivación y falsa motivación, lo que por sí ya implica una contradicción, pues si existe falta de motivación no puede haber falsa motivación; pero, además, tal como lo señala el agente del Ministerio Público, cuando se examina la demanda y las pruebas no se encuentran desvirtuados los hechos plasmados en el acto administrativo demandado, e incluso en la demanda en sí ni siquiera se encuentran hechos que la configuren, mucho menos se demuestran. Por ende también se desestima este cargo.

ACTO DE DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE DELEGADO DEPARTAMENTAL DEL REGISTRADOR / Desviación de poder / No se acreditaron los hechos que la constituyen / Idoneidad, eficacia y buena conducta en el ejercicio del empleo público no garantizan su estabilidad.

(...) en lo concerniente a la desviación de poder, la jurisprudencia constante del Consejo de Estado ha dicho que se da cuando los motivos expresados en el acto

administrativo demandado no se ajustan al ordenamiento jurídico, sino que obedecen internamente a fines diferentes a ellos, tales como el abuso de poder, la arbitrariedad, en fin, a fines diferentes al buen servicio. En principio, esos fines se presumen en todos los actos administrativos y corresponde al actor no solo desvirtuar esa presunción de legalidad, sino también indicar en la demanda cuáles son esos fines diferentes al buen servicio y demostrarlos. Las pruebas arrojadas al proceso no acreditan la desviación de poder, y lo mismo que ocurrió con la falsa motivación, en la demanda ni siquiera se indica los hechos que la constituyen, mucho menos se acredita. Resta observar que la idoneidad y eficacia en la prestación del servicio no se pueden considerar como argumentos contundentes que permitan desvirtuar la facultad discrecional conferida al nominador para la libre remoción. De igual manera que es un deber de todo servidor público prestar sus servicios en forma eficiente, en la medida que ayuda a la consecución de los fines esenciales del Estado; por tanto, la buena conducta del actor en el ejercicio de su cargo no garantiza su estabilidad, sino que se constituye en el presupuesto natural del ejercicio del cargo, tal como lo señaló el Consejo de Estado en el fallo que parcialmente se trajo a colación en precedencia. Así las cosas, no estando desvirtuada la presunción de legalidad que ampara al acto demandado ni probados los cargos imputados al mismo, se impone negar las pretensiones de la demanda.

Vinculación legal y reglamentaria de docente fue posterior a 1 de enero de 1990 por lo que aplica el régimen anualizado de cesantías.

RADICACIÓN: 850012333000-202100093-00.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho.

DEMANDANTE: Derly Yisela Castro Camargo.

DEMANDADO: La Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “FOMAG”.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Inés del Pilar Núñez Cruz.

FECHA PROVIDENCIA: Nueve (09) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/135442211/850012333000-202100093-00fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Accede la demandante a la administración de justicia para que, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se declare la nulidad de la resolución a través de la cual la entidad demandada reconoció y pagó una cesantía parcial en su favor y, como consecuencia de lo anterior, se condene al FOMAG al reconocimiento y pago de las diferencias entre los valores de las cesantías efectivamente canceladas y los valores a que tiene derecho por darse aplicación a la liquidación de la prestación de manera retroactiva así como el correspondiente pago de intereses, teniendo en cuenta que su vinculación como docente se dio desde el 29 de marzo de 1989, por lo cual la

prestación debe ser liquidada sobre el último salario devengado con la totalidad de factores salariales. La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda considerando que el régimen anualizado de liquidación de cesantías fue aplicado a la accionante teniendo en cuenta que la fecha de ingreso al servicio docente fue aquella en la que la demandante tuvo una vinculación legal y reglamentaria.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Es procedente liquidar retroactivamente las cesantías parciales de una docente vinculada legal y reglamentariamente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989?

TESIS:

CLASIFICACIÓN DEL SERVICIO DOCENTE / Fuente normativa.

(...) el artículo 1°. de la Ley 91 de 1989 señala: *“Artículo 1°. - Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos: 1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional. 2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.”*

RÉGIMEN DE CESANTÍAS PARA DOCENTES / Régimen anualizado y régimen retroactivo / Criterios de aplicación.

(...) en relación con el tema *sub judice* el H. Consejo de Estado ha señalado de manera pacífica: *“(...) Visto lo anterior, se concluye: (i) que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y; (ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 (lo que según la definición contenida en los artículos 1º. y 2º., corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales), se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses. (...).*

RÉGIMEN DE CESANTÍAS PARA DOCENTES / Nombramiento en propiedad posterior a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 / Como quiera que vinculaciones anteriores a tal vigencia no fueron continuas demandante no tiene derecho al régimen retroactivo de la prestación.

Con fundamento en lo anterior se concluye con claridad que, la accionante no tiene derecho al reconocimiento y pago de sus cesantías con retroactividad, pues su vinculación en propiedad como docente se efectuó con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, lo que implica que se le aplica el régimen anualizado de cesantías. Adicionalmente toda vez que, desde que terminó su vinculación contractual del año 1989 a la fecha en que nuevamente fue reincorporada como docente por ese mecanismo, transcurrieron más de cinco meses se determina que, no prestó los servicios de manera continua. Finalmente debe precisarse que, dada la condición de docente con la que cuenta la accionante, no resulta procedente aplicarle el régimen de cesantías propio de los servidores territoriales pues es beneficiaria del régimen especial consagrado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994 y porque la Ley 344 de 1996 excluyó de su campo de aplicación a dichos servidores.

Prima de riesgo de ex empleados del DAS no es factor salarial sino a partir de la vinculación a otras plantas de personal.

RADICACIÓN: 850013333001-202000174-01.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho.

DEMANDANTE: Héctor Julio Archila Amézquita.

DEMANDADO: Patrimonio Autónomo de Defensa Jurídica del extinto DAS y su fondo rotatorio, administrado y representado legalmente por la Sociedad FIDUPREVISORA S.A.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Inés del Pilar Núñez Cruz.

