

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TUNJA ADMINISTRATIVO ORAL 014

Fijacion estado

Entre: 03/07/2018 y 03/07/2018

Fecha: 29/06/2018

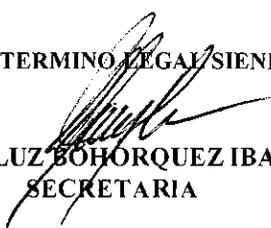
28

Página 1

Numero Expediente	Clase de Proceso	Demandante / Denunciante	Demandado / Procesado	Actuación	Fecha del Auto	Fechas		Cuaderno
						Inicial	V/miento	
15001333301420130019200	ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL	MUNICIPIO DE TUNJA - CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA	Sentencia Primera instancia	29/06/2018	03/07/2018	03/07/2018	1
15001333301420140013500	ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	HÜBER URUEÑA MARTINEZ	LA NACION - MINISTERIO DEFENSA- EJERCITO NACIONAL	Sentencia Primera instancia	29/06/2018	03/07/2018	03/07/2018	1
15001333301420150015900	ACCION DE REPARACION DIRECTA	DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ	FISCALIA GENERAL DE LA NACION	Sentencia Primera instancia	29/06/2018	03/07/2018	03/07/2018	1

SE FIJA LA PRESENTE EN LA SECRETARIA DEL DESPACHO HOY 03/07/2018
 SE DESFIJARA LA PRESENTE A LAS 5 DE LA TARDE (5 PM)

Y POR EL TERMINO LEGAL SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.)


 MARY LUZ BOHORQUEZ IBANEZ
 SECRETARIA



República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público

Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja

Correo institucional: j14admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tunja, 29 JUN 2018

DEMANDANTE: DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ Y OTROS
DEMANDADO: FISCALIA GENERAL DE LA NACION
RADICACIÓN: 150013333014-2015-00159-00
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 181 inciso último y 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo.

I. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA (fls. 108-110)

Son en resumen las siguientes:

PRIMERA. Que se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** por todos los daños y perjuicios ocasionados al grupo familiar, compuesto por **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** como perjudicada directa con la privación injusta de la libertad, **DENNY JULIANA LEON TOVAR**, **KINBERLY ALEJANDRA LEON TOVAR**, **ANGELA VALENTINA TOVAR RODRIGUEZ** y **MARLEN RODRIGUEZ**, como damnificadas en su calidad de hija mayor de edad, hijas menores de edad, representadas por la demandante y como madre de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, respectivamente.

SEGUNDA. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la entidad a pagar a las personas relacionadas, por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios materiales y morales a ellos ocasionados.

TERCERA. Que se condene a la entidad demandada **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** en costas y agencias en derecho en los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011,

CUARTA. Que las sumas de dinero que sean reconocidas en la sentencia, sean indexadas hasta cuando se verifique su pago.

PERJUICIOS MATERIALES

A) LUCRO CESANTE: Para la demandante **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** liquidándose el lucro cesante con el ingreso base de liquidación de \$800.000, salario mensual que devengaba al momento de la captura, lo que corresponde a un diario de \$26.666.66, tal como consta en la certificación expedida por la Dra. **SONIA SANCHEZ FIGUEROA**.

La señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** estuvo detenida desde el 05 de junio de 2012 hasta el 9 de abril de 2013 para un total de 304 días, privada de la libertad en una cárcel, lo que arroja un valor de \$8.106.666.66 dejados de devengar, que deben ser indexados hasta cuando se verifique su pago.

Como la **NACION - RAMA JUDICIAL**, concilió con los demandantes en un cincuenta y cinco por ciento (55%), de manera que se solicita que la demandada **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, pague el

restante equivalente al cuarenta y cinco por ciento (45%) de las sumas dejadas de devengar que deben ser indexadas hasta cuando se verifique su pago.

Según la jurisprudencia, al periodo físico de detención, debe sumársele el tiempo que la persona tarda en conseguir trabajo con posterioridad a su salida de la cárcel, tiempo fijado en 35 semanas, equivalentes a 245 días, 8,75 meses, arrojando un valor diario de \$26.666.66 para un total de \$6.533.331.7 que multiplicados en un cuarenta y cinco por ciento (45%) equivale a \$2.939.999.2

RESUMEN DEL LUCRO CESANTE

1. Tiempo que duró detenida 304 días x \$26.666.66 salario diario = \$8.106.664.64 por 45% equivale a tres millones seiscientos cuarenta y siete mil novecientos noventa y nueve pesos (\$3.647.999)
2. Tiempo estimado jurisprudencialmente para conseguir trabajo = \$6.533.331.7 por 45% equivale a dos millones novecientos treinta y nueve mil novecientos noventa y nueve pesos con dos centavos (\$2.939.999.2)

TOTAL LUCRO CESANTE

\$6.587.998.2

B) PERJUICIOS MORALES

Para el grupo familiar el equivalente en SMLMV para cada uno de los demandantes, en virtud de los daños y perjuicios causados a los accionantes por la injusta detención carcelaria de **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, por espacio de 304 días en su residencia en la carrera 9 N° 25 36, Barrio Versalles del Municipio de Chiquinquirá, con medida de aseguramiento, de la siguiente manera:

1. **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** (perjudicada directa) 45 SMLMV
2. **KINBERLY ALEJANDRA LEON TOVAR** (hija) 45 SMLMV
3. **ANGELA VALENTINA TOVAR RODRIGUEZ** (hija) 45 SMLMV
4. **DENNY JULIANA LEON TOVAR** (hija) 45 SMLMV
5. **MARLEN RODRIGUEZ** (madre) 45 SMLMV

2. HECHOS DE LA DEMANDA (fls. 111-112)

Son, en resumen:

1. Para el día cinco (05) de julio del año dos mil doce, la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** junto con cinco personas más, se trasladaron de Zipaquirá Cundinamarca a Garagoa Boyacá, a vender unas boletas para la rifa de un vehículo marca Chevrolet Spark GT color rojo, de placas RLU184, a cambio de un porcentaje.
2. En esa misma fecha la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** fue capturada en vía pública del Municipio de Garagoa por la Policía Nacional, por el presunto delito de *ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico*.
3. El seis (06) de junio de dos mil doce (2012) en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa Boyacá, con función de control de garantías, se realizó imputación a la señora **DIANA MARCELA**



TOVAR RODRIGUEZ por el delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, con imposición de medida de aseguramiento consistente en prisión domiciliaria, mediante boleta de encarcelación N° 007 al no contar con el permiso para adelantar la actividad de venta de boletas para la mencionada rifa.

4. Según acta N° 47 del ocho (08) de junio de dos mil doce (2012) la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** fue conducida del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Chiquinquirá, a su residencia ubicada en la carrera 9 N° 25 36, Barrio Versalles de la misma ciudad, para dar cumplimiento a la medida impuesta por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa Boyacá, consistente en detención domiciliaria.

5. El tres (03) de septiembre de dos mil doce (2012) la Fiscalía 27 Seccional Garagoa, radicó el escrito de acusación en contra de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** y otras personas por el delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, contemplado en el artículo 312 del C.P.

6. El diecisiete (17) de octubre de dos mil doce (2012) la Fiscalía 35 Seccional de Garagoa formuló acusación en contra de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** por la razón anteriormente expuesta.

7. El Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, adelantó el juicio oral en contra de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** y en fecha 8 de abril de 2013, emitió fallo de carácter absolutorio.

8. El nueve (09) de abril de dos mil trece (2013), el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en cumplimiento de la boleta N° 07 expedida por el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, dejó en libertad a la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**.

9. En sentencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil trece (2013), el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, absolvió a la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** y a otras personas, por haber probado que la conducta desplegada por la venta de boletas era atípica.

10. La señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, permaneció privada de la libertad desde el cinco (05) de junio de dos mil doce (2012) hasta el nueve (09) de abril de dos mil trece (2013), es decir, por espacio de 304 días.

11. El veintidós (22) de junio de dos mil quince (2015), la Procuraduría 69 Judicial para Asuntos Administrativos, convocó audiencia de conciliación y la **NACION - RAMA JUDICIAL**, concilió en un cincuenta y cinco por ciento (55%) las pretensiones de los demandantes.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y DE OCURRENCIA DEL DAÑO

Como fundamento a su demanda el apoderado se acoge a las contenidas en los artículos 1, 2, 6, 28, 29, 42, 85 y 90 de la Constitución Política, artículos 65, 68 y 73 de la Ley 270 de 1996, artículos 140, 142, 157, 161 numeral 1, 162 y ss., 192 y 309 del C.P.A.C.A., alegando que la normatividad aludida señala que el Estado debe responder por el daño causado a los administrados, más cuando el daño restringe el derecho fundamental a la libertad, configurándose el régimen de imputación objetivo dado que la Fiscalía y el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa se apresuraron a ordenar la detención de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** sin tener el acervo probatorio suficiente para sostener la medida, configurándose la falla en el servicio comoquiera que la medida de afectación de la libertad se tornó injusta, existiendo un nexo causal entre la expedición de la orden de captura y la privación, desencadenada por las actuaciones negligentes de las entidades

mencionadas ante una conducta que no existió, por ser producto de una investigación que no fue integral y que concluyó en su absolución, lo que da lugar a una indemnización al imponérsele una carga que no debía soportar.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 166-181)

La apoderada de la **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION** señala que el hecho 1 no le consta y es una afirmación de la parte demandante y respecto de los hechos del 2 al 11 además de no constarle, se atiene a lo que resulte probado.

Arguye que se opone a la totalidad de las pretensiones teniendo en cuenta que carecen de fundamentación fáctica y de derecho para su prosperidad, agrega que los perjuicios materiales deben estar probados, debiendo obrar en el proceso certificaciones que permitieran demostrar la verdadera relación laboral, así como la certificación del INPEC o centro de reclusión correspondiente.

Destaca que en el *sub judice* no se configuran los presupuestos esenciales que permitan estructurar responsabilidad en cabeza de su representada toda vez que sus actuaciones se sustentaron en las previsiones constitucionales, sustanciales y procedimentales aplicables al caso de manera que no se puede predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, un error o una privación injusta de la libertad por cuanto el obrar de la entidad se enmarcó dentro de lo permitido por el artículo 250 superior y al momento de adoptar la medida de aseguramiento se encontraban presentes todos los requisitos para ello de acuerdo al artículo 306 de la ley 906 de 2004, siendo el Juez de control de garantías el encargado de emitir la decisión sobre su imposición conforme a las pruebas arrojadas en ese momento procesal.

Precisa que en el caso discutido el Juez consideró que se daban los requisitos exigidos por las normas, legalizando la captura e imponiendo medida de aseguramiento a la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, de modo que la labor de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** se enfoca únicamente en la labor investigativa y acusatoria, sin que tenga injerencia en la imposición o no de la medida de privación de la libertad.

Propuso como excepciones las que denominó *inexistencia del daño, en cumplimiento de un deber legal y falta de legitimación por pasiva*.

III. TRASLADO DE EXCEPCIONES

Aun cuando se efectuó el traslado respectivo, la parte demandante no se pronunció frente a ellas.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

1. AUDIENCIA INICIAL

Admitida la demanda el día 04 de febrero de 2016, fue notificada la **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION** el 03 de octubre de la misma anualidad, quien contestó en fecha 20 de enero de 2017 como se verifica a folios 166 a 181, con posterioridad se procedió a realizar audiencia inicial el 10 de julio de 2017, previa convocatoria mediante auto de fecha 02 de mayo de la misma anualidad (fl. 209), desarrollándose la misma en los términos del artículo 180 del C.P.A.C.A., concluyéndose con la fijación de fecha para la audiencia de pruebas (fl.213).

2. AUDIENCIA DE PRUEBAS



Se realizó el día 16 de agosto de 2017, en la cual no se incorporó la totalidad de la prueba documental, siendo necesaria su reanudación en fecha 08 de noviembre de 2017, disponiéndose correr traslado para alegar. (fls. 258-259)

V. ALEGATOS

1. PARTE DEMANDANTE (fls. 273-281)

Señala que se encuentra probado que la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** fue injustamente privada de la libertad, conducta que se subsume en el caso contemplado por el artículo 353 del CP y 90 de la Constitución Política, pues los hechos de índole penal que se le endilgaron, jamás los cometió y ello se soporta en el fallo absolutorio, resultando procedente declarar la responsabilidad de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** por dichos hechos toda vez que se causaron perjuicios materiales y morales al estar privada de la libertad por espacio de 304 días, habiendo necesidad de indemnizársele de manera integral.

Sustenta en extractos jurisprudenciales que cuando la exoneración de un procesado por sentencia absolutoria definitiva o preclusión porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o por absolución en aplicación al principio *in dubio pro reo*, la privación de la libertad resulta siempre injusta, pues quien estuvo detenido sufrió un daño que no estaba en la obligación de soportar.

Puntualiza que en el proceso penal se demostró la inocencia de la demandante, concluyéndose que la conducta no existió, independientemente que el actuar de la Administración hubiese sido conforme o contrario a derecho, pues si las víctimas no se encuentran en el deber jurídico de soportar el daño irrogado, es intrascendente en todo sentido que el proceso penal se adelantara correctamente pues se ha causado un daño especial a un individuo, al evidenciarse una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, habiendo lugar a resarcir los perjuicios ocasionados por parte de quien ocasionó el daño antijurídico, siendo imputable a la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** al ser la encargada de adelantar la investigación penal y adoptar las decisiones que desembocaron en la privación de la libertad, para luego escucharla en indagatoria, abstenerse de proferirle medida de aseguramiento y posteriormente precluirle la investigación con fundamento en la atipicidad de la conducta.

2. FISCALIA GENERAL DE LA NACION (fls. 262-272)

Destaca que el hecho generador de la privación injusta de la libertad consiste en la imposición de la medida de aseguramiento, no en la solicitud de medida de aseguramiento, donde la acción de pedir difiere de la de decretar que refiere a resolver o decidir, de donde se deduce como lo ha manifestado el Consejo de Estado, que el Juez de Control de Garantías es la única autoridad con facultad para decretar la medida de aseguramiento y la actuación de la Fiscalía se agota con la petición que eleva al Juez, de modo que la entidad no es la llamada a responder en los casos de privación injusta bajo los parámetros de la ley 906 de 2004, habiendo lugar a declarar la falta de legitimación en la causa.

Ultima que no basta con que se produzca un fallo absolutorio para deducir que la privación de la libertad *per se* fue injusta. Puntualiza que la entidad actuó en cumplimiento de un deber legal de adelantamiento de la investigación, procediendo en concordancia con la Ley 906 de 2004 respecto a las situaciones que determinan la formulación de la imputación, que se hace cuando de los elementos

materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga.

Señala que el papel del fiscal es solicitar al Juez de Control de Garantías imposición de la medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evalúan en la audiencia de control de garantías permitiendo a la defensa su controversia, luego de lo cual el Juez decide sobre la petición.

Indica que para el caso bajo estudio, el proceso penal indica que los implicados fueron aprehendidos en flagrancia con un vehículo el cual se anunciaba que sería rifado, teniendo en su poder boletería relacionada con dicha rifa, sin presentar la autorización para llevar a cabo tal actividad, formulándose por parte del Fiscal 27 Seccional de Garagoa acusación contra todos los implicados por el delito de *ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico*, tipificado en el artículo 312 de CP, de modo que el origen del delito estuvo en cabeza de los organizadores y promotores de la rifa quienes por falta de previsión y consecución de los documentos necesarios no pudieron establecer la legalidad de la actuación, lo que quedó en evidencia al momento de su aprehensión, situación verificable en el expediente penal.

Subraya que en libelo no se encuentran presentes los elementos que permitan estructurar alguna clase de responsabilidad en cabeza del ente acusador dado que sus actuaciones se encuentran amparadas por el artículo 250 de la Carta magna, al igual que en las disposiciones legales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, así, la facultad jurisdiccional quedó en cabeza de la Rama Judicial, razón por la que las decisiones que impliquen privación injusta son proferidas por los jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal.

Arguye que es posible que el Estado se exonere de responsabilidad con la acreditación que el daño provino de una causa extraña, es decir, que sea imputable a hecho determinante y exclusivo de un tercero o de la propia víctima, encontrando en el *sub examen* como hecho de un tercero la actuación de la Rama Judicial al privar de la libertad a la hoy demandante, sustentada en el hecho que la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** sí se encontraba distribuyendo o vendiendo boletas para la rifa de un vehículo, careciéndose de los respectivos permisos, evadiendo el recaudo que estas actividades deben ofrecer a la salud pública, generando una conducta antijurídica formal y materialmente.

Manifiesta que la mencionada rifa al parecer estuvo organizada por los señores **JAIR SANCHEZ GIRALDO, SAMUEL ELIAS MENDEZ SOTELO y HUBER DONEY RODRIGUEZ PORTILLA**, quienes fueron condenados, siendo los generadores del daño que hoy se reclama, exonerando al Estado de una responsabilidad que se le pretende endilgar sobre una detención injusta, dejando de lado que la demandante actuó libremente y con plena libertad de aceptar el contrato de ventas de la mencionada rifa.

Alega que el Consejo de Estado en diferentes sentencias ha contemplado que el régimen de la privación de la libertad sólo se estima completo cuando supera el juicio autónomo sobre la culpa grave o dolo de la víctima, examinando desde la perspectiva de la responsabilidad civil, la sujeción de la víctima a los deberes que el ordenamiento constitucional y la buena fe le imponen, por lo que nadie puede obtener provecho de su propia culpa o negligencia, siendo imprescindible que se hayan interpuesto los recursos en contra de la medida de aseguramiento por parte de la demandante, como lo estatuye el artículo 70 de la Ley 270 de 1996.



Argumenta inexistencia del daño, al no encontrarse probados los daños y perjuicios morales o materiales causados a los demandantes por parte del Estado como consecuencia de la actuación de la entidad ni por la privación injusta alegada, lo que conlleva a la resolución desfavorable de las pretensiones de la demanda pues al no configurarse el daño, no hay lugar a reparación al no haber perjuicios que reclamar.