FECHA PROVIDENCIA: Nueve (09) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/135442211/850013333001-202000174-01fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Pretende el demandante la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 y, como consecuencia de lo anterior la declaratoria de nulidad del acto administrativo a través del cual la demandada negó la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para la reliquidación de las cesantías y aportes a pensión durante el tiempo en que aquel estuvo vinculado como auxiliar de servicios del extinto DAS, teniendo en cuenta que, desde la desaparición de la entidad fue incorporado sin solución de continuidad a la planta global de la Fiscalía General de la Nación, entidad última que sí incluye la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de las prestaciones indicadas. Por lo anterior, solicitó que, a título de restablecimiento del derecho, se ordenara el reconocimiento y pago de los valores resultantes de la reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías y aportes a pensión con inclusión de la prima aludida. El juez de primera instancia decidió desestimar las pretensiones de la demanda con fundamento en que la prima de riesgo no es uno de los factores

taxativamente señalados por las normas que regulan la materia y, con ello, decidió condenar en costas al accionante lo que produjo la interposición del recurso de alzada de este quien alegó que la prima de riesgo fue una prestación recibida de manera periódica y directa por su trabajo, por lo que la misma tiene la naturaleza de prestación constitutiva de salario, razón por la cual resulta ser factor salarial para la reliquidación pretendida.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Es procedente confirmar el fallo de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda por considerar que, la prima de riesgo no constituye factor salarial para liquidar las prestaciones sociales devengadas por el accionante durante el tiempo en que laboró al servicio del extinto DAS?

TESIS:

RÉGIMEN PRESTACIONAL DE EMPLEADOS DEL DAS / Fundamento normativo / Factores a tener en cuenta para la liquidación del auxilio de cesantías.

(...) el presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 1° de la Ley 43 de 1988 expidió el Decreto Ley 1933 de 1989, mediante el cual dictó el régimen prestacional especial para los empleados del DAS, indicando en su artículo 1°, que *“Artículo 1.º. Norma general. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3º y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este decreto establece”*. De esta manera se observa que, los empleados del extinto DAS tenían derecho tanto a las prestaciones contenidas en el Decreto 1933 de 1989 como a las establecidas en las normas que regulaban el régimen prestacional general de los empleados públicos del orden nacional. Al reglamentar lo relacionado con la liquidación de cesantías y pensiones el artículo 18 ibidem, dispuso sobre los factores que debían tenerse en cuenta (...)

PRIMA ESPECIAL DE RIESGO PARA TRABAJADORES DEL DAS / No es factor salarial para liquidación de cesantías y pensiones.

(...) mediante el Decreto 1137 de 1994 se creó la prima especial de riesgo con carácter mensual y permanente para los empleados que ocupaban los cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalístico especializado, profesional o técnico y conductores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, que según su artículo 1°. no constituía factor salarial. Esta norma se derogó por el Decreto 2646 de 1994 que otorgó a los empleados del extinto DAS el derecho a percibir mensualmente y de forma permanente la antedicha prima especial de riesgo, equivalente a un porcentaje variable entre el 15% y el 35% de su asignación básica mensual, conforme al cargo desempeñado. (...) Lo expuesto

permite concluir que, los factores sobre los cuales se deben liquidar las pensiones y el auxilio de cesantías de los empleados que laboraron al servicio del desaparecido Departamento Administrativo de Seguridad se establecieron taxativamente en el Decreto 1933 de 1989, en los que no se contempló la prima especial de riesgo, ulteriormente reconocida a dichos funcionarios en el Decreto 2646 de 1994.

PRIMA ESPECIAL DE RIESGO PARA TRABAJADORES DEL DAS / Solo es factor salarial a partir de la incorporación de los servidores del extinto DAS a otras entidades u organismos receptores / Jurisprudencia de unificación.

En relación con la inclusión de la prima especial de riesgo como factor salarial en la reliquidación de prestaciones, el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 12 de mayo de 2022 expresó: *“(...) De conformidad con lo dispuesto por los Decretos 1137 y 2646 de 1994, la prima de riesgo no es factor salarial para efectos de liquidar prestaciones sociales diferentes a pensión, en favor de los servidores que se desempeñaron en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, hasta su supresión, ordenada por el Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011. Dicho valor constituye factor salarial para todos los efectos legales a partir de la incorporación de los servidores del DAS a otras entidades u organismos receptores, como consecuencia de lo previsto por el artículo 7 del Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011. (...) Con fundamento en las pruebas recaudadas en legal forma dentro del proceso, la normatividad y la jurisprudencia que se relacionó con anterioridad fuerza concluir que, el demandante no tiene derecho a que se le reliquiden las prestaciones sociales devengadas durante el tiempo en que laboró al servicio del extinto DAS ni los aportes pensionales con la inclusión de la prima de riesgo, por lo que debe confirmarse la sentencia impugnada.*

Prima de riesgo de exempleados del DAS no es factor salarial sino a partir de la vinculación a otras plantas de personal.

RADICACIÓN: 850013333001-202000182-01.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho.

DEMANDANTE: Juan Pablo Pérez Barragán.

DEMANDADO: Patrimonio Autónomo de Defensa Jurídica del Extinto DAS y su fondo rotatorio, administrado y representado legalmente por la Sociedad FIDUPREVISORA S.A.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Inés del Pilar Núñez Cruz.

FECHA PROVIDENCIA: Dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/136167330/850013333001-202000182-01fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: El demandante, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, deprecó la nulidad de las resoluciones a través de las cuales el Patrimonio Autónomo de Defensa Jurídica del Extinto DAS, administrado y representado legalmente por la Fiduprevisora S.A., negó incluir la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de sus cesantías y aportes a pensión, teniendo en cuenta que ocupó el cargo de Detective en la misma entidad desde el 03 de febrero de 1992 y hasta el 31 de diciembre de 2011, fecha última después de la cual fue incorporado, sin solución de continuidad, a la Fiscalía General de la Nación, entidad que desde aquel momento sí incluyó la aludida prima como factor salarial para la liquidación de las prestaciones indicadas. Por lo anterior, solicitó a título de restablecimiento del derecho que se le reconociera y pagara el valor resultante de la reliquidación de las cesantías, intereses a las cesantías y aportes a pensión incluyendo la prima de riesgo como factor salarial. El Juez de primera instancia decidió negar las pretensiones de la demanda con fundamento en que, para el cómputo de pensiones, cesantías o intereses a las cesantías la prima de riesgo no era considerada factor salarial de acuerdo con las disposiciones del ordenamiento jurídico, decisión que fue impugnada por el demandante a través del recurso de alzada en el que alegó que, teniendo en cuenta que la prima de riesgo fue devengada como una prestación periódica y directa por su trabajo, tal prestación es constitutiva de salario por lo que se debía acceder a sus pretensiones.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Es procedente confirmar el fallo de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda por considerar que, la prima de riesgo no constituye factor salarial para liquidar las prestaciones sociales devengadas por el accionante durante el tiempo en que laboró al servicio del extinto DAS?

TESIS:

RÉGIMEN PRESTACIONAL DE EMPLEADOS DEL DAS / Fundamento normativo / Factores a tener en cuenta para la liquidación del auxilio de cesantías.

(...) el presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 1° de la Ley 43 de 1988 expidió el Decreto Ley 1933 de 1989, mediante el cual dictó el régimen prestacional especial para los empleados del DAS, indicando en su artículo 1°, que *“Artículo 1.º. Norma general. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3º y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este decreto establece”*. De esta manera se observa que, los empleados del extinto DAS tenían derecho tanto a las prestaciones contenidas en el Decreto 1933 de 1989 como a las establecidas en las normas que regulaban el régimen prestacional general de los empleados públicos del orden nacional. Al

reglamentar lo relacionado con la liquidación de cesantías y pensiones el artículo 18 ibidem, dispuso sobre los factores que debían tenerse en cuenta (...)

PRIMA ESPECIAL DE RIESGO PARA TRABAJADORES DEL DAS / No es factor salarial para liquidación de cesantías y pensiones.

(...) mediante el Decreto 1137 de 1994 se creó la prima especial de riesgo con carácter mensual y permanente para los empleados que ocupaban los cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalístico especializado, profesional o técnico y conductores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, que según su artículo 1°. no constituía factor salarial. Esta norma se derogó por el Decreto 2646 de 1994 que otorgó a los empleados del extinto DAS el derecho a percibir mensualmente y de forma permanente la antedicha prima especial de riesgo, equivalente a un porcentaje variable entre el 15% y el 35% de su asignación básica mensual, conforme al cargo desempeñado. (...) Lo expuesto permite concluir que, los factores sobre los cuales se deben liquidar las pensiones y el auxilio de cesantías de los empleados que laboraron al servicio del desaparecido Departamento Administrativo de Seguridad se establecieron taxativamente en el Decreto 1933 de 1989, en los que no se contempló la prima especial de riesgo, ulteriormente reconocida a dichos funcionarios en el Decreto 2646 de 1994.

PRIMA ESPECIAL DE RIESGO PARA TRABAJADORES DEL DAS / Solo es factor salarial a partir de la incorporación de los servidores del extinto DAS a otras entidades u organismos receptores / Jurisprudencia de unificación.

En relación con la inclusión de la prima especial de riesgo como factor salarial en la reliquidación de prestaciones, el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 12 de mayo de 2022 expresó: *“(...) De conformidad con lo dispuesto por los Decretos 1137 y 2646 de 1994, la prima de riesgo no es factor salarial para efectos de liquidar prestaciones sociales diferentes a pensión, en favor de los servidores que se desempeñaron en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, hasta su supresión, ordenada por el Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011. Dicho valor constituye factor salarial para todos los efectos legales a partir de la incorporación de los servidores del DAS a otras entidades u organismos receptores, como consecuencia de lo previsto por el artículo 7 del Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011. (...) Con fundamento en las pruebas recaudadas en legal forma dentro del proceso, la normatividad y la jurisprudencia que se relacionó con anterioridad fuerza concluir que, el demandante no tiene derecho a que se le reliquiden las prestaciones sociales devengadas durante el tiempo en que laboró al servicio del extinto DAS ni los aportes pensionales con la inclusión de la prima de riesgo, por lo que debe confirmarse el fallo impugnado.*

REPARACIÓN DIRECTA.

Conductor de vehículo oficial no transgredió norma de tránsito porque tenía la prelación vial.

RADICACIÓN: 85001-33-33-001-2014-00035-01.

MEDIO DE CONTROL: Reparación Directa.

DEMANDANTE: Fabio Ariel Piñeros Soler y María del Pilar Tovar Jara (actuando en nombre propio y de sus menores hijas Sara Sofía Piñeros Tovar y Lina Gabriela Piñeros Tovar, Marco Lino Piñeros Torres, Carlota Soler de Piñeros, Lina Piedad Piñeros Soler y Omar Hernán Piñeros Soler.

DEMANDADO: Nación- Ministerio de Defensa –Policía Nacional, MAPFRE Seguros de Colombia S.A.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Aura Patricia Lara Ojeda.

FECHA PROVIDENCIA: Dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/136167330/85001-33-33-001-2014-00035-01fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Acuden los demandantes al medio de control de reparación directa con el fin de que se declare administrativa y extracontractualmente responsable a La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional por los perjuicios materiales e inmateriales causados con ocasión de un accidente de tránsito en el que el Señor Fabio Ariel Piñeros Soler fue embestido por un vehículo de propiedad de la Policía Nacional, mientras transitaba en una motocicleta de su propiedad en el municipio de Monterrey, por la presunta omisión del pare que debía ejecutar a pesar de la prelación que tenía la vía por la que transitaba el motociclista. Por su parte, las entidades demandadas se opusieron a las pretensiones incoadas por los actores argumentando: i) la antijuridicidad del daño al ser la víctima quien se puso en riesgo y ii) la culpa exclusiva de la víctima al no portar el motociclista elementos de protección, entre otras manifestaciones. El Juez de primera instancia decidió negar las pretensiones de la demanda al considerar que, de acuerdo con lo probado en el proceso, el choque se dio por falta de señalización y que ante tal situación y en aplicación de las reglas de comportamiento vehicular, quien tenía la prelación vial era el vehículo oficial, por lo que no se configuraron todos los elementos necesarios para la declaratoria de responsabilidad deprecada. La parte actora interpuso el recurso de apelación contra la sentencia desestimatoria argumentando que la accionada es responsable por los daños causados habida cuenta que no era aceptable que un agente de la Policía desconociera la prelación vial, por lo que el conductor del vehículo oficial debió detener el automotor y actuar con la precaución debida, además de indicar que el conductor del mismo excedió los límites de velocidad permitidos por lo que no pudo frenar o maniobrar el vehículo,

generando así la embestida, razón por la que pidió revocar la sentencia y, en su lugar, acceder a todas las pretensiones.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional es responsable de los perjuicios causados a los demandantes con ocasión del accidente ocurrido el 27 de noviembre de 2011 en el municipio de Monterrey?