Reitera la falta de legitimación en la causa por pasiva ya que a la entidad no le incumbe la imposición de la medida de aseguramiento pues ello es facultad del Juez de control de garantías, quien decide y la decreta, conforme al examen de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad que se hace sobre las que restrinjan derechos fundamentales, sin ser de recibo en el caso examinado acceder a lo pretendido.

3. **MINISTERIO PUBLICO:** Guardó Silencio.

VI. ANÁLISIS PROBATORIO

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

- **Documentales:**

1. **De la parte demandante**

- **Las documentales arrimadas corresponden a:**

- Registro civil de nacimiento de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, nacida el 17 de febrero de 1981, hija de los señores **MARLEN RODRIGUEZ** y **CARLOS ARTURO TOVAR RAMIREZ**. (fl. 134)
- Registro civil de nacimiento de **DENNY JULIANA LEON TOVAR**, nacida el 23 de julio de 1996, madre **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 11)
- Registro civil de nacimiento de la menor **KINBERLY ALEJANDRA LEON TOVAR**, nacida el 07 de julio de 1998, madre **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 9)
- Registro civil de nacimiento de la menor **ANGELA VALENTINA TOVAR RODRIGUEZ**, nacida el 17 de agosto de 2000, madre **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 10)
- Cédula de ciudadanía de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 12)
- Conciliación extrajudicial del **25 de mayo de 2015**, adelantada ante la Procuraduría 69 judicial I para asuntos administrativos, con la **NACION RAMA JUDICIAL - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, donde esta última señala que la decisión del Comité es no conciliar pues se presenta frente a la entidad una falta de legitimación en la causa por pasiva, actuación en cumplimiento de un deber legal, ausencia de nexo causal e inexistencia de precedente jurisprudencial que determine la responsabilidad de la entidad. Ante la inasistencia del apoderado de la **NACION - RAMA JUDICIAL**,

se fijó nueva fecha para el 29 de mayo de 2015. (fls. 99-102)

- Conciliación extrajudicial del **25 de mayo de 2015**, adelantada ante la Procuraduría 69 judicial I para asuntos administrativos, con la **NACION RAMA JUDICIAL**, quien propuso fórmula de arreglo ofreciendo la suma de **\$88.598.125** que serían pagados por la entidad, sin reconocimiento de intereses moratorios desde el momento de la aprobación de la conciliación hasta el pago, previa aceptación y renuncia de la solicitante a proseguir cualquier acción legal por los mismos hechos y pretensiones en contra de dicha entidad, propuesta aceptada por la convocante, quien manifiesta que proseguirá la acción en contra de la **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, siendo enviadas las diligencias al Juzgado Administrativo del Circuito - Reparto para el control de legalidad. (fls. 103-106)

- Constancia expedida por el Procurador 69 judicial I para asuntos administrativos el **22 de junio de 2015**, que da cuenta de la declaratoria de fallida la conciliación adelantada con la **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**. (fls. 151-152)

- Conciliación extrajudicial aprobada por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Tunja el **06 de agosto de 2015**. (fls. 135-144)

Copias del proceso penal adelantado bajo el radicado 152996103118201280089, que incluye respecto de la señora DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ:

- Datos del indiciado del **05 de junio de 2012**. (fl. 15)

- Acta de derechos del capturado del **05 de junio de 2012**. (fl. 18)

- Acta N° 47 de fijación en el domicilio al interno del **08 de junio de 2012**. (fls. 20-21)

- Escrito de acusación del **03 de septiembre de 2012** donde se lee que el 06 de junio de 2012, en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal, de Garagoa con función de control de garantías, se realizaron las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, imponiéndose esta de carácter domiciliario que cumplen en sus residencias, añade que el 04 de julio de 2012 se realizó audiencia de verificación de preacuerdo con los acusados y el Juez Penal del Circuito de esa municipalidad no le había impartido legalidad, aclara que los cargos imputados no fueron aceptados. (fls. 22-29)

- Boleta de remisión N° 097 del **4 de septiembre de 2012** emanada del Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, dirigida al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chiquinquirá, para la práctica de la audiencia de acusación a llevarse a cabo el 17 del mismo mes y anualidad. (fls. 30-31)

- Boleta de remisión N° 107 del **17 de septiembre de 2012** emanada del Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, dirigida al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chiquinquirá, para la práctica de la audiencia de acusación a llevarse a cabo el 1° de octubre de la misma anualidad. (fl. 32)

- Fotografía interno remisión del **01 de octubre de 2012**. (fl. 19)

- Acta de audiencia de formulación de acusación del **17 de octubre de 2012**, donde se lee que la defensa no tuvo objeción alguna al escrito de acusación y se fija el 21 de noviembre de 2012 para llevar a cabo la audiencia preparatoria. (fl. 33-35)

- Registro de la audiencia de continuación del juicio oral, del **13 de marzo de 2013**, recepcionándose testimonios e incorporándose otras evidencias. (fls. 36-39)



- Acta de audiencia de juicio oral, alegaciones finales, enunciación del sentido del fallo e individualización de la pena, del **08 de abril de 2013**, señalando que en cuanto a la accionante y otras personas, sólo eran personas que vendían las boletas, sin que tuvieran que conocer la situación normativa de la venta, actuando por error vinculados en un contexto y por ello se los absuelve del delito imputado, ordenándose librar las boletas de libertad, levantamiento de las medidas cautelares y órdenes que restrinjan derechos, previo el trámite administrativo del INPEC. (fls. 41-43)
- Despacho comisorio N° 21 donde se comunica a los Juzgados Penales Municipales de Chiquinquirá, se sirvan librar de manera inmediata las boletas de libertad de entre otros, la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fls. 43-44)
- Oficio N° 430 del **09 de abril de 2013**, donde se remite al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chiquinquirá copia del Despacho Comisorio N° 21 para que obre en la hoja de vida de entre otros, la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, dado que la enunciación del sentido del fallo fue absolutorio. (fl. 45)
- Oficio N° 432 del **09 de abril de 2013**, donde se informa a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Chiquinquirá que la enunciación del sentido del fallo fue absolutorio para que se levanten las medidas cautelares que posan entre otros, la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 46)
- Oficio N° 431 del **09 de abril de 2013**, donde se informa al Registrador de Instrumentos Públicos de Chiquinquirá que la enunciación del sentido del fallo fue absolutorio para que se levanten las medidas cautelares que posan entre otros, la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 47)
- Boleta de libertad N° 0007 del **09 de abril de 2013** a favor de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 49)
- Certificado de libertad del **10 de abril de 2013** a favor de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** expedido por el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIPO – INPEC. (fl. 50)
- Oficio del **11 de abril de 2013**, en el que el Secretario de Tránsito y Transporte de Chiquinquirá señala al Juzgado Penal del Circuito de Garagoa que la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** no figura como propietaria de vehículos en ese organismo. (fl. 48)
- Fallo proferido el **19 de noviembre de 2013**, dentro del proceso con código único de investigación N° 1529961031182012-80089, donde se lee respecto de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** que no tenía el conocimiento cierto de los hechos dentro de los cuales se desarrolló, aun cuando desplegó objetivamente la descripción del tipo penal imputado, pues ejerció y fue parte de sin autorización o con rato válido de una actividad comprendida como monopolio rentístico, actuando bajo el conocimiento pleno de estar realizando venta y distribución de boletería, pero bajo la idea errónea que para ello se contaba con las autorizaciones requeridas, lo que anulaba el dolo para la estructuración del tipo subjetivo conllevando a una conducta atípica, concluyéndose en su absolución de la acusación formulada por el delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico. (fls 52 a 98)
- Formulario de sentencia absolutoria con fecha de ejecutoria del **04 de febrero de 2014**. (fl. 493)
- Remisión del Formato de Sentencia Absolutoria, de fecha **17 de febrero de 2014**, a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION – SISTEMA DE INFORMACION SOBRE ANTECEDENTES Y ANOTACIONES
- * - SIAN. (fl. 494)

- Certificación laboral de fecha **26 de marzo de 2013** expedida por la señora **SONIA ESPERANZA SANCHEZ FIGUEROA**, como propietaria de la **IPS PGI PROFESIONALES DE GESTION INTEGRADA S.A.S.** en la que indica que la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, laboró para ella desde el 15 de marzo de 2010 hasta el 05 de junio de 2012, como secretaria general por medio de contrato de prestación de servicios, con un salario de **OCHOCIENTOS MIL PESOS** básicos más comisiones. (fl. 51)

➤ **Las documentales solicitadas:**

- Ordenar a la entidad demandada, allegar el expediente penal completo, con radicado N° 1529961031182012-80089, que reposa en el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja.

Lo anterior fue cumplido con el oficio N° 1055 del **10 de julio de 2017** visible a folio 219 del plenario, 1203 del **31 de julio de 2017**, obrante a folio 229, 1540 del **18 de septiembre de 2017** (fl. 252), siendo finalmente allegado por el **JUZGADO QUINTO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE TUNJA**, en dos cuadernos con 503 y 58 folios, cuaderno original fallador y de control de garantías respectivamente.

Se destaca de dichas pruebas, únicamente lo relacionado con la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, así:

a. Del cuaderno de control de garantías

- Solicitud de audiencia preliminar del **06 de junio de 2012** para legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento. (fls. 1-5)

- Acta de audiencia de garantías del **06 de junio de 2012**, adelantada ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa, declarándose la legalidad de la captura, sin aceptación de cargos por los imputados y medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria. (fls. 12-15)

- Diligencia de compromiso para gozar del beneficio de detención domiciliaria del **06 de junio de 2012**. (fl. 19)

- Sistema de Información sobre antecedentes y anotaciones SIAN, formato de medida de aseguramiento del **06 de junio de 2012**. (fl. 23)

- Oficio N° 382 del **06 de junio de 2012**, dirigido al Comandante Tercer Distrito de Policía de Garagoa, de solicitud de traslado de la imputada a su lugar de residencia para cumplir con la medida de detención preventiva. (fl. 30)

- Oficio N° 383 del **06 de junio de 2012**, dirigido al Director del **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC DE GARAGOA**, de solicitud de traslado de la imputada a su lugar de residencia para cumplir con la medida de detención preventiva. (fl. 28)

- Oficio N° 387 del **06 de junio de 2012**, dirigido al Director del **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC DE CHIQUINQUIRA**, de solicitud de traslado de la imputada a su lugar de residencia para cumplir con la medida de detención preventiva. (fl. 29)

- Oficio N° 388 del **06 de junio de 2012**, dirigido al Registrador de Instrumentos Públicos de Chiquinquirá, informando que no se podrán enajenar bienes sujetos a registro durante seis (06) meses



siguientes a la formulación de la imputación, a no ser que antes se garantice la indemnización de perjuicios o haya pronunciamiento sobre la inocencia de los imputados. (fl. 32)

- Oficio N° 389 del **06 de junio de 2012**, dirigido a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Chiquinquirá, informando que no se podrán enajenar bienes sujetos a registro durante seis (06) meses siguientes a la formulación de la imputación, a no ser que antes se garantice la indemnización de perjuicios o haya pronunciamiento sobre la inocencia de los imputados. (fl. 31)

- Oficio N° 390 del **08 de junio de 2012**, informando al Juez Penal del Circuito de Garagoa, sobre el recurso de apelación contra la decisión de impartir legalidad de la captura. (fl. 33)

- Registro de la audiencia de verificación de preacuerdo adelantada el **04 de julio de 2012**, en el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, donde el defensor de los imputados desiste del recurso de apelación, sin impartirse aprobación al preacuerdo. (fls. 44-45)

b. Del cuaderno original fallador

- Informe ejecutivo FPJ 3 del **05 de junio de 2012**. (fls. 256-261)

- Certificación del **05 de junio de 2012**, en el que el Secretario de Gobierno de Garagoa señala que no se ha realizado trámite alguno de permiso para la venta de bonos de un SPARK GT modelo 2012. (fl. 305)

- Formato de acta de incautación del **05 de junio de 2012**, con un total de 52 boletas. (fl. 278)

- Formato Único de Noticia Criminal del **06 de junio de 2012**. (fls. 262-267)

- Informe de investigador de campo fotógrafo del **05 de junio de 2012**. (fls. 207-212, 248-250, 293-294, 299-302, 280, 283)

- Declaraciones rendidas ante la Inspección de Policía de Chiquinquirá por parte de los señores **OMAR ALBERTO VILLAMIL MUNEVAR, JOSE TOMAS MERCHAN FRESNO y MILTON EDILBERTO CUELLAR JIMENEZ**, de fecha **14 de junio de 2012**, quien señala que conoce a la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** y que es madre cabeza de familia de tres hijas menores (fls. 27-34)

- Declaración extraproceso rendida en la Notaría Segunda de Chiquinquirá en que los señores **HECTOR ALONSO RODRIGUEZ CAMACHO y ALIRIO CRUZ CRISTANCHO** señalan conocer a la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** quien únicamente es estilista y de ella dependen sus tres hijas. (fls. 39-40)

- Escrito sin fecha dirigido al Fiscal 27 Seccional de Chiquinquirá, donde señala la aceptación de la imputación. (fls. 47-48)

- Acta de preacuerdo del **20 de junio de 2012**, solicitando la imposición de la pena mínima, se estudie la posibilidad de exonerarlos del pago de la multa y la aplicación del subrogado penal de suspensión de la ejecución de la pena. (fls. 51-57)

- Solicitud de asignación de abogado de oficio ante el Juez Penal del Circuito de Garagoa, de fecha **21 de noviembre de 2012**. (fl. 147)

- Auto del Juzgado Penal del Circuito de Garagoa en que se ordena oficiar a la Defensoría Regional del pueblo para que designen un defensor público que represente los intereses de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 148)

- Oficio del 22 de **noviembre** de 2012 donde se informa al Juzgado penal del Circuito de Garagoa que a la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** se le ha asignado defensor público. (fl. 151)
- Registro de audiencia preparatoria del 27 de **noviembre** de 2012. (fls. 156-160)
- Oficio 135 del 12 de **diciembre** de 2012, donde se indica por parte del Defensor de Familia Zonal Chiquinquirá, que la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** ha solicitado su intervención para pedir no le sea revocada la medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria y que se le permita trabajar para sostener a sus tres hijas. (fl. 182)
- Informe del 11 de **diciembre** de 2012, dirigido al Juez Penal del Circuito de Garagoa en que se informa por parte de la Coordinadora Grupo Jurídico del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chiquinquirá, que la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** no se encontraba en su domicilio el 10 de diciembre del mismo año para el traslado al Despacho a realizar diligencia judicial. (fl. 185)
- Acta de audiencia de juicio oral del 28 de **enero** de 2013. (fls. 189-190)
- Informe de Estudio social de fecha 25 de **enero** de 2013 adelantado por la Trabajadora Social del ICBF Centro Zonal Chiquinquirá al núcleo familiar de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, señalando que se desempeña como manicurista y que devenga mensualmente \$500.000, con tres hijas estudiantes, que no recibe apoyo de nadie para su crianza, de modo que se solicita al Juez Penal del Circuito de Garagoa que no se sancione con pena privativa de la libertad y se le permita trabajar. (fls. 200-202)
- Registro de audiencia de juicio oral del 25 de **febrero** de 2013, donde se precisa que el Defensor de Familia no es parte del proceso y que las solicitudes deben elevarlas ante el Juez de Control de Garantías. (fls. 216-218)
- Informe del 19 de **febrero** de 2013 dirigido al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chiquinquirá en que se informa que el 15 de febrero de la misma anualidad a la hora de las 18:10 la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** no se encontraba en su residencia. (fl. 244)
- Registro de la audiencia de continuación de juicio oral del 19 de **marzo** de 2013. (fls. 332-335)

2. De la parte demandada

Con la contestación de la acción, no aportó pruebas.

➤ La documental solicitada:

- Ordenar a la entidad demandada, allegar el expediente penal completo, con radicado N° 1529961031182012-80089, que reposa en el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, prueba que se cumplió como se indicó en precedencia.

3. De oficio

- Al Director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Chiquinquirá para que allegara:



Certificación en que se indique el tiempo que permaneció privada de la libertad la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** por el delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico.

Lo anterior se cumplió con el oficio N° 1056 visible a folio 220, 1202 del **31 de julio de 2017**, folio 230 y la respuesta se observa a folio 234 donde indica que permaneció privada de la libertad por el periodo comprendido entre el 05 de junio de 2012 y el 09 de abril de 2013 y anexa certificado de libertad de fecha **10 de agosto de 2017**. (fl. 235)

VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial se fijó el problema jurídico a resolver en los siguientes términos, se trata de establecer si:

*¿La FISCALIA GENERAL DE LA NACION es administrativa y patrimonialmente responsable por la privación injusta, al solicitar la imposición de la medida de aseguramiento a la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, teniendo como base normativa el artículo 306 de la Ley 909 de 2004?*

2. TESIS

De acuerdo con lo expuesto, analizada la demanda y sus contestaciones, el despacho advierte que los argumentos relevantes de las partes, se concretarán en las siguientes:

- Tesis de la parte Demandante:

Manifiesta el apoderado que debe declararse la responsabilidad administrativa y patrimonial de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la privación injusta de la libertad de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, derivados de la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva de carácter domiciliario y, quien, en el curso del proceso penal adelantado en su contra por el delito de *ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico*, resultó absuelta.

- Tesis de la parte Demandada FISCALIA GENERAL DE LA NACION:

Considera la apoderada que no se configuran los presupuestos esenciales que permitan estructurar responsabilidad en cabeza de su representada comoquiera que sus actuaciones se sustentaron en las previsiones constitucionales, sustanciales y procedimentales aplicables al caso, sin poderse predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, un error o una privación injusta de la libertad toda vez que al momento de adoptar dicha medida, se encontraban presentes todos los requisitos para adoptarla de acuerdo al artículo 306 de la ley 906 de 2004, siendo el Juez de control de garantías el encargado de emitir esa decisión, conforme a las pruebas arrojadas en ese momento procesal, correspondiéndole a su defendida las labores investigativa y acusatoria, sin tener injerencia en la imposición o no de la medida de privación de la libertad.

- Tesis del Ministerio Público: Guardó silencio.

- **Tesis del Despacho:** El Despacho negará las pretensiones de la acción, pues si bien en el *sub examine* las decisiones que llevaron a la privación injusta de la libertad de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, fueron en efecto solicitadas por la Fiscalía General de la Nación, esta entidad no era la competente para decidir sobre la imposición de dicha medida de aseguramiento pues ello únicamente le correspondía a la Rama Judicial, por ser una facultad netamente de carácter jurisdiccional, razón suficiente para concluir que en el presente asunto y atendiendo a las disposiciones del sistema penal acusatorio vigente, no resulta acertado endilgar ningún tipo de responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, lo que conduce a declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva en el ámbito material respecto de la privación injusta alegada por la demandante. Consecuencia de lo anterior, se condenará en costas a la parte demandante.

3. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

Previo a resolver de fondo sobre el caso concreto, y como quiera que la apoderada de la entidad demandada **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** interpuso dentro del término procesal oportuno excepciones, es preciso entrar a resolver sobre la prosperidad de las mismas.

Así las cosas, En la audiencia inicial (fl. 212) se dijo respecto de las denominadas *inexistencia del daño y en cumplimiento de un deber legal*, que las mismas no constituían excepciones sino que se trataba de argumentos de defensa, de la misma forma en relación con la llamada *falta de legitimación por pasiva*, como los argumentos esgrimidos por la entidad demandada tenían relación directa con su participación en los hechos que originaron la acción, es decir respecto de la legitimación material en la causa, se dijo que esta debía ser abordada en el fondo del asunto, previo análisis de la misma, así:

Al respecto, debe decirse que, de acuerdo con las reglas jurisprudenciales establecidas por el Consejo de Estado, la legitimación en la causa puede ser **material o de hecho**.

La primera, exige la conexión entre las partes y los hechos que constituyen el litigio, es decir, representa un interés jurídico sustancial; mientras que la segunda, está constituida por la relación procesal entre el demandante y demandado, que las faculta para intervenir en el trámite, así como ejercer sus derechos de defensa y contradicción. De ahí que, el demandado puede no tener vínculo alguno con el conflicto que motivó la demanda, pero estar legitimado de hecho.

Así las cosas, la falta de legitimación material en la causa conduce a la denegación de las pretensiones, por no resultar la parte pasiva, titular de la carga de cumplir la pretensión formulada.

Para efectos del análisis del caso, resulta pertinente hacer referencia a lo que ha manifestado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuando expone que la legitimación por pasiva de hecho alude a la capacidad para acudir a un proceso, esto es, constituye un requisito de procedibilidad, en tanto que la pasiva material atiende a la prosperidad de las pretensiones y precisa:

"17. En conclusión, la legitimación por pasiva de hecho, que se refiere a la potencialidad del demandado, de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda - en la medida en que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-, mientras que, la legitimación por pasiva material, constituye un requisito no ya para la procedibilidad de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones. (...)"

En efecto, la Sección Tercera, Subsección "B" del Consejo de Estado, en sentencia proferida el **14 de octubre de 2015**, con ponencia del doctor Danilo Rojas Betancourth dentro del proceso radicado bajo el número 25000-23-26-000-2002-01209-02(31169), promovido por Luz Stella Barrera Martínez y otros contra el Ministerio de Justicia y del Derecho y otros, explicó:



"Aunque, en términos generales, la legitimación en la causa se refiere a "la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial (...)", esta Corporación ha señalado que es posible diferenciar entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa¹.

La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, "de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda".

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas. De ahí que la Sala haya indicado que la falta de legitimación material en la causa por activa o por pasiva no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre el petitum de la demanda, comoquiera que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, en la medida en que se trata de

(...) una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada².

(...) Por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza³, pues bien puede suceder que una persona, natural o jurídica⁴ esté legitimada en la causa de hecho por ser parte dentro del proceso, pero carezca de legitimación en la causa material debido a que no es titular de los derechos cuya vulneración alega o a que ninguna actuación o conducta suya guarda relación o conexión con los hechos que motivan el litigio. En estos eventos, las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores⁵. (Resaltado fuera de texto original)

En este sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶ ha precisado que en casos como el examinado no existiría falta de legitimación en la causa o de hecho ni material pues lo que se exige

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de septiembre de 1997, exp. 10285, C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase las sentencias del 11 de febrero de 2009, exp. 23067, C.P. Enrique Gil Botero, y del 22 de julio de 2011, exp. 17646, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

² Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de noviembre de 2001, exp. 13356, C.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 14178, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de 23 de abril de 2009, exp. 16837, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1^o de marzo de 2006, exp. 13764, C.P. Alier E. Hernández, Enríquez.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2009, exp. 16837, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que "si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. 10973, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

es que la entidad convocada esté representada y nos remite al artículo 159 del C.P.A.C.A. al siguiente tenor:

“Capacidad y representación. Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.

La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho. (...)”

Lo anterior, tiene asidero en decisiones como la contenida en la sentencia del 24 de junio de 2015, de la Sección Tercera del Consejo de Estado en que consideró, entre otras cosas:

“(…) Sobre el particular, la Sala estima necesario precisar que si bien cada una de las entidades demandadas ostentan la representación de la Nación en casos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia (inciso segundo del artículo 49 de la Ley 446 de 1998⁷ y numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996⁸), lo cierto es que las decisiones que se discuten en el presente litigio y que habrían ocasionado el daño por cuya indemnización se reclama, fueron proferidas por la Rama Judicial, razón por la cual una vez efectuado el recuento probatorio, se concretará si el aludido daño antijurídico reclamado se encuentra acreditado y, de estarlo, se establecerá si el mismo le resulta imputable a la Rama Judicial, (la cual fue debidamente notificada y representada), de lo contrario habrá lugar a confirmar la decisión apelada⁹.

En efecto, con la expedición de la Ley 906 de 2004 -Código de Procedimiento Penal- el legislador articuló el proceso penal de tal manera que buscó fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, como de instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar dentro de la acción penal, por lo que, suprimió del ente investigador -Fiscalía- la facultad jurisdiccional¹⁰, la cual venía ejerciendo por disposición del antiguo código de procedimiento penal -Ley 600 de 2000-.

Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, las decisiones que impliquen una privación de la libertad, son proferidas por los Jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal¹¹, como en efecto ocurrió en este caso mediante el auto proferido el 18 de noviembre de 2005 por el Juez Segundo Penal Municipal con Funciones de Garantías que decretó la medida de aseguramiento contra el actor.(…)” Destaca el Despacho.

⁷ “En los procesos Contencioso Administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho”.

⁸ “(…) Son funciones del Director Ejecutivo de Administración Judicial:

“8. Representar a la Nación - Rama Judicial en los procesos judiciales para lo cual podrá constituir apoderados judiciales”.

⁹ En ese mismo sentido consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias proferidas el 8 de julio del 2009, Exp. 17.517, del 23 de abril de 2008, Exp. 17.534 y del 15 de abril de 2010, Exp. 18.284, entre otras., toda con ponencia del Consejero, Doctor Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia de 30 de abril de 2014, Exp. 38.276 M.P. Doctor Hernán Andrade Rincón.

¹⁰ Finalidades de la Ley 906 de 2004, Sentencia C - 591 del 9 de junio del 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández “En Colombia, la adopción mediante reforma constitucional, de este nuevo sistema procesal penal, perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio”.

¹¹ Sentencia C - 591 del 9 de junio del 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández “Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales”



De lo expuesto, concluye éste despacho que la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, citada al proceso tiene legitimación para intervenir como demandada en la defensa procesal de sus derechos, gozando de capacidad para ser parte y concurrir en juicio, otra será la responsabilidad que se derive al determinar en función de las imputaciones fácticas y jurídicas, si la entidad está llamada a responder por los daños reclamados, discusión propia de la sentencia al examinar la legitimación **material** en la causa.

4. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL

Con el fin de resolver lo pertinente frente a las posturas adoptadas por las partes y esclarecer el problema jurídico, se abordará la siguiente temática:

- a). *Cláusula general de responsabilidad del Estado.*
- b). *Del título de imputación en el caso concreto*
- c). *El rol de la Fiscalía en el nuevo sistema penal acusatorio*

a. CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se consagró en el artículo 90 de la misma, la que se ha denominado la Cláusula General de Responsabilidad, que determina:

“El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

En Sentencia C-333/96 la Corte Constitucional señaló el sentido y el alcance de esta norma, en los términos que siguen:

“El actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

(...).

La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública”. Negrilla fuera del texto

Por su parte el Honorable Consejo de Estado ha sostenido sobre el artículo 90 que *“...es el tronco en que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad contractual o de la extracontractual”.*

Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica

jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume, mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva”¹².

Se tiene entonces claridad en que *la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable*” de manera tal que los elementos centrales del régimen de responsabilidad consagrado constitucionalmente son la noción de **daño antijurídico y su imputación al Estado**; entendiéndose en primer lugar el **daño antijurídico** como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo y, segundo que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño *“es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ‘título jurídico’ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión”*¹³.

b. DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN APLICABLE AL CASO EN CONCRETO

En relación con los títulos de imputación, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional han coincidido en que:

“(…) La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.

La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal.

*Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones en el inciso 2o. del artículo 90 de la C. N. Y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C. N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95 No. 9 y 216 de la C. N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el **error judicial** y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C. de P. C., 414 del C. de P.P. etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como éste del no enriquecimiento sin causa.*

Muestra lo anterior que bajo cualquier clase o régimen de responsabilidad patrimonial del Estado o de las personas jurídicas de derecho público es menester que estén presentes estos elementos: la acción o la omisión de la entidad estatal; el daño antijurídico; el nexo de causalidad material y el título jurídico de imputación¹⁴.” (...) Negrilla fuera del texto original.

Sobre la responsabilidad del Estado en los casos de privación injusta de la libertad, como consecuencia de la medida de aseguramiento al interior de un proceso penal, el máximo Tribunal de

¹² CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, Sentencia. 13 de Julio de 1993, Exp. 8163. C.P. Juan de Dios Montes Hernández

¹³ C 038 de 2006.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de mil novecientos noventa y cinco(1995), radicación número: 8118



lo Contencioso Administrativo no ha mantenido un criterio uniforme sólo para aquellos casos en que se debía dar aplicación al artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, hoy derogado, situación que no se analizará dado que el caso *sub examine* se tramitó en vigencia de la Ley 906 de 2004.

Cabe precisar en este punto, que la Sección Tercera del Consejo de Estado de manera reiterada, y unificada¹⁵ ha ampliado la posibilidad que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente frente a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio universal *in dubio pro reo*, por manera que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso al reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, es decir incurso en una causal eximente de responsabilidad caso que puede ocurrir, por vía ejemplo: cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera en su contra la medida de detención preventiva¹⁶; en este caso y en los demás eximentes de responsabilidad, para su configuración se deben analizar los elementos de: irresistibilidad, imprevisibilidad y su exterioridad respecto del demandado, lo anterior con el fin de determinar hasta qué punto el estado está obligado a responder administrativa y patrimonialmente.

Todos los argumentos hasta aquí expuestos, apuntan a sustentar que el título jurídico de imputación a aplicar, por regla general, en supuestos como el *sub judice*, en los cuales el imputado cautelarmente privado de la libertad, finalmente resulta exonerado de responsabilidad penal en aplicación del principio *in dubio pro reo*, es un **título objetivo de imputación basado en la teoría del daño**, consistente en el **daño especial** que se le causa a la persona injustamente privada de la libertad.

A su turno, se ha puntualizado que el **daño especial** también debe ser entendido como un actuar o una omisión lícita en procura de un interés general, licitud que lo diferencia de la falla en el servicio, así, para que se estructure el concepto de daño especial, se requiere demostrar que la afectación tiene un carácter anormal y grave; que la acción u omisión lícita del Estado deben basarse en el interés general y que, por supuesto, debe existir un **nexo de causalidad entre la acción u omisión lícita del Estado que busca el interés general y el daño anormal causado a la víctima**.

En consecuencia, y de acuerdo al criterio jurisprudencial vigente, en aplicación a la teoría del daño especial en materia de privaciones injustas de la libertad, dicha privación no deriva de la antijuridicidad, o de la ilicitud del proceder del aparato judicial o de sus funcionarios, sino a la consideración de que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar los daños que le irroga una detención mientras se adelanta la investigación o el correspondiente juicio penal, más aún cuando dicho proceso concluye con una decisión absolutoria o un pronunciamiento judicial conforme al cual el Estado no pudo desvirtuar **la presunción de inocencia del afectado**.¹⁷

¹⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Expediente: 23.354.

¹⁶ Sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp 13.168; sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 15.463, reiteradas por esta Subsección en sentencia de mayo 26 de 2011, exp 20.299, entre muchas otras.

¹⁷ Ver fallo tribunal Administrativo de Boyacá, 29 de enero de 2015. MP: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ, Rad: 21012-00121-01

Con base en esta postura el Consejo de Estado, se amplió la posibilidad que se pueda declarar la responsabilidad del estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por la autoridad competente frente a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico, aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo del principio universal del indubio pro reo, responsabilidad que también se da si la privación de la libertad se produjo como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada e incluso si se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales.

En conclusión, se puede declarar la responsabilidad del Estado y se aplica el régimen objetivo de responsabilidad en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad es finalmente absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando:

- i) El hecho no existió
- ii) El sindicado no lo cometió y/o
- iii) La conducta es atípica
- iv) Se da aplicación del principio universal *in dubio pro reo*, y siempre que el privado de la libertad no se encuentre en el deber jurídico de soportarlo

Así las cosas, resultaría intrascendente que el obrar de la administración de justicia haya sido o no ajustado a derecho, pues lo importante aquí es que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, y ante tal situación la responsabilidad del estado deberá declararse, pues dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, donde se impone a un individuo una carga más pesada que la que soportan los demás administrados, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento Constitucional.

Con todo, en el caso de autos se hará el estudio de imputación de responsabilidad de la entidad demandada bajo el título **objetivo** ya que su fundamentación no depende de la ilegalidad o falla en la decisión proferida por la autoridad judicial dentro del proceso penal, sino que se edifica en las consecuencias de la misma, debiendo verificarse a más de la imposición de la medida de aseguramiento, si este culminó con una absolución y si el daño y los perjuicios generados a consecuencia de la decisión primigenia, comportan la obligación de reparar.

Así, se ultima que el asunto debe examinarse bajo el régimen de **responsabilidad objetiva**, en el entendido que éste se configura, entre otros eventos, cuando el sindicado se haya absuelto al establecer que la conducta por la que se investigó y que originó su detención es **atípica**, derivándose consecuentemente un daño antijurídico en cabeza de la administración, en razón a que quien lo padeció no estaba en el deber jurídico de soportarlo y siempre y cuando no opere causal alguna de exoneración de responsabilidad.

En este orden de ideas, para la prosperidad de la acción de reparación directa impetrada por la accionante en contra de la **NACION – FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, y representada en la privación injusta de que fue objeto, resulta **necesario e imprescindible** que hagan presencia los **elementos señalados por la jurisprudencia, a saber i) el daño antijurídico, ii) la imputación del daño a los demandados y, iii) el nexo de causalidad**, esto es, comprobar el hecho dañoso y la relación de causalidad que permita entrever que uno causó el otro; de modo que una vez se produce la verificación y análisis del daño, se debe desprender una evidencia circunstancial que hace que



aparezca demostrada plenamente la **imputación fáctica (nexo causal) y la jurídica o régimen de responsabilidad (objetivo).**

- **De la responsabilidad del Estado frente a los hechos materia de debate.**

No cabe duda que en *sub judice* la pretensión indemnizatoria se edifica sobre los presuntos daños ocasionados por la privación injusta de que fuera víctima la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** y los mismos se imputan - en palabras del apoderado - **al error judicial atribuible a la NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, dado que fue este ente el encargado de solicitar ante el Juez de Control de Garantías, en este caso el Juez Primero Promiscuo Municipal de Garagoa, la medida preventiva consistente en detención domiciliaria en su contra, por el delito de *ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico*, estipulado en el artículo 312 del C.P., proceso penal que fuera adelantado por el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, entidad que el 08 de abril de 2013 enunció el sentido del fallo, ordenó la libertad inmediata de los absueltos y, en fecha 19 de noviembre de 2013 adelantó la lectura de sentencia, disponiendo absolver a la demandante de la acusación formulada, al encontrar la conducta descrita como atípica.

Así las cosas, salta a la vista que nos encontramos frente al instituto jurídico en la responsabilidad extracontractual del Estado y en contexto del mismo hay presencia de un **daño antijurídico imputable por acción u omisión a la autoridad pública**, siendo carga del accionante, independientemente del régimen subjetivo u objetivo aplicable a la situación en concreto, probar el daño antijurídico y su imputabilidad a la entidad accionada, así como el nexo causal existente entre el hecho que se imputa y el daño del que se pretende indemnización.

En este sentido se exige para que surja la obligación indemnizatoria, que el nexo causal, definido como la relación o vínculo existente el hecho y el daño, responda a criterios de naturaleza jurídica, superando la simple vinculación física, de manera que cuando la responsabilidad se repute del Estado, se debe valorar en conjunto la coherencia que debe existir entre el hecho imputado y la esfera funcional de la entidad a la que se endilga dicho daño.

- **Del daño**

En primer lugar debe precisarse que el **daño** ha sido desarrollado jurisprudencialmente por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, concretando que refiere a las diferentes manifestaciones en que una acción u omisión del Estado se sintetiza pudiendo ser **1) materiales** divididos en emergente y lucro cesante, **2) inmateriales** que al no poder restablecerse son objeto de compensación y aluden a los ámbitos: **i) Moral**, definido como el sufrimiento que genera perjuicio en la vida de los afectados; **ii). A la vida de relación**, referido a la imposibilidad de la persona afectada de poder realizar las mismas actividades que realizaba antes del hecho dañoso, y **iii) A la salud**: es la afectación a la salud de la persona y, finalmente **3) el daño especial** cuando el estado en la ejecución de una actividad legítima causa un daño y que con base en el principio de igualdad frente a las cargas públicas, no se tiene el deber jurídico de soportarlo. En todo caso para que haya lugar a reconocimiento de indemnización en cualquiera de sus modalidades, **el daño debe ser cierto, directo y personal.**

Ahora bien, en cuanto al **nexo causal** también conocido como **relación de causalidad**, se precisa que es condición determinante al momento de realizar la imputación a un determinado sujeto del deber

de reparar un daño dada la reciprocidad entre uno y otro - actuación u omisión del agente y el daño, que sólo se rompe cuando interviene una causa extraña concretamente referida a la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero.