TESIS:

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / Daño antijurídico / Inexistencia de causales de justificación.

(...) para imputar responsabilidad patrimonial al Estado, se requiere que la persona no esté en el deber legal de soportar el daño alegado y que éste sea atribuible por acción u omisión a la administración, pues se recuerda que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, y si bien no existe en la legislación nacional definición alguna del daño antijurídico, la jurisprudencia define tal concepto, como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”*.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDADES PELIGROSAS / Conducción de vehículos como actividad peligrosa / Concurrencia de actividades peligrosas / Aplicación de la teoría de la causalidad adecuada.

En primera medida, es importante resaltar que la conducción de vehículos automotores se ha considerado como el ejercicio de actividades peligrosas (...) De conformidad con el anterior parámetro jurisprudencial, encontrándose demostrada la intervención de dos actividades riesgosas de manera concomitante, se debe aplicar la teoría de la causalidad adecuada para determinar el sujeto generador del daño, situación que fue expuesta por la citada Corporación en la sentencia de 14 de junio de 2019 mencionada anteriormente, ya que explicó que ante la evidencia de la intervención de dos actividades riesgosas en determinada situación de hecho, el juez debe continuar aplicando la teoría de la causalidad adecuada, con el fin de establecer a quién de los involucrados le es atribuible el daño reclamado.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDADES PELIGROSAS / Conducción de vehículos como actividad peligrosa / Concurrencia de actividades peligrosas / Aplicación de la teoría de la causalidad adecuada / Actuación de conductor de vehículo oficial no fue determinante en la causación del daño pues este era quien tenía la prelación vial.

Ahora bien, en relación con el elemento de imputación se tendrá que analizar si la actuación del conductor del vehículo oficial influyó de forma determinante en la producción del hecho dañoso alegado por los demandantes. (...) se advierte que el patrullero Heiner Carranza García quien elaboró el informe del accidente de tránsito adujo que el conductor de la camioneta oficial iba transitando por la carrera 6 y al llegar a la intersección con la calle 16 chocó con la motocicleta, lo cual se evidencia en el croquis levantado pues la carrera 6 tiene como característica ser de doble sentido vial y doble calzada al igual que la calle 16, por lo que de acuerdo con las normas de tránsito la prelación la llevaba el conductor que se dirigía por la carrera 6 esto es el vehículo oficial, máxime cuando según el croquis este automotor al momento del impacto iba en la mitad de la intersección vial, según lo relatado en la audiencia de pruebas por el patrullero Raúl Barón, siendo claro que el demandante no tuvo la debida diligencia y precaución de reducir la velocidad o frenar desconociendo no sólo la prelación vial sino que era inexistente la señalización lo cual imponía ser prudente y si fuere necesario detener la marcha, pues tal y como lo indicó el a quo el artículo 70 de la Ley 769 de 2002, establece la prelación en intersecciones o giros en las cuales dos o más vehículos puedan interferir indicando que en intersecciones no señalizadas la tendrá el vehículo que se encuentre a la derecha. Establecido lo anterior, la Sala atendiendo a la teoría de causalidad adecuada expuesta por el Consejo de Estado en la sentencia de 14 de junio de 2019, considera que la falla atribuida al ente territorial demandado no constituye la causa eficiente y determinante en la producción del daño originado por el accidente de tránsito, pues el conductor del vehículo oficial se dirigía por la carrera 6 vía que tiene prelación, lo cual evidencia que no transgredió las normas de tránsito.

Término de caducidad por lesiones personales se cuenta a partir de que la víctima conoció del daño, no de la fecha en que se determinó su alcance.

RADICACIÓN: 85001-33-33-002-2014-00218-02.

MEDIO DE CONTROL: Reparación Directa.

DEMANDANTE: Fauner Williander Cohete Tocaría.

DEMANDADO: Nación- Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Aura Patricia Lara Ojeda.

FECHA PROVIDENCIA: Dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/136167330/85001-33-33-002-2014-00218-02fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Acude el demandante al medio de control de reparación directa con el fin de que se declare administrativa y extracontractualmente responsable a La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional por los

perjuicios materiales e inmateriales causados con ocasión de la caída que sufrió en el entrenamiento que desarrollaba al prestar su servicio militar como miembro del grupo de Caballería del Ejército Nacional en Casanare, tercer contingente del 2010, y que le generó heridas y traumas tanto en la columna como en la cabeza debido a que todos sus compañeros pasaron sobre él, sufriendo un trauma craneoencefálico. Posteriormente sus dolencias se representaron en problemas lumbares cada vez más complicados, razón por la cual no fue aceptado para ingresar a la milicia como soldado profesional. Por su parte, la entidad demandada se opuso a las pretensiones incoadas por el actor argumentándola falta de prueba del daño material, así como de su origen, alegando la configuración de culpa exclusiva de la víctima, pues las lesiones sufridas se debieron a su actuar imprudente. El Juez de primera instancia declaró de manera oficiosa la caducidad de la acción al considerar que, como los hechos acaecieron el 14 de julio de 2011 y el requisito de procedibilidad el 30 de mayo de 2014, el término para demandar había vencido el 15 de julio de 2013. La parte actora interpuso el recurso de apelación contra la sentencia desestimatoria argumentando que en materia de lesiones personales a conscriptos el término para interponer la demanda se cuenta a partir de la notificación del acta de la Junta Médica Laboral que determina la incapacidad, fecha en la que se tiene certeza de la magnitud del daño.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿En el presente asunto operó el fenómeno de caducidad del medio de control de reparación directa?

TESIS:

CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / Daños consistentes en lesiones personales / Dos criterios para indicar el conteo del término de caducidad.

En los términos del artículo 164 del CAPACA y dando aplicación a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la oportunidad para instaurar el medio de control de reparación directa por lesiones personales comienza a contarse desde que ocurrió el hecho dañoso e inmediatamente se conoce el daño porque es evidente o en aquellos casos en los que se causa el daño, pero no se tiene conocimiento de este, el término comienza a contarse desde cuando este se conoce. (...) Pues bien, la Sala reitera que conforme a la norma y jurisprudencia previa, en tratándose de lesiones personales, el término de caducidad comienza a contarse desde dos eventos: i) cuando ocurrió el hecho y se tiene conocimiento inmediato del daño y ii) cuando el demandante tiene conocimiento del daño causado o del diagnóstico de este, sin que se pueda confundir la certeza del daño y su magnitud, aspecto que no modifica los dos parámetros antes citados que deben ser valorados por el juez de conocimiento.

CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / Daños consistentes en lesiones personales / Dictamen de pérdida de capacidad laboral no

determina la existencia u ocurrencia del daño sino su magnitud / Término de caducidad no se modifica por resultados de exámenes médicos realizados con posterioridad a la ocurrencia o conocimiento del daño.

(...) con fundamento en las pruebas allegadas, se demuestra que el señor Fauner Cohete Tocaría, prestó servicio militar desde noviembre de 2009 hasta noviembre de 2011 (...) Se observa, que el soldado ingresó al servicio de urgencias el día 20 de mayo de 2010 manifestando que había sufrido trauma craneoencefálico hacía 5 días además presentaba diagnóstico de “celulitis periorbitaria”. De igual manera, se prueba que el 14 de julio de 2011, se le practicó al demandante un examen de rx columna dorso lumbar en el cual se evidenció “pérdida de la lordosis fisiológica dorsal CONCEPTO: RECTIFICACIÓN DE LA CURVATURA DORSAL. - RX COLUMNA LUMBOSACRA (...) Dado lo anterior, la Sala considera que el daño alegado ocurrió y fue conocido de forma plena y evidente desde el día 14 de julio de 2011 fecha en la cual se enteró de la condición y estado de su columna, y es a partir de dicho momento en que se configura la existencia del daño, pues se evidencia que el hoy demandante, en el dictamen de pérdida de capacidad laboral de 25 de abril de 2017 refirió que posterior al accidente de mayo de 2010 apareció lumbalgia progresiva por lo que se le practicó rx en julio de 2011, lo cual denota que desde la toma de dicho examen tuvo conocimiento de su padecimiento. En los términos expuestos, el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, no consolida la existencia y/o ocurrencia del daño, sino que determina la magnitud o secuelas derivadas del mismo, pues tal como lo explica el Consejo de Estado en sentencia de 28 de noviembre de 2019 previamente citada, el plazo para accionar por daños de lesiones personales no se modifica por los resultados de exámenes médicos realizados posteriormente, pues el término de caducidad no puede quedar sujeto a estos eventos para establecer el estado de salud del paciente ni a su discrecionalidad en la fecha d su práctica, por ende debe tenerse en cuenta el momento en que se haga evidente el daño y se tenga conocimiento del mismo. Por ello, en el presente asunto se debe contabilizar el término de caducidad a partir del día siguiente en que se emitió el diagnóstico de “pérdida de la lordosis fisiológica dorsal- Desplazamiento anterior del eje de la columna lumbar. Aumento del ángulo de Ferguson 52°. imagen sospechosa de lisis del istmo interapofisario de L5- CONCEPTO INESTABILIDAD LUMBOSACRA. ESPONDILOLISIS DE L5”, toda vez que desde dicha fecha el demandante tuvo certeza y conocimiento de la ocurrencia del daño; luego la calificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, en nada modifica la fecha a partir de la cual se inicia el computo respectivo, pues se reitera que con estas actuaciones no se comprueba la existencia del daño sino su magnitud y secuelas, determinación que se toma a partir del relato de los hechos, de la historia clínica y exámenes aportados.

I.P.S. es responsable por error en diligenciamiento de historia clínica en caso de óbito fetal.

RADICACIÓN: 850013333002-201500280-01.

MEDIO DE CONTROL: Reparación Directa.

DEMANDANTE: Luz Neiry Parra Riaño y Carlos Arturo Jiménez De Dios.

DEMANDADO: Empresa Mutual para el Desarrollo Integral de la Salud E.S.S. “EMDISALUD E. S. S. En Liquidación Forzosa”, Caja de Previsión Social De Casanare “CAPRESOCA E. P. S.” y E. S. E. Salud Yopal.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Inés del Pilar Núñez Cruz.

FECHA PROVIDENCIA: Dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/136167330/850013333002-201500280-01fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Los demandantes deprecaron la declaratoria de responsabilidad de las demandadas por los perjuicios extrapatrimoniales derivados de la falta de autorización de ciertos exámenes que fueron prescritos por el médico tratante teniendo en cuenta la condición de embarazo de alto riesgo de la madre demandante, cuya omisión en la autorización se debió a que la EPS a la que inicialmente se encontraba afiliada era objeto de un proceso de liquidación y carecía de contrato con alguna institución médica de la ciudad de Yopal. Por esta razón la demandante decide cambiar su EPS de servicio indicándosele al momento de tomar tal decisión que para la efectividad del cambio se requería de un tiempo de espera de un mes. Al realizarse el primer control con la nueva EPS se encontró que, en virtud del examen físico, el feto se encontraba vivo y que no se había realizado control durante tres meses debido al cambio de EPS. Sin embargo, días después, al practicarse una ecografía se determinó que el feto estaba muerto (óbito fetal) y se ordenó remitir a la paciente a la Clínica Casanare para la inducción del parto. Las entidades demandadas se opusieron a las pretensiones incoadas argumentando que, en el caso de la EPS en liquidación, pese a que se encontraba intervenida por la Superintendencia de Salud, todos sus afiliados fueron trasladados a otras EPS en las que se les prestaron los servicios de salud de manera adecuada, tal y como ocurrió con la demandante; en el caso de la E.S.E. de Yopal, que desde el inicio del embarazo se atendió a la paciente con todo el apoyo profesional y el tratamiento médico ordenado; y, en el caso de la EPS a la que se trasladó la demandante, los primeros seis meses de embarazo estuvieron a cargo de la otra EPS quien era responsable de la salud de la demandante y del hijo que estaba por nacer, además de justificar los posibles diversos orígenes de lo sucedido a la paciente, entre otros argumentos esbozados. El Juez de primera instancia declaró responsable a la EPS inicial y la condenó al pago de perjuicios morales para cada uno de los demandantes, teniendo en cuenta que, de acuerdo a lo probado en el proceso, no se dio cabal cumplimiento a los protocolos médicos que debían aplicarse en casos