Finalmente, en relación con el **régimen de responsabilidad**, se ha decantado que el mismo puede ser de carácter 1) **subjetivo**, materializado en la falla del servicio probada y presunta por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio y, 2) **objetivo**, concretada en el daño especial, riesgo excepcional y por ocupación de inmuebles por realización de trabajos públicos, entre otros.

En lo que respecta a la **imputación jurídica** del daño, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 19 de abril de 2012¹⁸, señaló que al no existir consagración constitucional de ningún régimen de responsabilidad en especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos jurídicos de sus fallos, por lo que los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia, así que de manera general, se aplica el régimen objetivo de responsabilidad y se impone su declaración **en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad finalmente es absuelto o se precluye la investigación a su favor**, cuando en el proceso a que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que **i)** el hecho no existió, **ii)** el sindicado no lo cometió y/o **iii)** la conducta es atípica.

En resumen, las normas del procedimiento penal son de estricto cumplimiento y cuando se ordena en su interior la detención preventiva de un ciudadano, de suyo no conlleva a que dicha privación sea ilegal, sólo que se torna injusta cuando por ejemplo, el fallo es de carácter absolutorio y el daño se estructura cuando el proceder de la administración es antijurídico y no se está en la obligación de soportarlo, constituyéndose un **daño especial**.

c. EL ROL DE LA FISCALÍA EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Como es sabido, a partir de la vigencia de la Ley 906 de 2004, *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*, se determinó que: la función judicial de los fiscales es excepcional¹⁹, el control de garantías compete únicamente a los jueces²⁰, el ejercicio de la acción penal es exclusivo de la Fiscalía y encierra el deber de investigar, perseguir, imputar, acusar y ejecutar la política criminal del Estado²¹, la imputación es propia de la Fiscalía y se realiza en audiencia ante el Juez de control de garantías²², salvo los casos de captura en flagrancia, el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías, en observancia del control judicial de legalidad de la misma²³, las medidas de

¹⁸ Expediente 21.515, Consejero Ponente: *Hernán Andrade Rincón*.

¹⁹ *Parágrafo 2, artículo 31*

²⁰ *Art. 39 ibid.*

²¹ *Arts. 66, 77, 114 y 200*

²² *Art. 286*

²³ *Art. 297*



aseguramiento deben estar precedidas por la solicitud de la Fiscalía y de la decisión judicial²⁴, el Juez adopta la medida que considere propicia y necesaria, teniendo en cuenta los elementos de conocimiento, pruebas y elementos materiales probatorios que le entregue la Fiscalía²⁵.

Sobre este aspecto, se ha determinado también que compete a la Fiscalía formular la acusación o preclusión de la investigación y que dicha decisión es adoptada por el juez de conocimiento, por lo que se concluye que es el Juez quien recibe todo el recaudo probatorio y se arroga todas las decisiones relativas a la privación de la libertad, absolución o condena a los procesados, mientras que la Fiscalía dirige, coordina, controla y ejerce verificación técnico científica sobre la investigación y las actividades de policía judicial; estándole restringida la disposición sobre la libertad de las personas, pues tal actuación corresponde al Juez de control de garantías por solicitud del Fiscal al ordenar la imposición de una medida de aseguramiento que limite dicho derecho y por ello, en principio sólo se atribuiría responsabilidad al ente acusador cuando se compruebe que el material probatorio que se le arrima para tomar la decisión que se discute, ha llevado o inducido a error al Juez.

Analizado el marco jurídico aplicable, resulta pertinente entrar a abordar el caso concreto, con base a las pruebas obrantes en el expediente, tendiente a la resolución del problema jurídico planteado, partiendo de los argumentos esgrimidos por la parte actora en su escrito introductorio, así como las alegaciones propuestas por las entidades demandadas.

5. DEL CASO CONCRETO

De forma ilustrativa se recuerda que para establecer la responsabilidad del Estado, deben demostrarse los elementos de dicha responsabilidad, a saber: i) el daño antijurídico, ii) la imputación del daño a los demandados y, iii) el nexo de causalidad, de manera que el daño se precisa en la privación injusta que sufriera la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** como se anotó en precedencia, de igual modo, se tiene que la imputación resulta ser de tipo objetivo por daño especial, dada la legalidad del procedimiento adelantado en sede penal, donde entre otras cosas, se adoptó la medida de aseguramiento de detención domiciliaria y se absolvió a la demandante al encontrarse atipicidad en la conducta.

En este punto, se estima pertinente proceder a la valoración probatoria del proceso, a fin de establecer si en el *sub examine* se encuentran demostrados los elementos de responsabilidad de la entidad demandada **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, en relación con la privación injusta de la que fue objeto la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. En tales circunstancias, se tiene, que en el plenario reposa el expediente penal que fuera adelantado en contra de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ Y OTROS**, solicitado como prueba tanto de la parte demandante como de la parte demandada, del que sólo se destacan aspectos relevantes alusivos a la citada actora, así:

- Providencia del 06 de junio de 2012, adelantada ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa, donde en audiencia de control de garantías se declara la legalidad de la captura, por el delito de *ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico*, sin aceptación de cargos por los imputados y medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria, atendiendo a que realizado el juicio de ponderación, se constató que sólo uno de los seis imputados tenía antecedentes,

²⁴ Art. 306

²⁵ Art. 308

todos eran cabeza de familia y la conducta por sí sola no indicaba en ese momento que requirieran tratamiento penitenciario o que evadirían su comparecencia al proceso. (fls. 12-15 cuaderno de control de garantías)

- Se suscribió diligencia de compromiso para gozar del beneficio de detención domiciliaria el **06 de junio de 2012**. (fl. 19 cuaderno de control de garantías) y se levantó el acta N° 47 de fijación en el domicilio al interno del **08 de junio de 2012**. (fls. 20-21 cuaderno principal)

- Con oficios N° 382 del **06 de junio de 2012**, dirigido al Comandante Tercer Distrito de Policía de Garagoa, de traslado de la imputada a su lugar de residencia para cumplir con la medida de detención preventiva (fl. 30 cuaderno principal), N° 383 del **06 de junio de 2012**, dirigido al Director del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC DE GARAGO, de traslado de la imputada a su lugar de residencia para cumplir con la medida de detención preventiva. (fl. 28 cuaderno principal) y N° 387 del **06 de junio de 2012**, dirigido al Director del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC DE CHIQUINQUIRA, de traslado de la imputada a su lugar de residencia para cumplir con la medida de detención preventiva. (fl. 29 cuaderno principal)

- Con oficio N° 390 del **08 de junio de 2012**, se informa al Juez Penal del Circuito de Garagoa, sobre el recurso de apelación contra la decisión de impartir legalidad de la captura. (fl. 33 cuaderno principal)

- Se suscribió un acta de preacuerdo el **20 de junio de 2012**, solicitando la imposición de la pena mínima, se estudiara la posibilidad de exonerar a los imputados del pago de la multa y la aplicación del subrogado penal de suspensión de la ejecución de la pena. (fls. 51-57 cuaderno original fallador), preacuerdo sometido a verificación el **04 de julio de 2012**, en el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, donde el defensor de los imputados desistió del recurso de apelación, y no se impartió aprobación al preacuerdo. (fls. 44-45 cuaderno de control de garantías)

- Escrito sin fecha dirigido al Fiscal 27 Seccional de Chiquinquirá, donde señala la aceptación de la imputación. (fls. 47-48 cuaderno original fallador)

- Escrito de acusación del **03 de septiembre de 2012**, (fls. 22-29 cuaderno principal) fundamentado en las siguientes razones:

"El día 6 de junio del presente año, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa con función de control de garantías se realizaron las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, imponiéndose a los imputados arriba señalados medida de aseguramiento de carácter domiciliario la cual cumplen actualmente en sus respectivas residencias. El día 4 de julio del año que avanza se realizó audiencia de verificación de preacuerdo con los acusados y el juez penal del circuito de esa ciudad no impartió legalidad al mencionado preacuerdo.

Los cargos que les imputó la Fiscalía a los acusados es el de "ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico", sancionado por el art. 312 del C.P., modificado por el art. 18 de la Ley 12 de 1993 de julio de 2010, cuya pena es de 6 a 8 años y multa de 500 a 1000 salarios mínimos legales vigentes, cargos que los imputados no aceptaron en la formulación de la audiencia de imputación que les hiciera la Fiscalía a cargo de este delegado y es la misma conducta punible por la cual se les acusa en la condición de presuntos autores responsables del delito de "ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico". (...)"

- Acta de audiencia de formulación de acusación del **17 de octubre de 2012**, destacando que la defensa no tuvo objeción alguna al escrito de acusación. (fl. 33-35 cuaderno principal)

- Acta de audiencia de juicio oral, alegaciones finales, enunciación del sentido del fallo e individualización de la pena, del **08 de abril de 2013** (fls. 41-43 cuaderno principal), señalando, básicamente que:



"Frente a JOSE ANTONIO RODRIGUEZ MURCIA, DORA LEONOR DIAZ SANDOVAL Y DIANA MARECLA TOVAR RODRIGUEZ encuentra como probado que sólo eran personas que vendían la boletería, pese a que el tipo penal es amplio en la modalidad de comisión, lo cierto es que no se puede pasar por alto que se acreditó que estas personas únicamente vendían la boletería sin que tuvieran la obligación de conocer la situación normativa de la venta, actuaron por error involucrados en un contexto y por ello los absuelve del delito imputado.

Conforme al artículo 449 del C. de P.P., una vez emitido el sentido del fallo quienes se encuentran privados de la libertad y han sido absueltos deberán quedar en libertad inmediata por lo que el despacho ordena librar las respectivas Boletas de Libertad de JOSE ANTONIO RODRIGUEZ MURCIA, DORA LEONOR DIAZ SANDOVAL Y DIANA MARECLA TOVAR RODRIGUEZ, se ordenará el levantamiento de todas las medidas cautelares y órdenes que restrinjan derechos, previo el respectivo trámite del INPEC. (...)"

- Con oficio N° 430 del **09 de abril de 2013**, se remite al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chiquinquirá copia del Despacho Comisorio N° 21 para que obre en la hoja de vida de entre otros, la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, dado que la enunciación del sentido del fallo fue absolutorio. (fl. 45 cuaderno principal)
- Boleta de libertad N° 0007 del **09 de abril de 2013** a favor de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 49 cuaderno principal)
- Certificado de libertad del **10 de abril de 2013** a favor de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** expedido por el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIPO - INPEC. (fl. 50 cuaderno principal), reiterado el 10 de agosto de 2017 (fl. 235 cuaderno principal) donde señala que estuvo privada de la libertad durante el lapso comprendido entre el 05 de junio de 2012 y el 09 de abril de 2013.
- Fallo proferido el **19 de noviembre de 2013**, (fls 52 a 98 del cuaderno principal) dentro del proceso con código único de investigación N° 1529961031182012-80089, con los siguientes argumentos a destacar:

"En cuanto a la tipicidad subjetiva, el Despacho encuentra que el caso amerita un estudio diferenciado respecto de quienes actuaron como organizadores de la rifa y quienes actuaron como vendedores de la misma.

Esto por cuanto sobre quienes se presentaron como organizadores de la rifa, refirieron que tenían amplia experiencia en este tipo de actividades, que en otras oportunidades habían llevado a cabo diversas rifas y sabían de la exigencia legal de obtener permiso administrativo para ejercer esta acción.

Es así que JAIR SANCHEZ GIRALDO, SAMUEL ELIAS MENDEZ SOTELO y HUBER DONEY RODRIGUEZ PORTILLA refirieron, cada uno en sus propias palabras, que ellos tres fueron quienes acordaron llevar a cabo la rifa del mencionado vehículo, indicando que entre ellos tenían experiencia en este tipo de actividades y mencionando igualmente que entre ellos se pusieron de acuerdo para responder por el premio que estaban ofreciendo. En otras palabras, la comercialización de esta rifa se puede endilgar a ellos tres como coautores a título de dolo, pues desplegaron una acción coherente para vender al público en general una boletería en la que se jugaba a la suerte y al azar la posibilidad de ganar un vehículo usado como premio principal, o dinero en efectivo como premio seco. (...)

En cambio el caso de JOSE ANTONIO RODRIGUEZ MURCIA, DORA LEONOR DIAZ SANDOVAL Y DIANA MARECLA TOVAR RODRIGUEZ es diferente y merece un tratamiento igualmente diferenciado, no por el hecho de ser vendedores, sino fundamentalmente porque ellos no tenían el conocimiento completo y cierto de los hechos dentro de los cuales se desenvolvían. (...)

Así las cosas, tanto JOSE ANTONIO RODRIGUEZ MURCIA como DORA LEONOR DIAZ SANDOVAL Y DIANA MARECLA TOVAR RODRIGUEZ también desplegaron objetivamente la descripción del tipo penal imputado, pues ellos en verdad ejercieron y fueron parte sin autorización o contrato válido, de una actividad comprendida como monopolio rentístico. Igualmente estas personas actuaron bajo el conocimiento pleno de estar realizando venta y distribución de la boletería, sabían perfectamente en qué consistía el premio mayor, sabían cuánto costaba cada boleta y cuánto era el porcentaje de su comisión, al tiempo que por su puesto, estaban ubicados en el espacio temporalmente, de modo que conocían cómo y cuándo jugaban los premios y qué poblaciones visitaron durante su actividad. Pero a diferencia de los tres primeros, para este

Despacho, estas personas actuaron bajo la idea errada de que además, la actividad en la que estaban inmersos contaba con las autorizaciones del caso. (...)

Así las cosas, en el caso concreto estos tres procesados no tenían ignorancia frente a la exigencia de permisos, autorizaciones o contratos válidamente expedidos por la autoridad competente para desarrollar la actividad, sino que así como se presentaron los hechos durante el juicio, se concluye que actuaron falsamente convencidos del hecho aparente que su actividad contaba con esos permisos, o los permisos vistos en realidad emanaban de autoridad competente. Esto los ubica en el numeral 10º del artículo 32, que contempla como eximente de responsabilidad el actuar con error invencible de que no ocurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica.

Este error anula el dolo necesario para la estructuración del tipo subjetivo y por ello la conducta necesariamente deviene es atípica respecto de DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ, DORA LEONOR DIAZ SANDOVAL y JOSE ANTONIO RPDRIGUEZ MURCIA, a quienes se absolverá de los cargos por los cuales fueron acusados. (...)"

Del anterior recuento probatorio, se establece lo siguiente respecto de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**:

- El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa en fecha 06 de junio de 2012, ordenó como medida de aseguramiento la detención preventiva de carácter domiciliario.
- No aceptó cargos en la audiencia de formulación de la imputación, suscribió un preacuerdo con la Fiscalía al cual no se le impartió aprobación, para finalmente aceptar cargos.
- El 17 de octubre de 2017, se adelantó audiencia de formulación de acusación en su contra, sin que se hubiesen interpuesto recursos de ley.
- El 08 de abril de 2013 se anunció el sentido del fallo absolutorio en relación con la hoy accionante.
- El 19 de noviembre de 2012, se profirió sentencia absolutoria que quedó ejecutoriada el 04 de febrero de 2014.
- Entre el 05 de junio de 2012 y el 09 de abril de 2013, estuvo retenida por el delito de *ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico*.

Para el Despacho resulta claro que bajo ninguna circunstancia la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** debía soportar la carga a la que fue sometida con la privación de la libertad que, se reitera no fue ilegal sino que se tornó injusta por el hecho de haber resultado absuelta del delito que le fue imputado y por la que en principio resultó acusada, pues no se puede exonerar al Estado de responsabilidad en casos como el *sub examine* la decisión absolutoria deja entrever que no existía certeza sobre la necesidad de privarla de su libertad, de modo que la demandante no estaba en la obligación de soportar el daño antijurídico que el Estado le irrogó, por lo que a primera vista la Administración se encontraría en la obligación de resarcir dicho perjuicio pues se mantuvo intacta la presunción constitucional de inocencia que la amparaba.

En este punto, resulta ilustrativo destacar que en un caso similar estudiado por el Tribunal Administrativo de Boyacá²⁶, que conoció en segunda instancia la acción de reparación directa promovida por el señor **JOSE ANTONIO RODRIGUEZ MURCIA Y OTROS**, quien resultó absuelto por los mismos hechos hoy estudiados, fallada por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, se revocó la decisión que declaró patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la Nación por los perjuicios generados a consecuencia de la privación injusta sufrida por el actor y la condenó a pagarlos en la modalidad moral y material. En la decisión definitiva se negaron las súplicas de la demanda al considerar que en casos de responsabilidad estatal derivada de privaciones injustas, y conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, se había previsto dividir la condena entre la

²⁶ Radicado 150013333005-2015-00136-01, MP José Ascención Fernández Osorio, sentencia del 06 de febrero de 2018.



Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, pero que dicha teoría era aceptable en vigencia de la Ley 600 de 2000, sin ser aplicables al caso examinado pues debido a la implementación del nuevo sistema penal acusatorio, las facultades otorgadas a esta última para disponer de las medidas de aseguramiento dentro de los procesos penales, le habían sido sustraídas, dejando sólo en cabeza de los jueces de la república dichas facultades.

Retornando al tema, debe traer a colación esta instancia que con la implementación del sistema acusatorio, las facultades de la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal, para disponer sobre las medidas de aseguramiento fueron limitadas, arrojando dicha facultad únicamente a los jueces, mediando solicitud de aquella, pues no es dable su procedencia de oficio, y, considerando la necesidad de asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal, frente a esta particularidad el Consejo de Estado ha manifestado²⁷:

"(...) Como se observa del aparte transcrito de la providencia, el Juez de conocimiento precluyó la investigación a favor de la señora Diana Carolina Arellano Rodríguez, por considerar que no había prueba que involucrara su responsabilidad, esto es, que en el proceso penal no pudo demostrarse que la aquí demandante hubiere cometido los delitos por los cuales se le vinculó al proceso penal, circunstancia que, por sí sola, constituye uno de los eventos determinantes de la privación injusta de la libertad -la procesada no cometió el delito-

Pues bien, como lo ha puesto de presente esta Subsección²⁸, con la expedición de la Ley 906 de 2004, el legislador al estatuir en nuestro ordenamiento jurídico el Sistema Penal Acusatorio²⁹ distinguió de manera clara y precisa en cabeza de quién recaen las funciones de investigar y acusar -Fiscalía General de la Nación- y sobre quién radica la función de juzgar -Rama Judicial-

En ese sentido, esta Subsección ha considerado: (...)