de embarazos de alto riesgo al no adelantarse los controles prenatales ni los exámenes ordenados por los médicos tratantes con la periodicidad requerida. Tanto la EPS condenada como la parte demandante apelaron la sentencia por considerar, en el primer caso, que debía revocarse la sentencia o en su defecto condenar también al prestador, al no haberse tenido en cuenta las obligaciones distintas que le asisten a las EPS y a las IPS, pues a las primeras corresponde una obligación de aseguramiento en tanto que a las segundas se les asignan obligaciones prestacionales, estando a cargo de la IPS el programa de controles a madres gestantes y alegando también la falta de cuidado por parte de la madre como causa eficiente del daño, entre otros argumentos. Por su parte, los demandantes requirieron la modificación de la sentencia para que se declarara la responsabilidad de la otra EPS y la IPS tratante por la falla en el servicio que ejecutaron en la atención brindada a la madre embarazada.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Se debe confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la responsabilidad de una E. P. S. por falla médica; y en consecuencia, la condenó al pago de perjuicios morales; y a su vez, denegó las pretensiones de la demanda respecto de las demás entidades accionadas?

TESIS:

MADRE GESTANTE / Sujeto de especial protección constitucional / Derecho a la seguridad social / Prestación continuada de los servicios de salud no fue garantizada a la madre en condición de embarazo / Posible causa de la muerte del nasciturus.

(...) no puede perderse de vista que, la H. Corte Constitucional ha considerado de manera reiterada que la mujer gestante es sujeto de especial protección constitucional y en específico respecto del derecho a la seguridad social de las mismas (...) Con fundamento en lo anterior queda claro que, para garantizar los principios que iluminan el derecho a la seguridad social, esto es eficiencia, universalidad, solidaridad integralidad, unidad y participación, el Estado debe propender por la afiliación de todas las personas al sistema de seguridad social en salud, que se acceda de manera efectiva a los servicios y que su prestación sea continuada, entre otros, lo cual no aconteció en el caso sub lite pues pese a que el médico tratante desde el 3 de diciembre de 2012, cuando la materna asistió a su primer control prenatal, se le ordenó un parcial de orina solo hasta el final se efectuó el uroanálisis que dio como resultado infección, la que de conformidad con el dictamen pericial y la declaración rendida por el Ginecólogo JORGE ALBERTO HERNÁNDEZ ALZATE puede provocar la corioamnionitis que de conformidad con el INFORME DE ANATOMÍA PATOLÓGICO efectuado por la SOCIEDAD COLOMBIANA DE PATOLOGÍA -CITOPAT DE COLOMBIA LTDA., pudo ser una de las causas de la muerte del nasciturus.

RESPONSABILIDAD MÉDICA POR ÓBITO FETAL / Responsabilidad de la I.P.S. por fallas en el diligenciamiento de la historia clínica / No existió en la historia clínica anotación que permitiera advertir a la paciente infección urinaria.

(...) le asiste la razón al apelante cuando señala que, se debió declarar responsable a la E. S. E. SALUD YOPAL de los perjuicios causados por los hechos que constituyen el objeto de la demanda que nos ocupa por cuanto, efectivamente se configura la falla del servicio en cabeza de ésta porque no diligenció de manera completa la historia clínica como lo ha establecido el Tribunal de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa (...) Lo afirmado por la jurisprudencia implica que, las falencias en el diligenciamiento de la historia clínica si generan responsabilidad para las instituciones de salud y en el caso concreto definitivamente no aparece en esta anotación alguna que permite evidenciar que se le hubiera advertido a la demandante la posibilidad de una infección urinaria, las consecuencias de ella para su estado de gestación ni la necesidad de practicarse el examen médico que le había sido ordenado.

RESPONSABILIDAD MÉDICA POR ÓBITO FETAL / Falla del servicio por omisión en la expedición de las autorizaciones de órdenes médicas / Falla del servicio por indebido diligenciamiento de la historia clínica / No puede atribuirse daño a descuido de la madre / Si tratamiento se hubiese dado de manera adecuada el resultado habría sido diferente.

(...) con fundamento en lo que se expuso con anterioridad se determina que tanto la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD E. S. S., “EMDISALUD E. S. S. EN LIQUIDACIÓN FORZOSA” como la E. S. E. SALUD YOPAL incurrieron en falla del servicio que las hace responsables de indemnizar los perjuicios causados a los señores LUZ NEIRY PARRA RIAÑO y CARLOS ARTURO JIMÉNEZ DEDIOS con ocasión de la muerte de su hija que se encontraba por nacer en tanto la primera omitió dar las autorizaciones a las órdenes que los médicos que trataban a la gestante le dieron lo que llevó a que no se tratara la infección urinaria que ésta padecía y que pudo conllevar su deceso y la segunda porque no diligenció de manera correcta la historia clínica y según lo manifiesta la demandante en el interrogatorio de parte, omitió informarle los problemas de salud que padecía y como lo puso de presente el testimonio del médico HERNÁNDEZ ALZATE al no seguir los protocolos de atención que requería el embarazo de una persona con RH negativo calificado con evento de alto riesgo obstétrico. Ahora no puede decirse como lo pretende EMDISALUD que la muerte del nasciturus hubiera acontecido por el descuido de la madre, porque seguramente si la infección urinaria y cualquier otra enfermedad que padeciera se hubiera diagnosticado y tratado a tiempo, el resultado habría sido diferente. Adicionalmente, es preciso no perder de vista que las declarantes NIYREF NAOMY CAMPO PIDIACHI y LADY XIOMARA MARÍN SIGUA al unísono señalan que, pese a que la señora PARRA RIAÑO acudió ante la precitada E. P. S. para que le autorizaran los exámenes que se le habían ordenado, ello no fue posible porque allí se le informó