Dado que la causa determinante de la restricción de la libertad que padeció la hoy demandante consistió en la medida de aseguramiento que adoptó un Juez de la República, se impone concluir que el daño antijurídico a ella causado lo produjo la Rama Judicial, ente que, aunque no fue demandado en este asunto, permite dictar fallo de fondo en contra de la Nación, representada por la Fiscalía General, pero con cargo al presupuesto de la Rama Judicial, tal como lo ha considerado la jurisprudencia consolidada y unificada de la Sección Tercera del Consejo de Estado. (...) Destaca el Despacho.

A manera de precisión, cabe exponer la forma como el anterior Código de Procedimiento Penal, regulaba las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación y sobre el particular se encontraban actuaciones a su cargo, en eventos como el previsto en los artículos 114 y 392, al señalar:

"Atribuciones. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación:

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, CP MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00009-01 (43345)

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. sentencia del 16 de abril de 2016, expediente 40.217. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁹ De conformidad con la Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005 de la Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández, se tiene que "(...) En Colombia, la adopción mediante reforma constitucional, de este nuevo sistema procesal penal (Ley 906 de 2004), perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio (...)" (Se destaca).

1. Investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes.

2. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento.

3. Tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, cuando a ello hubiere lugar.

4. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas.

5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

6. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.

7. Las demás que le atribuya el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación. (...)

*"Del control de la medida de aseguramiento y de decisiones relativas a la propiedad, tenencia o custodia de bienes. **La medida de aseguramiento y las decisiones que afecten a la propiedad, posesión, tenencia o custodia de bienes muebles o inmuebles, proferidas por el Fiscal General de la Nación o su delegado** podrán ser revisadas en su legalidad formal y material por el correspondiente juez de conocimiento, previa petición motivada del interesado, de su defensor o del Ministerio Público."* Destaca el Despacho.

A su turno, el actual Código de Procedimiento Penal, prevé los requisitos que deben darse para la procedencia de la captura y la solicitud de medida de aseguramiento, reiterando que sólo en los funcionarios judiciales recae la responsabilidad de decidir sobre la solicitud que hace la Fiscalía ateniendo a la restricción de la libertad, así lo estatuyen el artículo 306 y ss de la citada norma cuando señalan en los apartes concernientes al caso:

"(...) Artículo 306. Solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión. (...)

Artículo 307. Medidas de aseguramiento. Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad

El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria. (...)

Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.

2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. (...)

Artículo 313. Procedencia de la detención preventiva.

Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos: (...)

2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años. (...)"



De otra parte, encontramos que mediante sentencia C 730 de 2005 la Honorable Corte Constitucional, se pronunció precisando las funciones de la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal y refiriéndose específicamente a la facultad de disponer sobre la restricción de la libertad personal, puntualizando que la atribución se limita a solicitarla, no ha adoptarla, así:

"(...) es pertinente destacar, para efectos del presente proceso las consideraciones hechas sobre la función que cumple la Fiscalía General de la Nación en el nuevo sistema penal de acuerdo con el artículo 250 de la Carta tal como quedó reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002, función que es sustancialmente distinta a la señalada en el sistema original de 1991. Así mismo los análisis hechos sobre la relevancia que en el nuevo sistema se da a la función que cumple el Juez de control de garantías en materia de reserva judicial de la libertad, así como el establecimiento por el Constituyente derivado de límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de la libertad.

Al respecto la Corte puso de presente los siguientes elementos:

Sobre la función de la Fiscalía y su nueva situación en el marco de un sistema penal en el que se adelanta un "juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías" expresó la Corte los siguiente:

"La función de la Fiscalía a partir de la introducción del Acto Legislativo aludido es la de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que tengan las características de una violación de la ley penal, siempre y cuando existan motivos y circunstancias fácticas suficientes que indiquen la posible comisión de una tal violación; precisa el texto constitucional que éste cometido general es una obligación de la Fiscalía, la cual no podrá en consecuencia suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, excepto en los casos previstos para la aplicación del principio de oportunidad -el cual deberá haberse regulado en el marco de la política criminal del Estado colombiano, y tendrá control de legalidad por el juez de control de garantías -. Se señala, además, que los hechos objeto de investigación por parte de la Fiscalía pueden ser puestos en su conocimiento por denuncia, petición especial, querrela o de oficio; y que quedan excluidos de su conocimiento, tal como sucedía bajo el esquema de 1991, los delitos cobijados por el fuero penal militar y otros fueros constitucionales.

Ya no corresponde a la Fiscalía, por regla general, asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento necesarias; ahora únicamente puede solicitar la adopción de dichas medidas al juez que ejerza las funciones de control de garantías, con la misma finalidad de asegurar la comparecencia de los imputados, así como para garantizar la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas. Se trata, así, de una atribución que ha sido trasladada por el constituyente a un funcionario judicial independiente. (...)

v) Se mantiene la función de la Fiscalía de acusar a los presuntos infractores del ordenamiento por al ante el juez de conocimiento de la causa respectiva, atribución que estaba prevista en el texto original de 1991; pero se precisa que una vez se presente el escrito de acusación por parte de la Fiscalía, se puede dar inicio a un "juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías" - acusación que no es vinculante para el juez. Negrilla fuera del texto.

Y destaca que las funciones de los jueces en materia penal surgen desde el mismo momento de imprimir control de legalidad previo y posterior frente a todas aquellas decisiones que impliquen disposición de derechos; sobre el tema, especifica:

"(...) Sobre el papel del juez de garantías ha expresado igualmente la Corte:

"Con respecto a los actores que intervienen en la relación jurídica y en el proceso penal, se resalta que el nuevo esquema constitucional prevé la intervención (a) del imputado, (b) del Fiscal, (c) del Juez de conocimiento de la causa, (d) del Ministerio Público a través de la Procuraduría General de la Nación, (e) del juez de control de garantías, y (f) de los jurados, encargados ahora de administrar justicia en forma transitoria en los términos que señale la ley. Así mismo, el Acto Legislativo faculta al Legislador para fijar los términos precisos en los cuales (g) las víctimas del delito habrán de intervenir en el proceso penal.

Particular mención ha hecho la jurisprudencia al caso de la figura del juez de control de garantías. Destaca así que una de las modificaciones más importantes que introdujo el

Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del juez de control de garantías, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, (i) si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si la medida es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad." Destaca el Despacho.

Esta misma colegiatura en sentencia C 144 de 2010, referida a la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 17 parcial, 112, 357, 245, 362, 397, 415, 438, 450 y 454 de la Ley 906 de 2004, "por la cual se expide el Código de procedimiento penal, se puntualizaron aspectos de relevancia para el *sub lite*, se clarifica lo referente a las etapas de investigación y juzgamiento y los roles de jueces y fiscales, anotando:

"(...) 3.1. Características del sistema procesal penal colombiano establecido a partir del Acto legislativo no. 3 de 2002. Reiteración de la jurisprudencia. (...)

Un desarrollo más detallado de los ingredientes descriptivos del procedimiento penal se encuentra en la sentencia C-396 de 2007, en la cual se señaló:

"Ahora bien, de la interpretación teleológica y sistemática del Acto Legislativo número 3 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en sostener que dentro de las características claras del sistema penal acusatorio se encuentran, entre otras, las siguientes: (...)

"ii) El rol del juez en el sistema penal acusatorio está centrado en el control de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o calificación jurídica de los hechos. Así, el control judicial no sólo debe concretarse en el cumplimiento formal de los requisitos sino en la efectividad de los derechos sustanciales en juego (...).

"iii) La actuación judicial solamente procede a petición de parte. Así, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal está a cargo de la Fiscalía, quien puede solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad. Esa misma autoridad tiene a su cargo la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la solicitud de la preclusión de las investigaciones y las medidas necesarias para la protección de las víctimas (250- 4, 5, 6 y 7). (...)

"vi) las funciones judiciales del control de garantías y de conocimiento suponen la clara distinción de dos roles para los jueces penales. El primero, el que tiene a su cargo la protección de las garantías y libertades individuales en las etapas preliminares a la imputación y, el segundo, el juez que tiene la responsabilidad de llevar adelante el juicio penal con todas las garantías procesales y sustanciales propias del debido proceso". (...)"

- **RESPONSABILIDAD DE LA FISCALIA EN CASOS DE PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD BAJO EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO ACTUAL**

Para el Despacho, no se cuestiona el hecho que la accionante haya sufrido un daño representado en la privación de su libertad, pues si bien la medida preventiva consistente en detención domiciliaria, en principio fue considerada por el Juez de Control de Garantías como necesaria, al resultar absuelta de los cargos formulados por la ausencia de dolo en su conducta, esta se tornó injusta pues se trataba



de una carga que no estaba en la obligación de soportar, hasta allí ni hay discusión, ahora lo que debe determinarse es si la **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, debe responder por el daño alegado tomando como base las normas procedimentales que regulan la materia, así como los precedentes jurisprudenciales que han llegado a las conclusiones citadas en precedencia.

En este sentido, destaca la instancia que el sistema penal acusatorio contenido en la Ley 906 de 2004, limitó las funciones atribuidas al ente investigador y acusador, sin quitarle la titularidad de la acción penal, así, específicamente en lo relacionado con la disposición de las medidas de aseguramiento, clarificó que el mencionado ente **solicita** la restricción de la libertad, pero la decisión sobre su viabilidad, es adoptada por un Juez, quien tomando como base el material arrimado por la Fiscalía, determina su procedencia, es esa la razón para sustentar una eventual responsabilidad, teniendo como fuente de daño, el actuar prodigado por un funcionario de la Rama Judicial por cuanto es quien **dispone** sobre la libertad de la persona, restringiendo de pasos sus derechos fundamentales, al **decidir** de manera autónoma sobre la **solicitud** ante él elevada, situación que se comprueba en el caso bajo examen pues los hechos origen de la acción sucedieron en vigencia de la mencionada Ley 906 de 2004, donde el actuar de la Fiscalía se encontraba dentro de los límites constitucionales y legales, tendiendo a demostrar la culpabilidad de los presuntos infractores de la ley penal, resultando probada la inocencia de la hoy demandante, configurándose en efecto una responsabilidad patrimonial que para el Despacho, no compromete el actuar de la accionada.

Resumiendo, se dirá que analizadas las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación en el nuevo sistema penal acusatorio, salta a la vista que la responsabilidad de que se habla, así como la actuación del Estado, el daño antijurídico y la imputación, se edifican en una decisión de la Administración de Justicia, en cabeza de la Rama Judicial, como determinante para que la demandante **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, viera restringida su libertad entre el 05 de junio de 2012 y el 09 de abril de 2013, como consecuencia de la medida adoptada por el Juez de control de garantías, para el caso el Juez Primero Promiscuo Municipal de Garagoa, finalizando con la absolución de los cargos formulados, de manera que el llamado a responder sería sin lugar a equívocos dicha entidad, pues, si bien la formulación de imputación acusación y la solicitud de imposición de medida de aseguramiento en sí misma, son facultad de la Fiscalía General de la Nación, esta solicitud no es vinculante para el Juez, por ende la responsabilidad es de quien profiere la medida cautelar, en este caso únicamente del Poder Judicial, dado que uno de sus funcionarios quien dispuso desde el comienzo de la acción penal, que se había de imponer y mantener la medida adoptada, pues se daban los presupuestos de los artículos 308 y 313 del Código de Procedimiento Penal, más no la Fiscalía General de la Nación aquí demandada pues su actividad se limitó a recopilar las evidencias probatorias que le permitieron tomar dicha decisión, decisiones netamente judiciales en estricto sentido y aun cuando ello no es motivo de debate, conoce el Despacho que frente a las pretensiones que hoy se discuten existe un acuerdo conciliatorio avalado por el Juez administrativo, en relación con la Rama Judicial - Dirección Ejecutiva. (fls. 103-106).

Aquí cabe hacer precisión en cuanto a la legitimación en la causa por pasiva que alega la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** y ello es importante, dado que, en principio se aludió a que esta puede ser de dos clases, la de hecho y la material concluyéndose que la primera de ellas refiere a la relación procesal entre demandante y demandado, esto es, un requisito previo que faculta a la entidad para comparecer al proceso, mientras que la material alude a la relación entre las partes frente a los hechos constitutivos de la acción y que eventualmente puede conllevar a la declaratoria de una eventual responsabilidad de carácter patrimonial, en este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, enseñando que:

"(...) Así pues, toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.

De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores. (...)"

Conforme a lo anterior, resulta probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, en el ámbito material pues se reitera en el presente asunto, las actuaciones que conllevaron a que la detención de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** se tornara injusta, recaen únicamente en la **NACION - RAMA JUDICIAL**, entidad que transó con la demandante las pretensiones económicas que el daño discutido le había causado, conciliación que fue aprobada en el ámbito administrativo, situación aceptada por la parte actora y que constituye cosa juzgada con los mismos efectos de una sentencia, lo que conduce a que se nieguen las pretensiones de la demanda y en su lugar se declare probada la excepción propuesta, en los términos aquí precisados.

Finalmente, advierte el Despacho que el proceso penal con el número único de radicación 152996103118201280089, fue remitido a esta autoridad judicial mediante oficio N° 3178 del 22 de septiembre de 2017 proveniente del Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, por lo que se ordenará que por Secretaría y una vez en firme lo anterior, el mismo sea devuelto a su origen.

VIII. CONCLUSIÓN

Con todo, el Despacho encuentra que si bien en el *sub examine* las decisiones que llevaron a la privación injusta de la libertad de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, fueron en efecto solicitadas por la Fiscalía General de la Nación, esta entidad no era la competente para decidir sobre la imposición de dicha medida de aseguramiento pues ello únicamente le correspondía a la Rama Judicial, por ser una facultad netamente de carácter jurisdiccional, razón suficiente para concluir que en el presente asunto y atendiendo a las disposiciones del sistema penal acusatorio vigente, no resulta acertado endilgar ningún tipo de responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, lo que conduce a declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva en el ámbito material respecto de la privación injusta alegada por la demandante.

- **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

Atendiendo lo contemplado en los artículos 188 del C.P.A.C.A. y 365 num. 1 y 8 del C.G.P., el despacho considera que en el presente asunto, se niegan las pretensiones de la acción, luego el despacho impone condenar en costas a la parte demandante.

³⁰ Sentencia del 28 de julio de 2011, expediente 19753. MPM Mauricio Fajardo Gómez.



Acción de Reparación Directa
Rad: 150013333014-2015-00159-00
Sentencia

Teniendo en cuenta lo señalado en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 05 de Agosto de 2016, se fija como Agencias en Derecho la suma de **CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$197.640.00)** equivalente al 3% de las pretensiones de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones propuestas por la entidad demandada **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION** y referidas a: *inexistencia del daño y en cumplimiento de un deber legal*, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- DECLARAR PROBADA, la excepción propuesta por la entidad demandada **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION** y referida a *falta de legitimación por pasiva*, en el ámbito material, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- NIEGUENSE las pretensiones de la demanda.

CUARTO.- CONDENAR en costas a la parte demandante, liquidense por Secretaría.

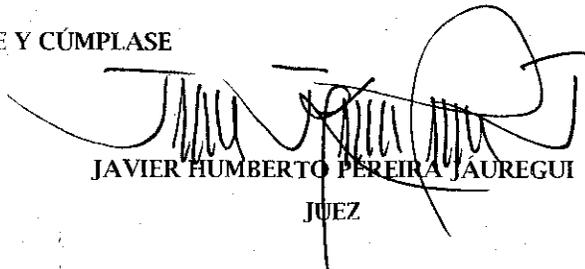
QUINTO.- FIJAR como agencias en derecho la suma de **CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$197.640.00)**.

SEXTO.- Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 203 del C.P.A.C.A. en concordancia con lo dispuesto en el artículo 295 del Código General del Proceso, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO.- En firme esta decisión, por Secretaría remítanse las comunicaciones de que trata el artículo 192, inciso final del C.P.A.C.A.

OCTAVO.- En firme esta decisión, por Secretaría devuélvase el expediente penal con el número único de radicación 152996103118201280089, al Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JAVIER HUMBERTO PEREIRA JAUREGUI
JUEZ

JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA
El fallo anterior se notificó por Estado N° <u>28</u> de HOY <u>03 JUL 2018</u> siendo las 8:00 A.M.
SECRETARÍA



República de Colombia
 Rama Judicial del Poder Público
 Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja
 Correo institucional: j14admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tunja, 29 JUN 2014

DEMANDANTE: HUBER URUEÑA MARTINEZ
 DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL
 RADICACIÓN: 150013333014 2014-00135-00
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 181 inciso último y 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA (F. 2)

Solicita se decrete la Nulidad del Acto Administrativo, orden administrativa de personal No. 1091 de fecha 3 de febrero de 2014, expedido por la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, suscrita por el Mayor General Jairo Salguero Casas, jefe de desarrollo humano del Ejército Nacional, mediante la cual se retira del servicio activo del Ejército Nacional al señor soldado profesional URUEÑA MARTINEZ HUBER.

Como consecuencia de la anterior declaración, y como restablecimiento del derecho, solicita se ordene el reintegro del señor URUEÑA MARTINEZ HUBER, al cargo que venía desempeñando como soldado profesional del Ejército Nacional o a otro cargo similar o compatible con su condición dentro del Ejército.

Igualmente solicita ordenar a la Nación - Ejército Nacional que pague al señor URUEÑA MARTINEZ HUBER, los valores de todos los sueldos, primas, bonificaciones, y adehalas de la asignación salarial básica correspondiente al cargo que venía ocupando, junto con los incrementos legales, desde cuando se produjo su retiro hasta cuando efectivamente sea reintegrado a su empleo y se liquide y pague el monto de la prestación económica, por concepto de la disminución de la capacidad laboral a que tiene derecho.