que, no tenía contrato con ninguna IPS en razón a que estaba en liquidación. De esta manera, se deberá modificar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Yopal el 11 de mayo de 2020 y condenar tanto a EMDISALUD como a la E. S. E. SALUD YOPAL a cancelar de manera solidaria los perjuicios morales que se causaron a los actores y que se tasaron en legal forma en el antes mencionado fallo, porque se reitera, la responsabilidad de CAPRESOCA EPS no fue acreditada.

Falla del servicio por incumplir posición de garante al no cumplir con deber de seguridad y protección.

RADICACIÓN: 85001-33-33-002-2015-00255-01.

MEDIO DE CONTROL: Reparación Directa.

DEMANDANTE: Gladys Jaimes Amaya, Angy Marcela, Juan Yilson, Didier Iván, Luz Mary y Fredy Edilson Vargas Jaimes, Margarita Benavides, Puno, Noel, Luis Gonzalo y Luz Marina Vargas Benavides.

DEMANDADO: Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, Policía Nacional y Fiscalía General de la Nación.

MAGISTRADO (A) PONENTE: Dra. Aura Patricia Lara Ojeda.

FECHA PROVIDENCIA: Veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ENLACE DE CONSULTA:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/137016401/85001-33-33-002-2015-00255-01fallo.pdf>

SÍNTESIS DEL CASO: Los demandantes deprecaron la declaratoria de responsabilidad de las demandadas por los perjuicios extrapatrimoniales derivados de la muerte del Señor Juan Antonio Vargas Benavides a manos de las bandas criminales autodenominadas “*las águilas negras*”, luego de que este grupo criminal le hiciera llamadas extorsivas, situación que fue puesta en conocimiento del GAULA y de la Fiscalía General de la Nación, entidad que ofició a la Brigada 16 del Ejército Nacional con sede en Yopal para los fines de atención y protección pertinentes. El GAULA del Ejército Nacional prestó seguridad a la víctima a través de la permanencia de soldados en la finca de su propiedad. Sin embargo, los militares abandonaron el lugar sin la existencia de un estudio de riesgo que pudiese originar el retiro del esquema, situación que fue aprovechada por el grupo criminal, quien perpetró el asesinato el 26 de julio de 2013. Las entidades demandadas se opusieron a las pretensiones incoadas argumentando, por parte de la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación, la falta de legitimación en la causa por pasiva, y por parte del Ejército Nacional la falta de acreditación de la relación de causalidad existente entre la entidad y los hechos alegados, ya que los daños fueron causados por el hecho de un tercero, justificando así una causa extraña en la generación del daño. El Juez de primera instancia encontró acreditado el daño

antijurídico y declaró la falta de legitimación por pasiva de la Policía Nacional y la falta de pruebas para acreditar la acción u omisión de la Fiscalía en relación con la seguridad del fallecido. Sin embargo, en relación con el Ejército, resaltó que tal entidad tenía conocimiento de las extorsiones que venía experimentando la comunidad en el lugar de los hechos y encontró que la víctima del homicidio había solicitado protección castrense por lo que se asignaron soldados para el seguimiento de la denuncia. Por lo anterior el *a quo* encontró probadas las omisiones atribuidas al Ejército Nacional al no haber prestado el apoyo necesario para garantizar la vida del Señor Vargas Benavides, razón por la que declaró responsable a esta entidad y la condenó al pago de perjuicios materiales e inmateriales. La entidad demandada apeló la sentencia argumentando que no es deber del Ejército brindar seguridad personal a cada uno de los ciudadanos residentes en el país y que, además, no existía certeza del origen de las amenazas, por lo que la institución competente para brindar seguridad al fallecido era la Policía Nacional o la Unidad Nacional de Protección. La parte demandante presentó apelación adhesiva por haberse exonerado de responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Se prueba la falla del servicio por omisión en el deber de protección y por ende la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y/o de la Fiscalía General de la Nación por la muerte del señor Juan Antonio Vargas Benavides acaecida el 26 de julio de 2013?

TESIS:

DEBER DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN / Fundamento constitucional.

La Constitución Política ha establecido en cabeza de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, así como la defensa de la soberanía y la integridad del territorio. Este deber guarda estrecha relación con el artículo 2° de la Constitución Política, que consagra la obligación de las autoridades de garantizar protección y vigilancia a todos los habitantes del país.

DEBER DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN / Responsabilidad del Estado por omisión en las solicitudes de protección de los ciudadanos / Se configura cuando el riesgo era conocido y existía posibilidad razonable de impedir su materialización.

(...) el Consejo de Estado explica que hay responsabilidad si se omiten las solicitudes de protección elevadas por los administrados, siempre que existan posibilidades razonables de impedir la ocurrencia del daño, por lo que en sentencia de 30 de noviembre de 2017 analiza: *“Se ha aceptado que en aquellos casos en que el administrado ha solicitado de manera expresa la adopción de medidas de protección y estas han sido desatendidas, se compromete la responsabilidad del Estado cuando se materializa la amenaza o riesgo*

puestos de presente por el administrado, con fundamento en el desconocimiento del ámbito obligacional a cargo de la administración, que debe analizarse en cada caso particular con el fin de establecer (i) si le imponía determinada conducta positiva o negativa a la demandada y (ii) si esta omitió ejecutarla. (...) Reitera la Sala que la responsabilidad del Estado en este tipo de eventos no surge de manera automática ni a título de una garantía omnímoda de los derechos de los asociados, sino que se configura como un tipo de responsabilidad por omisión frente al incumplimiento de competencias precisas y preexistentes en materia de protección y seguridad, que sólo puede predicarse en la medida en que se acredite que el riesgo era conocido y existían posibilidades razonables de impedir su materialización”

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN EN EL DEBER DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN / Título de imputación de falla en el servicio / Requisitos de configuración / Infracción a la posición de garante.