Se considera que no ha existido solución de continuidad en los servicios, para todos los efectos legales y prestacionales del señor URUEÑA MARTINEZ HUBER.

Que de la liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas liquidas en moneda legal corriente de Colombia y ajustado dichas condenas, tomando como base el



índice de precios al consumidor o al salario fijado anualmente por el gobierno nacional para los soldados profesionales, conforme a lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo, velando por la aplicación de la más benéfica para el demandante.

Solicita se ordene dar aplicación a los artículos del Código Contencioso Administrativo, y prevenir a la entidad demandada para que en lo sucesivo, no incurra en la conducta ilegal que motivo el presente fallo, finalmente solicita que se ordene a la entidad demandada el cumplimiento de la sentencia que ponga fin a la presente acción en la forma y en los términos señalados en los artículos 187, 188, 189, 192 y 195 del CPACA, desde que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago.

2. HECHOS DE LA DEMANDA (F. 3 a 8)

- Que el señor URUEÑA MARTINEZ HUBER, ingresó al Ejército Nacional el 05 de abril de 2001 como soldado regular hasta el 17 de octubre de 2002 y en ese tiempo fue ascendido a dragoneante. Luego de haber cumplido los requisitos de ley entre otros los exámenes psicofísicos, fue declarado apto para continuar en el Ejército en calidad de soldado profesional e ingresó el primero de noviembre de 2002, hasta el 05 de febrero de 2014, fecha en que fue notificado del retiro por disminución de la capacidad psicofísica. Es decir hizo parte del Ejército por más de 12 años sin solución de continuidad.
- Mediante orden administrativa de personal N°1091, de fecha 3 de febrero del 2014, de la jefatura de desarrollo humano del Ejército Nacional, suscrita por el jefe de desarrollo humano del Ejército, fue retirado del Ejército Nacional.
- Que la entidad accionada produjo este retiro con fundamento en los artículos 10. RETIRO POR DISMINUCION DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA y 14. RETIRO POR INCAPACIDAD ABSOLUTA Y PERMANENTE O GRAN INVALIDEZ del decreto 1793 del 2000; es decir, exclusivamente por aspectos de salud por lesiones, calificadas como en combate y en actos del servicio. Normas éstas que violan la Constitución Política; razón por la que el acto administrativo de retiro, es ilegal; más aún, cuando el sustento de la decisión fue la calificación dada por la junta medico laboral y el tribunal médico militar y de policía, pues a su parecer, estos se excedieron e hicieron una mala aplicación del decreto 094 de 1989; así mismo, que no existen antecedentes penales ni disciplinarios, en contra del demandante.
- Así mismo que el 6 de Diciembre del 2009, en el corregimiento de Mesetas, municipio de San Antonio - Tolima, en cumplimiento de operación soberanía contra la cuadrilla ~~x~~ 21 de la ONT FARC, durante un desplazamiento se accionó un artefacto explosivo el



cual lo afectó en el oído derecho a causa de la onda explosiva, ocasionándole un fuerte dolor, por lo que fue evacuado al Batallón Caicedo de Chaparral y le diagnosticaron trauma acústico severo, lesión que fue registrada en el informativo administrativo N° 22 de fecha 14 de diciembre de 2009 como ocurrida en servicio, por causa de herida en el combate o como consecuencia de la acción directa del enemigo, en conflicto internacional o en tarea de mantenimiento de orden público.

- Adicional a lo anterior, en cumplimiento de una misión táctica, en su labor como soldado, el 10 de junio de 2010, sufrió una caída que le arrojó una lesión en la rodilla izquierda; no obstante, después de 4 meses de seguir patrullando con fuerte dolor fue remitido al dispensario médico del batallón de infantería Caicedo, donde el especialista por ortopedia determinó que posiblemente tenía ruptura de ligamento cruzado". Situación que fue descrita en el informativo administrativo de fecha 13 de agosto de 2012. Resalta que en su momento ya se había levantado un informativo administrativo sobre los mismos hechos, desconociéndose el motivo por el cual se adelantó un nuevo informativo; así mismo, que el accionante, continuó con su actividad en forma normal y eficaz, cumpliendo con su deber.
- Que mediante Acta N° 55301 de fecha 04 de octubre de 2012 la Junta Médica Laboral, teniendo en cuenta los informativos administrativos del 13 de agosto de 2012 y del 14 de diciembre de 2009 señaló una incapacidad permanente parcial, no apto para actividades militares según Art. 68 literal A del decreto 094 de 1989; y una disminución de la capacidad laboral de treinta y siete punto sesenta y cinco por ciento (37.65%).
- En consecuencia, el actor interpuso recurso contra la anterior decisión ante el Tribunal de Revisión Médico Militar y de Policía el cual fue aceptado.
- El Tribunal Médico expidió el Acta de Revisión Militar y de Policía N° 5539 MDN56-TML-41-1 en la que respecto a la aptitud consideró procedente ratificar la otorgada por la junta y por consiguiente declaró al demandante como no apto para la actividad militar teniéndose presente que la lesión que ostenta en su rodilla le impide el adecuado desempeño de las actividades de la vida militar y disminuyó la capacidad laboral en un total de treinta y cinco punto sesenta y cuatro por ciento (35.64%).
- Que desde el año 2009, fecha en que le ocurrió el primer suceso el accionante, continuó cumpliendo normalmente con la actividad de exigencia militar y hasta el 2014 laboró normalmente.
- Que cumplió con el requisito impuesto por la entidad al realizarse los exámenes médicos de retiro y diligenciar La Ficha Medica Unificada, en la que se destaca lo relacionado con la parte auditiva en cuanto a la hipoacusia sensorial, la cual le



permite entablar un diálogo normal, al igual que con las extremidades inferiores lesionadas, que le permiten hacer desplazamientos normales.

- Que la Junta Médica Laboral, el Tribunal de Revisión Médico, y el mando militar quien fue el que tomo la decisión de retiro del actor desconocieron los conceptos y recomendaciones emitidas por los especialistas que lo revisaron durante su cuadro clínico, teniendo en cuenta que se le dio la posibilidad de adaptación a audífonos y un pronóstico bueno de la evolución de su rodilla, lo que jurídicamente en el artículo 50 del decreto 094 de 1989 no tiene ningún respaldo para decir que un militar es no apto para el servicio, pues no existe causal de NO APTITUD, ni ha existido incapacidades frecuentes ni se ha demostrado inestabilidad de la rodilla, situaciones demostradas en los conceptos médicos.
- Afirma que el 11 de noviembre de 2008 el Sr. URUEÑA MARTÍNEZ HUBER obtuvo la certificación del curso de liderazgo para el mando en operaciones N° 13, en el que se le capacitó en diversas áreas de todos los campos; contraponiéndose a lo dicho por la junta laboral y el tribunal militar de revisión en el sentido de que solo su preparación se dirigía a actividades que exigía un sobreesfuerzo físico, patrullajes largos y combates.
- Que en virtud de la actividad meritoria del Señor URUEÑA MARTÍNEZ, el comandante del Ejército Nacional le confirió la medalla de herido en acción, mediante la resolución número 1119 del 22 de julio del 2010. Que el 21 de enero del 2012 se graduó como bachiller académico en el Colegio San Luis Gonzaga de Girardot.
- Con anterioridad a su ingreso al ejército, participó en COMCAJA en un curso de informática básica, que pudo ser tenido en cuenta para una adecuada reubicación en el Ejército.
- Entre el 24 de enero al 05 de febrero de 2014, mediante órdenes del día, prestó sus servicios como centinela diurno y nocturno en el batallón de infantería No. 1 General Simón Bolívar, en el puesto de mando adelantado de Garagoa.
- Que desde el momento del accidente, se desempeñó en el servicio militar en las actividades a que fuera destinado, más que todo patrullando y en algunos momentos como centinela, sin que hubiera existido queja alguna o llamadas de atención de sus superiores.
- Considera que la junta médica y el tribunal médico militar se extralimitaron en sus funciones al recomendar la no reubicación laboral del accionante.



- Que contrajo matrimonio civil con la señora ANGELICA MARÍA OTAVO SALAZAR, el 06 de septiembre de 2008 y de esta unión procrearon a las menores LINDA SOFIA y MARY ALCIRA URUEÑA OTAVO, además, procreó extramatrimonialmente a los menores HUBER STICK, KAREN MELISA y LAURA VANESA URUEÑA PERDOMO; así como a MARY LASBLEIDY y YUREIDY YOHEIRA URUEÑA REYES. Afirma que, el núcleo familiar fue desvinculado de los servicios médicos del ejército.
- Que al ser retirado del servicio, la entidad le generó un perjuicio irremediable, pues los créditos adquiridos con las entidades bancarias le eran descontados directamente de nómina, así mismo, que no ha podido seguir cumpliendo con las obligaciones alimentarias de sus demás hijos, ni la de su núcleo familiar.
- Que a más de lo anterior, celebró un contrato de arrendamiento de vivienda urbana según el cual debe cancelar quinientos mil pesos (\$500.000) mensuales, valor al que se le suma lo correspondiente al pago de servicios públicos y los gastos de manutención diaria, entre los cuales se cuenta el pago del colegio y las onces de su hija.

3. NORMAS VIOLADAS:

La parte demandante considera que se ha vulnerado el artículo 86 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 1 de la Carta y con lo establecido en los artículos 13, 25, 29, 42, 47, 48, 53, 54 y 57 de la Constitución Política de Colombia, y demás normas concordantes y convenios ratificados como la resolución 3447 de 1975 ONU, Resolución No. 4896 del 20 de diciembre de 1973 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Resolución No. 168 de la O.I.T. ratificada según la ley 361 de 1975.

Señala el apoderado de la parte demandante que el señor HUBER URUEÑA no debió ser declarado NO APTO PARA EL SERVICIO MILITAR, por cuanto la legislación aplicada para estos efectos no enmarca la situación médica del demandante como causales de no aptitud artículo 50 y 60 del decreto 094 de 1989.

Expone que es falso que no sea posible la reubicación laboral por cuanto el decreto 1793 de 2000, trae la posibilidad aunque en un caso concreto, pero en aras al derecho a la igualdad esta norma es aplicable al universo militar cuando ocurran hechos de salud.

Para el apoderado la decisión del Ejército de atender las recomendaciones de las juntas medicas laborales, es ilegal, teniendo en cuenta que de los once años laborados, los últimos cinco el demandante realizó las actividades normales de un soldado profesional como lo demuestran las pruebas y donde se requirió el uso de todos los miembros, órganos y sentidos



y por lo tanto podía y puede ser reubicado en un sitio de trabajo en el que puede realizar la labor aprovechable que dispusiera el mando y el ejército.

Indica que si bien es cierto que la decisión de la entidad demandada goza de presunción de legalidad, es también cierto que ante la violación de derechos fundamentales de rango constitucional puede ser declarada la inaplicabilidad de las normas que soporta el acto administrativo y por ende decretar la nulidad del acto administrativo.

Expone que al demandante de los hechos ocurridos en el año 2010, le toco mejorarse patrullando argumentando que no tuvo atención especializada oportuna que se tenga como antecedente, que en este caso es inhumano y lamentable la solución del ejército se limitó a retirarlo para acabar de violentarle sus derechos fundamentales, cuando lo que debió hacer era reubicarlo.

Argumenta que este tipo de decisiones han sido atacadas en acciones de tutela y han sido estudiadas y analizadas por los Honorables Magistrados de los Tribunales y del Honorable Consejo de Estado, que han recibido el respaldo de la honorable Corte Constitucional en instancia de revisión, que han sentado precedentes al considerar la INAPLICABILIDAD del decreto 1793 de 2000 artículo 10 y otros retiros por situaciones de salud. Señalando que no es aceptable que la lesión del demandante se pueda comparar o calificar con una lesión con incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez que es lo que señala el artículo 14 del decreto 1793 de 2000, norma señalada para el retiro y es clara la ilegalidad.

Resalta que no existe ni existió el más mínimo interés de solucionarse las secuelas leves o graves que padeció y padece por cumplir con su deber, señalando que han pasado 5 y 4 años respectivamente y el soldado sigue igual; sin audífonos y la rodilla con 2 tornillos incrustados por una cirugía por no atenderlo en el 2010. Lo que si resultó es que ahora está retirado, por asuntos de salud.

Indica el apoderado que la vocación de servicio del demandante no tiene discusión, por su interés voluntario de mantener el vínculo laboral con el Ejército, adicionalmente que se desprende de las pruebas que el accionante se ha preparado en diferentes áreas de la vida militar y no puede decirse que el Ejército requiere que los soldados profesionales su capacidad psicofísica solo para patrullajes y combates, actividades que requieren un sobreesfuerzo, pues el Ejército es una institución que hoy por hoy tiene un rol y función integral en la vida militar de ahí el deseo de preparar sus hombres, como en el caso particular del señor UBER URUEÑA, quien fue preparado en INTELIGENCIA, CONTRAINTELIGENCIA, MANDO Y OTRAS AREAS, pero además es bachiller y preparado en computación, es decir, integralmente es útil al Ejército pues posee capacidad destreza, habilidad y no se le puede descalificar por tener una discapacidad parcial.



Finalmente señaló que el concepto de la violación es evidente por cuanto la lesión que sufre el demandante no encaja dentro de las causales de retiro estipuladas en las normas, lo que sí es claro es que el Ejército Nacional dejó de cumplir sus funciones médico terapéuticas para mejorar las condiciones físicas del soldado URUEÑA MARTINEZ HUBER, y por el contrario ésa situación empeoró su condición física.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA (Fl. 171 a 174)

Dentro del término otorgado para contestar demanda la apoderada de la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL se pronunció, señalando que los hechos uno al tres son ciertos, que el hecho cuarto son interpretaciones normativas, así mismo señala que los hecho cinco al diez son apreciaciones personales del actor, igualmente que los hechos once a quince, son afirmaciones irrelevantes, que los hechos dieciséis al veintidós deben ser acreditados en el proceso, aclarando que dichas circunstancias no guardan mayor relación con las razones que tuvo la entidad, al proferir la decisión objeto de la Litis, finalmente que el hecho veintitrés no es un hecho es un trámite de representación judicial.

Respecto de las pretensiones indica que por falta de sustento jurídico y probatorio del libelo demandatorio, se opone a todas y cada una de las solicitudes de declaraciones y condenas impetradas por el apoderado de la demandante, con fundamento en las razones sustanciales legales que se expondrán respecto de los hechos narrados en el escrito de demanda. Igualmente señala que la entidad no ha incurrido en violación a normas de rango constitucional ni legal, razón por la cual su actuación está ajustada a derecho, por lo cual solicita se denieguen las suplicas de la demanda.

Como sustento de su defensa cita el artículo 125 de la Constitución Política, así como el artículo 10 del decreto 1793 de 2000, normatividad que señala el retiro de la función pública, y para el caso concreto de los soldados profesionales; señalando que dicha normatividad sustenta el retiro del demandante, acto administrativo que goza de todo respaldo legal, toda vez que se observaron los presupuestos previstos en la norma, además fue expedido por el funcionario competente.

Argumenta que el acto administrativo acusado se profirió en ejercicio de las facultades legales, por lo tanto goza de la presunción de legalidad que ampara la actividad estatal.

Para el caso concreto al Orden de personal No. 1091 del 03 de febrero de 2014, acto administrativo acusado, se profirió conforme a derecho, acudiendo a la causal de retiro



contemplada en el artículo 10-14 del Decreto 1793 de 2000, Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

Señala que la decisión administrativa impugnada debe mantenerse toda vez que goza de validez y se profirió con el lleno de los requisitos, que en reiteradas ocasiones ha hecho mención la Jurisprudencia del Consejo de Estado. Resaltando que la Orden Administrativa No. 1091 del 03 de febrero de 2014, es el resultado de la garantía de la presunción de legalidad y además que fue emitido por razones del servicio.

En el presente caso el retiro del demandante del servicio activo del Ejército Nacional, se fundamentó en lo dispuesto en los artículos 10-14 del Decreto 1793 de 2000, acto que contiene tal decisión goza de la presunción de legalidad, desvirtuable mediante prueba en contrario, carga que le corresponde al actor, razón por la cual carecen de fundamento las pretensiones, más aun cuando no hay nexo causal entre los hechos aducidos por el demandante y el retiro del servicio.

Argumenta que la Litis en estudio va encaminada a la solicitud de nulidad de un acto administrativo que fue expedido con fundamento legal y fáctico que en este caso es el acta del Tribunal Médico Laboral de revisión militar y de policía, la cual no ha sido controvertida.

Finalmente expone que en relación con la desviación de poder que se dice afecta el acto administrativo impugnado, precisando que es deber del actor ofrecer certeza al juzgador de los motivos que llevaron a la Administración a proferir la decisión, no son aquellos que la ley le permite sino otros.

III. ACTUACION PROCESAL

1. AUDIENCIA INICIAL

Admitida la demanda el día 29 de enero de 2015, notificadas las partes¹, fue presentada contestación por la entidad demandada, con posterioridad se procedió a realizar audiencia inicial el 23 de noviembre de 2016, previa convocatoria mediante auto de fecha 30 de junio de 2016 (fl. 276 y ss), desarrollándose la misma en los términos del artículo 180 del C.P.A.C.A, con el fin de practicar las pruebas decretadas se fijó para el día diez (10) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

¹Ver folios 163 y ss.



2. AUDIENCIA DE PRUEBAS

Llegado el día fijado para la audiencia de pruebas, se incorporan las pruebas decretadas, siendo suspendida por encontrarse pendiente un dictamen pericial, llevándose a cabo la continuación de la audiencia de pruebas el 15 de mayo de 2017, incorporando las pruebas faltantes y ordenando correr traslado de alegatos de conclusión (fl. 338 y ss).