(...) la citada Corporación en sentencia de 02 de marzo de 2020, expone: “El Estado debe responder patrimonialmente a título de falla del servicio por omisión en el deber de prestar seguridad a las personas, cuando: i) en la producción del daño estuvo presente la complicidad por acción u omisión de agentes del Estado; ii) se acredite que la persona contra quien se dirigió el ataque había solicitado previamente medidas de protección a las autoridades y estas no se las brindaron o las mismas fueron insuficientes o tardías, de tal manera que los efectos antijurídicos de la omisión concretados en un daño son objeto de reproche jurídico (infracción a la posición de garante); iii) la víctima no solicitó las medidas referidas, pero las fuerzas del orden conocían las amenazas que se cernían contra su vida y, por ende, estaban obligadas a actuar (deber de diligencia); y, iv) porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, como por ejemplo, la grave alteración del orden público y el conocimiento público de amenazas por parte de terceros, el hecho era previsible y cognoscible, y no se realizó actuación alguna encaminada a su protección”.

DEBER DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN / Ejército Nacional tenía pleno conocimiento de la situación que llevó a la muerte de la víctima / Radicaba en la institución la obligación legal de brindar protección.

(...) la Sala evidencia que en efecto la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, tenía pleno conocimiento de la situación del señor Juan Antonio Vargas Benavides, pues en atención a las llamadas extorsivas que recibía continuamente presentó denuncia y acudió a tal institución poniendo en conocimiento su situación, con ello buscó defensa y seguridad para su vida y la de su familia ante las constantes amenazas de muerte, siendo una obligación constitucional y legal del Ejército el brindar protección a la víctima, pues debe tenerse en cuenta que el Gaula Militar de Casanare indicó de forma precisa mediante oficio de 01 de julio de 2014 que la misión de este era contribuir a la erradicación de la extorsión y el secuestro ejecutando acciones de rescate y protección de las víctimas, lo cual permite colegir que le asistía el deber de prestar seguridad a la víctima.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN EN EL DEBER DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN / Entidad demandada incurrió en una falla del servicio / Incumplimiento de su posición de garante al no adoptar medidas de protección suficientes y por el tiempo necesario.

Con el acervo recaudado se demuestra que la entidad referida incurrió en una falla en el servicio por omisión, dado que si bien inició actividades tendientes a verificar los hechos puestos de presente por la víctima concernientes a la asignación de dos soldados profesionales, lo cierto es que tal actuación fue insuficiente, tal como se probó con el testimonio del soldado Andrey Mendoza Torres, él permaneció por varios días en la finca de la víctima en los cuales pudo corroborar que el señor Vargas recibió “casi” todos los días llamadas extorsivas situación que según el relato del soldado le comunicaba a sus superiores; sin embargo, comentó que le fue impartida orden de retiro por el capitán Rodríguez sin haberse justificado tal actuación. Lo anterior, denota claramente un actuar negligente e imprudente por parte del Ejército Nacional, ya que no sólo se desconoció que las llamadas y amenazas eran realizadas de forma continua y diaria al señor Juan Vargas Benavides sino también que las condiciones de orden público eran complicadas, pues se demostró que el denominado grupo “águilas negras” operaba en ese sector y otros del departamento de Casanare y que de hecho se habían presentado varios homicidios selectivos, lo cual fue manifestado por el coordinador del Gauila militar Reynaldo Naranjo Ariza en declaración rendida en el curso del proceso penal adelantado por el homicidio del señor Vargas Benavides. Así las cosas, la Sala considera que dicha entidad es responsable por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la muerte del señor Juan Antonio Vargas, por cuanto no brindó la protección y seguridad requerida por la víctima y su familia, ya que el hecho de haber ordenado el retiro del soldado profesional que contaba con arma de dotación para repeler cualquier ataque y en general la negligencia por no tomar las medidas de protección que las particulares circunstancias que rodeaban al hoy occiso para defender la vida del mencionado ciudadano, lo expuso a que las amenazas constantes fueran concretadas, pues mientras el lugar donde residía la víctima estuvo custodiado no se intentó ataque alguno, llama la atención que una vez el Ejército abandonó la finca -sin previamente efectuar un estudio de riesgo o seguridad y sin tomar una medida alterna de protección-, se perpetró el homicidio, de lo cual se infiere que la omisión tiene nexo causal con el daño. Así las cosas, el Ejército Nacional infringió su posición de garante respecto de la víctima ya que no adoptó las medidas de protección suficientes y por el tiempo necesario, toda vez que era evidente que no había sido superada la amenaza y el riesgo, siendo previsible y altamente probable que atentaran contra la vida del señor Juan Vargas Benavides, lo cual se acompasa con la posición del Consejo de Estado expuesta en la sentencia de 02 de marzo de 2020 citada en el acápite correspondiente.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN EN EL DEBER DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN / Responsabilidad no es imputable a la Fiscalía General de la Nación / Víctima no hacía parte del programa de protección de testigos a su cargo.

(...) De acuerdo con el material probatorio, en criterio de la Sala, la muerte del señor Juan Antonio Vargas Benavides no le es imputable a la mencionada entidad, por cuanto no estaba dentro de sus competencias la de proteger civiles amenazados, a menos que dicha protección tuviera relación con el programa de protección a testigos a su cargo, lo cual no ocurrió, así pues como lo expuso el Consejo de Estado en sentencia de 30 de julio de 2021 ya citada, solo son beneficiarios del programa de protección de la entidad aquellas personas que por virtud de su intervención en un proceso penal deban ser protegidos y, en este caso, la víctima interpuso una denuncia por el delito de extorsión y ese único hecho no permite concluir que aquella debía ser protegida a la luz del programa.



Tribunal Administrativo de Casanare ©
Todos los derechos reservados.
2023.