3. ALEGATOS

- **PARTE DEMANDANTE:**

Mediante correo electrónico el apoderado de la parte actora allega escrito de alegatos en término, en donde el cual en primer lugar realiza una narración sucinta de los hechos de la demanda, así mismo un listado de las pruebas aportadas al expediente, para así argumentar que se está probado que con los documentos aportados el demandante laboró en el Ejército Nacional desde el año 2001-01-05 hasta el 2018-02-08 según (folio 212), es decir laboró 12 años 9 meses y 9 días, como soldado regular, dragoneante, alumno soldado profesional, es decir, ha dedicado toda una vida al servicio del estado.

Señala que según documento aportado por la demandada a folio 2013 se prueba que para el 28 de enero de 2014, el demandante tenía como total de salario devengado la suma de 2.041.226 pesos M/Cte.

Expone que del acervo probatorio el demandante se lesionó prestándole un servicio a la patria y estas lesiones fueron las que condujeron a la iniciación del trámite de Junta Médica Laboral y posterior retiro del Ejército; manifestando que a la entidad demandada no le importó proteger a ahora accionante y por el contrario lo abandonó desde el mismo momento de las lesiones, en el caso del demandante este se lesionó en la rodilla el 16 de junio de 2010 y solo hasta el 16 de noviembre de 2011 operado y reconstruida su rodilla, es decir, 1 año y 5 meses después de la lesión que con terapias tuvo una mejoría total o parcial que no le impidió cumplir con su labor normal como soldado profesional.

Indica que de los folios de vida del accionante allegados por la entidad demandada se desprende que mientras los médicos de la Junta Médica Laboral expedía un concepto de que Huber Urueña no era apto para el servicio militar, EN FORMA PRACTICA, EN EL TERRENO Y EN LA VIDA MILITAR, los comandantes hacían pruebas físicas que demostraban la alta aptitud física de Huber Urueña, para el servicio militar.

Argumenta que no hay concordancia entre lo que expresaron los médicos especialistas en ortopedia, los otorrinos y los comandantes de Huber Urueña con lo expresado por la Junta



Médica Laboral y el tribunal médico, es decir estos últimos se equivocaron alevemente en contra de Huber Uruena, por tanto su equivocación condujo a un concepto de declarar que Huber Uruña no era apto para el servicio, situación que denota mayor gravedad cuando el Tribunal Médico Militar al resolver la apelación del actor, desconoce los documentos aportados por este en la apelación, no fueron tenidos en cuenta para una reubicación laboral, que era procedente por los cursos de informática, sus estudios como bachiller y el curso de liderazgo operacional, a sabiendas que este último hace parte de la vida militar, porque fue preparado en inteligencias y otras áreas de la labor militar, que no requieren tener carga pesada a su espalda. Indica que de igual forma en el acta No. 55306 de fecha octubre 4 de 2012, emitida por la Junta Médica Laboral, se evidencian errores en la calificación del motivo por el cual fue declarado no apto el ahora demandante, argumentando que no corresponden jurídicamente a las lesiones ocurridas al actor y de otra parte porque las lesiones que sufrió el actor, en nada impidieron realizar satisfactoriamente su función en la vida militar.

Continua señalando que el acto administrativo es discriminatorio por cuanto se atenta contra un grupo de personas que se encuentran en estado de salud desigual en relación con otra parte de la población, pero también se violan derechos fundamentales como el derecho a la reubicación laboral, derecho reconocido por el estado colombiano y que ha cobrado vigencia en las decisiones judiciales, tanto del contencioso administrativo como por la Corte Constitucional, donde se han expedido sendas sentencias, que han declarado la inaplicabilidad del artículo 10 del decreto 1793 de 2000.

Expone que el acto administrativo demandado expresa que el retiro es por las causas que en cada caso se indican y que en el caso del demandante claramente señala “acta medico tribunal TM 5539 30/09/2013”, acta que sobrepasa el término de vigencia de la misma, por cuanto para la fecha de retiro ya se habían cumplido 4 meses y 3 días, lo que indica que a la luz del artículo 7 del decreto 1796 del 2000 el acta del Tribunal Militar había perdido vigencia y el soldado URUEÑA MARTINEZ HUBER había recobrado su estado de aptitud, por lo que considera que el acto administrativo debe ser declarado nulo.

Por otro lado indica que la junta médica puede recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite, que para el caso del señor HUBER URUEÑA reunió requisitos para esta posibilidad por cuanto sus estudios eran un valor agregado que benefician al ejército ya que esta entidad le dio un curso de liderazgo para el mando en operaciones del cual se allegó copia en el escrito de la demanda.

Concluye destacando que HUBER URUEÑA fue retirado del Ejército Nacional injustamente y se constituyó un abuso de poder, con violación del debido proceso al apoyarse el acto administrativo en el acta 5539 del 30 de septiembre de 2013, la cual había perdido vigencia,



violación de normas vigentes y violación de derechos tales como la discriminación de las personas con disminución de la capacidad psicofísica y la reubicación laboral.

Señala que la Resolución No. 029 expedida por la Dirección de Sanidad, donde se declara la ineficacia de un acto administrativo y que en concreto se refiere a la Junta medico laboral No. 55301 de octubre 4 de 2012, afecta directamente el acto administrativo de retiro del demandante por cuanto la ineficacia del acta de la Junta Medica Laboral, no ha existido para el mundo jurídico.

Respecto del dictamen pericial decretado dentro del proceso de la referencia, expone que el señor HUBER URUEÑA, no posee limitaciones en la actividad laboral, además dentro del dictamen se observa que la deficiencia por alteración de las extremidades superiores e inferiores es de 0.00%, así como a la pregunta efectuada por el señor Juez, si el accionante podía laborar en el Ejército o en granja el perito contesto asertivamente, está prueba reviste y cobre fundamental importancia por cuanto se tuvieron en cuenta todas las pruebas existentes en el expediente y en la valoración que se hiciera en el ejército y los resultados son altamente diferentes, además que ilustra y crea claridad sobre el estado real de Huber Urueña Martínez.

- **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL:**

Guardó silencio.

- **MINISTERIO PUBLICO:**

Guardó silencio.

IV. ANALISIS PROBATORIO

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

- **Documentales:**

1. Copia de la cedula de ciudadanía del señor HUBER URUEÑA MARTINEZ, folio 40.
2. Copia de la Orden Administrativa de Personal No. 1091 del 03 de febrero de 2014, por medio de la cual retira del servicio activo de la Institución al personal de soldados



- profesionales, entre los que se encuentra el señor HUBER URUEÑA MARTINEZ. (fl 41 y 42)
3. Copia de la constancia de notificación personal al soldado profesional HUBER URUEÑA MARTINEZ de la Orden Administrativa No. 1091 del 03 de febrero de 2014, notificación efectuada el 06 de febrero de 2014. (fl. 43)
 4. Copia de la Solicitud de reconocimiento de Cesantías por Retiro, de fecha 06 de febrero de 2014. (fl. 44).
 5. Informe Administrativo por Lesiones No. 22 de fecha 14 de diciembre de 2009, respecto de los hechos ocurridos el 06 de diciembre de 2009, al soldado profesional HUBER URUEÑA MARTINEZ (fl. 45 y vto)
 6. Copia informe administrativo por lesión No. 088191 de fecha 13 de agosto de 2012, respecto de los hechos ocurridos el día 16 de julio de 2010 al soldado profesional Huber Urueña Martínez (fl. 46 y vto)
 7. Copia del certificado de nómina de enero y febrero de 2014 del Soldado Profesional HUBER URUEÑA MARTINEZ (fl. 47 y 48)
 8. Copia del Derecho de Petición con fecha de radicado 24 de junio de 2014 (fl. 49)
 9. Copia del Acta de Junta Medica Laboral No. 55301 de fecha octubre 4 de 2012 (fl. 50 a 51)
 10. Copia del Oficio No. OFI13-1984 MDNSG-TML-ASJUR-421 del 09 de septiembre de 2013, por medio del cual se le comunica al señor HUBER URUEÑA de la convocatoria del Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de Policía. (fl. 52 a 53)
 11. Copia del Acta del Tribunal médico Laboral de fecha 27 de diciembre de 2013, con la cual se confirma la INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL y NO SE RECOMIENDA REUBICACION LABORAL (fl. 54 a 60)
 12. Copia del oficio de fecha 06 de septiembre de 2012, por medio del cual el señor HUBER URUEÑA MARTINEZ, entrega los documentos respectivos para realizar junta médica laboral, con constancia de radicado (fl. 61)
 13. Copia de la certificación del curso de liderazgo para el mando en operaciones, de fecha 11 de noviembre de 2008 (fl. 62 a 63 vto)
 14. Copia de la ficha medica del soldado profesional HUBER URUEÑA MARTINEZ de fecha 11 de marzo de 2014 (fl. 64 a 67 vto)
 15. Copia de Diploma de curso de mando y liderazgo expedido por las Fuerzas Militares el 11 de noviembre de 2008 (fl. 68)
 16. Copia de la mención de medalla herido en acción al soldado profesional HUBER URUEÑA MARTINEZ de fecha 23 de julio de 2010 (fl. 69)
 17. Copia de la Orden del día No. 24, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 35 que corresponde a los días 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 de enero, 01, 02, 03, 04 y 05 de febrero de 2014. (fl. 70 a 80 vto)
 18. Copia de la Historia Clínica del señor HUBER URUEÑA expedida por el Hospital Militar (fl. 81 a 109)



19. Copia del Acta Individual de Grado y Diploma de Bachiller Académico del señor HUBER URUEÑA, de fecha 21 de enero de 2012 (fl. 110 y 111)
20. Copia de la certificación expedida por el Colegio San Luis Gonzada de Giratdot respecto de los grado aprobados por el señor HUBER URUEÑA MARTINEZ (fl. 112 a 117)
21. Copia del carnet de servicios de salud del señor HUBER URUEÑA MARTINEZ (FL.118)
22. Copia de la Certificación de afiliación y validación del señor URUEÑA MARTINEZ HUBER, perteneciente al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, certificación de fecha 23 de mayo de 2014 (fl. 119)
23. Certificación de antecedentes penales expedido por la Policía Nacional de Colombia el día 12 de febrero de 2014, señalando que el señor URUEÑA MARTINEZ HUBER no tiene asuntos pendientes con autoridades judiciales (fl. 120)
24. Certificación expedida por el Banco Corpbanca de fecha 06 de marzo de 2014, en donde se informa que el señor HUBER URUEÑA MARTINEZ tiene vínculos comerciales con esa entidad a través de un crédito de Libranza, por un valor de \$15.534.956.00. (fl. 121 y 122)
25. Copia de la Constancia expedida por COMCAJA, en la cual se indica que el señor HUBER URUEÑA MARTINEZ, participo en el programa de formación "INFORMATIVA BÁSICA" con duración de 60 horas, de fecha 20 de diciembre de 1996. (fl. 123)
26. Copias auténticas de los Registros Civiles de Nacimiento de LAURA VANESA y KAREN MELIZA URUEÑA PERDONO, hijas del accionante (fl. 124 y 125)
27. Coipa del Registro Civil de Matrimonio del accionante con la señora MARIA ANGELICA OTAVO (FL. 126)
28. Copia del Registro Civil de Nacimiento de MARY ALCIRA URUEÑA OTAVO, HUBER STICK URUEÑA PERDOMO, LINDA SOFIA URUEÑA OTAVO, MARY JASBLEIDY URUEÑA REYES y YEREIDY YOHEIRA URUEÑA REYES hijos del señor HUBER URUEÑA MARTINEZ (FL. 127 A 131)
29. Copia del contrato de arrendamiento de vivienda urbana entre HUBER URUEÑA MARTINEZ y GERARDO ROLDAN CANO, por un valor de \$500.000 pesos de fecha 02 de febrero de 2011 (fl. 132 y vto)
30. Copia del Oficio No. 20148450342981 del 06 de mayo de 2014. Por medio del cual la Dirección de Sanidad del Ejercito Nacional en cumplimiento de un fallo de tutela le solicitan al señor HUBER URUEÑA MARTINEZ descargar y diligencia la ficha medica unificada. (Fl. 152)
31. Copia de los resultados de la Resonancia Nuclear Magnética de Rodilla tomada al señor HUBER URUEÑA MARTINEZ el 16 de septiembre de 2014, suscrita por el medico radiólogo Jaime Martínez Jiménez y CD. (fl. 153 a 155)
32. Copia del concepto médico, expedido por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional (fl. 156 a 158)
33. Oficio de fecha 19 de mayo de 2014, por medio del cual el señor URUEÑA MARTINEZ



HUBER, remite a la junta médica unos documentos (fl. 159)

34. Copia del expediente administrativo prestacional del Soldado Profesional URUEÑA MARTINEZ HUBER (FL. 187 a 263)
35. Copia de la Resolución No. 029, de fecha 09 de julio de 2015, por medio de la cual se declara la ineficacia del Acta de Junta Médica Laboral No. 55301 de fecha 04 de octubre de 2012, con constancia de notificación (fl. 281 a283)
36. Copia del Acta de Junta Médica Laboral No. 79340 de fecha 09 de julio de 2015, convocada por orden de Tutela No. 2014-1494-01, señalando una disminución de capacidad laboral del 42.46% (fl. 284 a 285 y 309 a 310)
37. Copia de la Historia Clínica del señor URUEÑA MARTINEZ HUBER, expedida por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional (fl. 298 a 307)
38. Dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral, rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de fecha 11 de febrero de 2017, la cual señala una pérdida de capacidad laboral y ocupacional de 8,10% (fl 323 a 327)
39. En audiencia de pruebas celebrada el 15 de mayo de 2017 (fl.338 a 341), el despacho procedió a incorporar y practicar el Dictamen Pericial rendido por los doctores JOSE DANIEL GONZALEZ LUQUE y YAZMIN ELENA AGUDELO OVALLOS, audiencia de la cual se desprende:

“...se trata de un paciente que para el 11 de febrero de 2017, que fue la fecha de la valoración, contaba con 37 años de edad y quien padecía pues unas secuelas en dos sistemas, en el sistema auditivo y en el sistema óseo muscular a nivel de la rodilla; entonces de acuerdo a la historia clínica y el examen pertinente para calificación la pérdida de la capacidad laboral, por pérdida de la agudeza auditiva que es una audiometría, sirvió una audiometría del 28 de febrero de 2014, en donde se evidencia que hay una pérdida en diferentes frecuencias, y que el otorrino le diagnostica como, la vamos a leer para tener mayor precisión (...fl 324) de acuerdo a esta disminución de la agudeza auditiva, pues la tabla en el capítulo 9 que nos define las deficiencias en el sistema auditivo nos da una pérdida de capacidad laboral del 14%.

Respecto de la rodilla en diferentes valoraciones por los médicos especialistas tratantes se consigna por ejemplo en la de ortopedia de noviembre de 2012, que dice paciente de 32 años diagnostico posoperatorio ligamento cruzado anterior, rodilla izquierda del 26 de noviembre de 2011, refiere dolor constante en rodilla izquierda exacerbado por la marcha con debilidad en rodilla ipsilateral, edema y rubor ocasional, al examen buen estado general, rodilla izquierda con herida quirúrgica cicatrizada sin secreción, rodilla sin edema dolor a la exploración, meniscos cajón negativo lachman negativo, estos son signos que se exploran para examinar si hay lesión de rodilla y cada uno interpreta de acuerdo a la especialidad en que hay lesión



tanto si de lesión de ligamentos cruzado anterior o ligamento cruzado posterior o ligamentos lateral o medial, que son las partes que van a fijar la articulación, entonces dice que el signo del lachman es negativo, dolor a la movilización patelar, osea de la patela si la movilizaba le daba dolor, fuerza 4. tono adecuado, cuádriceps atrófico, análisis: paciente con posoperatorio reconstrucción ligamento cruzado anterior rodilla izquierda con buen control posoperatorio sin signos de inestabilidad de rodilla izquierda y pian le ordena unas terapias, igual que en la valoración de julio de 2012, dice que la rodilla está en perfecto estado que no hay limitación de los arcos de movilidad y que tampoco presenta ningún signo patológico, lo cual confirmamos en la valoración del 11 de febrero de 2017, que dice al examen en buenas condiciones generales orientadas en las tres esferas marcha normal, eso es un signo ya importante que nos ratifica que la rodilla está bien porque no hay alteración de la marcha y las extremidades en rodilla izquierda con arco de movimiento articular normales, entonces con la prueba objetiva de la audiometría del 28 febrero de 2014 y con la historia clínica aportada, valoración de los especialistas de ortopedia y la valoración misma por parte del equipo interdisciplinario de parte nuestra, **evidenciamos entonces que la rodilla está bien y por eso no le genera ninguna deficiencia**, mas sin embargo por el examen objetivo de la audiometría del 28 de febrero de 2014 le genera una pérdida de capacidad laboral del 14%, que aplicando la fórmula de acuerdo al 1507, nos daría una deficiencia total del 7% eso nos da una pérdida parcial de la capacidad laboral, que igualmente no podemos definir en este momento si es absoluta, si va a mejorar o a empeorar, simplemente tomándole a posteriori en unos cuantos meses o años de acuerdo al concepto de otorrinolaringología que se haga un seguimiento audio métrico a ver si el estado de su pérdida sigue deteriorándose o si ya se estabilizó, entonces por ahora tenemos unas deficiencias del 7% que eso nos da en el título o capítulo I del Decreto 1507, y a consecuencia de ello en el título II pues es ya más de competencia de aunque todo; participamos igual, y nos ponemos de acuerdo, pero la especialista en eso ya en ese título II es la fisioterapeuta y eso le dio en el rol laboral le dio 1%, en la sumatoria total de otras áreas ocupacionales le dio 0.1 y título final del título II 1.10 sumando 1.10 más 7 pues da una pérdida de capacidad laboral de 8.10% como pérdida parcial”

Dra. YASMIN AGUDELO PARRIOS:

“Respecto al Título II, respecto al rol ocupacional y rol laboral, se le califica al paciente el rol laboral teniendo en cuenta que está según como lo dice también el manual 1507 en edad productiva con una edad de 37 años y pues tiene antecedentes laborales, son los criterios para que sea calificado rol laboral y no rol ocupacional, de acuerdo también a los hallazgos



encontrados el día de la valoración, se encuentra como lo decía mi compañero, una rodilla con arcos normales de movilidad y respecto a eso respecto de las preguntas, frente a la funcionalidad, esto es, frente a actividades de la vida diaria, no se encuentra ningún tipo de dificultad, ni respecto a cambios de postura, ni a dificultad o intolerancia para permanecer en postura prolongada, ya sea bípeda, cadente, no hay dificultad tampoco para manejo de cargas, ni levantar objetos del piso, igualmente respecto del último oficio que el desempeña que es obrero de granja, donde refiere algunas actividades como manipular cargas pesadas, herramientas como azadón, machete, nos refiere que debe adoptar posturas forzadas, como cunclillas, rodillas, adicionalmente realiza fumigación halando manguera, recibe uchuvas en postura bípeda prolongada, todas estas actividades las realiza sin ningún tipo de dificultad, referido por el paciente, respecto a otras actividades básicas cotidianas, como el deporte por ejemplo, nos refiere que practica ejercicio de fútbol y microfútbol los fines de semana sin dificultad, uso de transporte sin dificultad, en labores de conducción, bicicleta y motocicleta sin dificultad, y en labores como quehaceres del hogar, labores de limpieza, y cuidado de objetos, preparación de alimentos también sin dificultad, lo que encontramos aquí es que respecto a los ítems que se tienen en cuenta para calificar el rol laboral, es decir, el Título II, la gran mayoría, el gran porcentaje pues está sin dificultad, únicamente se le da un puntaje de 0,1 en el ítem de aprendizaje y aplicación del conocimiento referido específicamente a escuchar, porque evidentemente si hay una alteración en la escucha, como lo muestra la audiometría, se califica 0,1, porque el paciente no, hay una alteración pero no está requiriendo ayudas externas para escuchar, como por ejemplo el uso de un audífono, y en la anamnesis, en la valoración pues la entrevista digamos fue en un tono normal, no hubo que subirle la voz ni nada de esto, entonces en el título II, básicamente esa parte de otras áreas ocupacionales le da 0,1, el rol laboral pues por lo que he comentado no se vio afectado y no está afectado, por lo que se le da un puntaje de 0, y la parte económica tampoco está afectada por que el rol laboral no está afectado, entonces por consecuencia su parte económica no se debe ver afectada, y el total de este título II es 1.10”

“...aplicamos entonces el rol laboral activo y teniendo en cuenta los conceptos médicos y lo encontrado el día de la valoración el 11 de febrero de 2017, respecto a la rodilla no hay ningún tipo de alteración, eso quiere decir que actividades como o ítems más bien, contemplados en la calificación como la movilidad, el cuidado personal y actividades de la vida doméstica, no se vieron afectadas, el único ítem que se vio afectado es el ítem de aprendizaje y conocimiento dado que este ítem contempla actividades relacionadas con ello, como son el mirar, el escuchar, el pensar, el hablar, entonces para el caso del señor HUBER URUEÑA, se contempla el ítem 1.2, que es el ítem relacionado con el escuchar, dándole una calificación de 0,1 teniendo en cuenta que hay una alteración que lo muestra la audiometría aportada en la Historia Clínica, debido a esto entonces el impacto digamos de la calificación está únicamente dado en el área que se llama otras áreas ocupacionales y no en el segmento de rol laboral como tal, es decir, el segmento de otras áreas ocupacionales da como total 0,1, que es la calificación dada a la alteración en la escucha y el segmento enfocado al rol laboral



y autosuficiencia económica da 0 el 7 que hay ahí es dado en función de la edad, que si es de acuerdo a la edad que tiene el paciente se da un puntaje asignado, y esto pues suma los dos apartados suman en total 1.10, eso es lo que quiere decir el párrafo de análisis y conclusiones respecto a la calificación del título **II PREGUNTA EL SEÑOR JUEZ: teniendo en cuenta lo anterior y según el concepto médico puede el señor HUBER URUEÑA MARTINEZ desempeñarse en actividades propias del servicio del Ejército Nacional o de la granja, o de granjero, en caso negativo que actividades podría desarrollar o desempeñarse en dicha actividad o en labores agrícolas: si de hecho en el examen realizado en la valoración realizada él nos refiere que al momento no tiene ningún tipo de dificultad para desempeñar actividades de granja, y pues evidentemente se correlaciona con lo que hemos encontrado porque no hay dificultades de movilidad en rodilla, y hay una leve dificultad en la escucha pero que no está interfiriendo con el desempeño de sus actividades laborales como obrero de granja, respecto al oficio que desempeñaba en ejército, él nos comenta que fue como soldado profesional nos comenta, que se ha desempeñado en el área de monte como dragoneante, donde debía dar instrucciones a otros soldados, labores de patrullaje haciendo caminatas prolongadas, manejo de cargas como llevar equipo, morral y armamento, entonces respecto a la movilidad que tendría que hacer en estos terrenos pues no tendría ningún tipo de dificultad, porque hemos visto que no tiene dificultad digamos respecto a los movimientos, tampoco hay dolor que pudiera ser digamos otro ítem que pudiera alterar el desempeño de la actividad laboral hablando de rodilla, y la fuerza pues tampoco se encuentra alterada, y respecto a la escucha pues la audiometría muestra una alteración, pero él mismo nos ha manifestado no tener dificultad en el desempeño de su actividad respecto a la escucha, y durante la anamnesis el tono que se utilizó fue un tono normal, no hubo necesidad por parte de los evaluadores de elevar el tono de voz, lo que se interpretaría que mantiene una conversación en tono normal, en esos parámetros pues no tendría dificultad para desempeñar actividades como las que ha desempeñado obrero de granja o como dragoneante”**

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. PROBLEMA JURIDICO

En audiencia inicial se fijó el problema jurídico a resolver así:

Corresponde al Despacho determinar si la Orden Administrativa de Personal No. 1091 del tres (3) de febrero de dos mil catorce (2014), expedida por el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, mediante la cual se ordenó retirar del servicio activo de la institución al señor HUBER URUEÑA MARTÍNEZ, se encuentra viciada de nulidad?.

En caso afirmativo ¿si el accionante tiene derecho a ser reintegrado a la Institución Ejército Nacional en el cargo que venía desempeñando como soldado profesional del Ejército Nacional



o a uno similar o compatible con su condición dentro del Ejército, sin solución de continuidad y con el pago de todos los factores dejados de percibir con ocasión de su retiro?

2. TESIS

- **Tesis Argumentativa de la parte Demandante:**

Señala el apoderado de la parte demandante que el señor HUBER URUEÑA no debió ser declarado NO APTO PARA EL SERVICIO MILITAR, por cuanto la legislación aplicada para estos efectos no enmarca la situación médica del demandante como causales de no aptitud artículo 50 y 60 del decreto 094 de 1989.

Expone que es falso que no sea posible la reubicación laboral por cuanto el decreto 1793 de 2000, trae la posibilidad aunque en un caso concreto, pero en aras al derecho a la igualdad esta norma es aplicable al universo militar cuando ocurran hechos de salud.

Indica que si bien es cierto que la decisión de la entidad demandada goza de presunción de legalidad, es también cierto que ante la violación de derechos fundamentales de rango constitucional puede ser declarada la inaplicabilidad de las normas que soportan el acto administrativo y por ende decretar la nulidad del acto administrativo.

- **Tesis Argumentativa de la parte Demandada:**

Como sustento de su defensa cita el artículo 125 de la Constitución Política, así como el artículo 10 del decreto 1793 de 2000, normatividad que señala el retiro de la función pública, y para el caso concreto de los soldados profesionales; señalando que dicha normatividad sustenta el retiro del demandante, acto administrativo que goza de todo respaldo legal, toda vez que se observaron los presupuestos previstos en la norma, además fue expedido por el funcionario competente.

Argumenta que el acto administrativo acusado se profirió en ejercicio de las facultades legales, por lo tanto goza de la presunción de legalidad que ampara la actividad estatal.

Para el caso concreto al Orden de personal No. 1091 del 03 de febrero de 2014, acto administrativo acusado, se profirió conforme a derecho, acudiendo a la causal de retiro contemplada en el artículo 10-14 del Decreto 1793 de 2000, Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

- **Tesis Argumentativa del Ministerio Público.**

Guardó silencio.

- **Tesis Argumentativa del Despacho:**

El Despacho accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, ya que resulta procedente inaplicar el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, y en consecuencia declarar la nulidad parcial de la Orden Administrativa de Personal No. 1091 de fecha 03 de febrero de 2014, teniendo en cuenta que la NACION – EJERCITO NACIONAL debió proteger los derechos constitucionales del soldado profesional HUBER URUEÑA MARTINEZ, quien sufrió una disminución en su capacidad psicofísica estando en servicio activo, y en consecuencia se ordenará el reintegro del señor HUBER URUEÑA MARTINEZ a su reubicación en un cargo que pueda desempeñar acorde a dicha disminución, a la vez que atendiendo a su nivel de escolaridad,



capacidades, habilidades y/o destrezas, protegiendo así al derecho que le asiste a una estabilidad laboral reforzada, en los términos establecidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Igualmente, se ordenará a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL a cancelar a favor del señor HUBER URUEÑA MARTÍNEZ, el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de su retiro hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya percibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, y previas las deducciones de ley a que hubiere lugar. En cumplimiento a las sentencias proferidas por la Corte Constitucional SU- 556 de 2014 y SU- 053 de 2015.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL:

Procede el despacho a resolver el problema jurídico planteado en el caso, con el fin de definir si la Orden Administrativa de Personal No. 1091 del tres (3) de febrero de dos mil catorce (2014), expedida por el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, mediante la cual se ordenó retirar del servicio activo de la institución al señor HUBER URUEÑA MARTÍNEZ, se encuentra viciada de nulidad. En caso afirmativo ¿si el accionante tiene derecho a ser reintegrado a la Institución Ejército Nacional en el cargo que venía desempeñando como soldado profesional del Ejército Nacional o a uno similar o compatible con su condición dentro del Ejército, sin solución de continuidad y con el pago de todos los factores dejados de percibir con ocasión de su retiro?

Para resolver el problema jurídico, el Despacho hará un estudio argumentativo así:

- 1. Marco normativo que rige el régimen de retiro de los soldados profesionales del Ejército Nacional, por disminución de la capacidad psicofísica.*
- 2. Estabilidad laboral reforzada de personas con discapacidad.*
- 3. La estabilidad laboral reforzada de los soldados en situación de discapacidad.*
- 4. Del Caso concreto.*

1. RÉGIMEN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES DEL EJÉRCITO NACIONAL, POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA:

Conforme al artículo 216 de la Constitución Política, la Fuerza Pública está integrada por las Fuerzas Militares, dentro de las que se encuentran el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea y la Policía Nacional; a la vez que según lo dispuesto en el artículo 217 ibídem los miembros de las fuerzas militares están sujetos a un régimen especial en materia prestacional, disciplinaria y de carrera, el cual se encuentra contenido en el Decreto 1793 del 14 de



septiembre de 2000, dentro de esta normatividad se regula la forma de determinar y evaluar la capacidad psicofísica de los soldados profesionales de las fuerzas militares.

De acuerdo a lo anterior el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 578 de 2000, **expidió el Decreto Ley 1793 de 2000**, por el cual se regula el régimen de carrera y el estatuto de personal de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, la cual dispone:

“ARTÍCULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

PARAGRAFO. Podrá ser ascendido a Dragoneante profesional, el soldado profesional que se distinga por su capacidad de liderazgo y cumpla con los siguientes requisitos:

- a. Antigüedad mínima de cinco años.*
- b. Excelente conducta y disciplina.*
- c. Aprobación del curso para ascenso a dragoneante.*

(...)

Respecto al retiro de los soldados profesionales por disminución en la capacidad psicofísica en la precitada normatividad se encuentra:

“ARTÍCULO 7. RETIRO. Es el acto mediante el cual el Comandante de la Fuerza respectiva, dispone la cesación del servicio de los soldados profesionales.

ARTÍCULO 8. CLASIFICACIÓN. El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:

- a. Retiro temporal con pase a la reserva*
 - 1. Por solicitud propia.*
 - 2. Por disminución de la capacidad psicofísica.*
 - 3. <Numeral INEXEQUIBLE>*
- b. Retiro absoluto***
 - 1. Por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada.*
 - 2. Por decisión del Comandante de la Fuerza.*
 - 3. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.***



4. Por condena judicial.
5. Por tener derecho a pensión.
6. Por llegar a la edad de 45 años.
7. Por presentar documentos falsos, o faltar a la verdad en los datos suministrados al momento de su ingreso.
8. Por acumulación de sanciones

(...)

ARTÍCULO 10. RETIRO POR DISMINUCION DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA. *El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio."*

Por su parte, el Decreto 1796 de 14 de septiembre de 2000 "Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública", Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993", precisa:

"ARTICULO 1o. CAMPO DE APLICACION. *El presente decreto regula la evaluación de la capacidad sicofísica y la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la fuerza pública, alumnos de las escuelas de formación y sus equivalentes en la policía nacional.*

El personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y el personal no uniformado de la Policía Nacional, vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, continuará rigiéndose, en lo referente a las indemnizaciones y pensiones de invalidez, por las normas pertinentes del decreto 094 de 1989.

PARAGRAFO. *El personal que aspire a vincularse a partir de la vigencia del presente decreto como civil del Ministerio de Defensa o de las Fuerzas Militares, o como no uniformado de la Policía Nacional, deberá cumplir con los requisitos de aptitud sicofísica exigidos para el desempeño del cargo, de acuerdo con lo establecido por este decreto.*

ARTICULO 2o. DEFINICION. *Es el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se*



les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones.

La capacidad sicofísica del personal de que trata el presente decreto será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

ARTICULO 3o. CALIFICACION DE LA CAPACIDAD PSICOFISICA. La capacidad sicofísica para ingreso y permanencia en el servicio del personal de que trata el presente decreto, se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto.

Es apto quien presente condiciones sicofísicas que permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial y civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es aplazado quien presente alguna lesión o enfermedad y que mediante tratamiento, pueda recuperar su capacidad sicofísica para el desempeño de su actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es no apto quien presente alguna alteración sicofísica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

PARAGRAFO. Esta calificación será emitida por los médicos que la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional autoricen para tal efecto.

(...)

ARTICULO 15. JUNTA MEDICO-LABORAL MILITAR O DE POLICIA. Sus funciones son en primera instancia:

1 Valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas.

2 Clasificar el tipo de incapacidad sicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite.

3 Determinar la disminución de la capacidad psicofísica.

4 Calificar la enfermedad según sea profesional o común.

5 Registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por Lesiones.

6 Fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello.

7 Las demás que le sean asignadas por Ley o reglamento.



(...)

ARTICULO 21. TRIBUNAL MEDICO-LABORAL DE REVISION MILITAR Y DE POLICIA.

El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía conocerá en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico-Laborales y en consecuencia podrá ratificar, modificar o revocar tales decisiones. Así mismo, conocerá en única instancia la revisión de la pensión por solicitud del pensionado.

ARTICULO 22. IRREVOCABILIDAD. *Las decisiones del Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía son irrevocables y obligatorias y contra ellas sólo proceden las acciones jurisdiccionales pertinentes.*

Se tiene, entonces, que las referidas disposiciones legales deben ser aplicadas, en principio, por la institución militar al entrar a decidir sobre el retiro de un integrante de las fuerzas militares que ha perdido la capacidad psicofísica para seguir desempeñándose en las tareas habituales y normales para las cuales fue entrenado y capacitado.

No obstante, es de observar que dicha potestad no puede ejercerse en forma absoluta y sin problema alguno, en tanto habrá eventos en que dependiendo de las condiciones físicas del militar y del dictamen rendido por la Junta Médica Laboral o el Tribunal Médico Laboral, se hará necesario entrar a definir si la determinación adoptada de desvinculación era la única viable legalmente posible, o podía optarse por otra solución.

2. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

En reciente pronunciamiento la Corte Constitucional en sentencia de T- 597 de 2017 señaló, que de acuerdo con lo prescrito en el artículo 13 de la Constitución le corresponde al Estado propiciar las condiciones para lograr que el mandato de igualdad sea real y efectivo, especialmente para que las personas que de acuerdo a su condición económica, física o mental se encuentren en estado de debilidad manifiesta, tengan una especial protección. Esta salvaguarda no solo está consagrada en nuestra Carta Política sino también en distintos tratados internacionales suscritos por Colombia, como la Declaración de los derechos del deficiente mental aprobada por la ONU en 1971, la Declaración de los derechos de las personas con limitación, aprobada por la Resolución 3447 en 1975 de la ONU, la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre "Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad", la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", la Recomendación 168 de la OIT, el Convenio 159 de



de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral.”⁹ En este entendido, la estabilidad laboral reforzada constituye una protección para aquellos que se hallen en estado de debilidad manifiesta, con la finalidad de que reciban el pago de las incapacidades mientras estén cesantes y para que sus condiciones de vulnerabilidad no constituyan la causa de su despido u otra modificación laboral perjudicial. Esta protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta, se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad.¹⁰

En este contexto, la estabilidad laboral reforzada hace ineficaz el despido o desvinculación cuando la razón del mismo es la condición especial que caracteriza al trabajador. El sustento normativo de esta protección especial se encuentra en los principios de Estado Social de Derecho,¹¹ la igualdad material¹² y la solidaridad social, consagrados en la Constitución Política. Estos mandatos de optimización resaltan la obligación constitucional del Estado de adoptar medidas de protección y garantía en favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta.

Así las cosas, existe desconocimiento de los fundamentos constitucionales y, especialmente, de los principios de igualdad y solidaridad cuando se evidencia un trato diferente o discriminatorio a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las calificadas como personas en situación de discapacidad en relación con las que sí gozan de un buen estado de salud.¹³

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 2011, MP Mauricio González Cuervo.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-1040 de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil. En esta oportunidad la Corte indicó que esta protección implica “(i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre y cuando que no se configura una causal objetiva que conlleve a la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador.” Esta posición ha sido reiterada en varias oportunidades, en las sentencias T-519 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-198 de 2006 (Marco Gerardo Monroy Cabra), T-361 de 2008 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-263 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-784 de 2009 (MP María Victoria Calle Correa), T-050 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa) T-587 de 2012 (MP Adriana Guillén).

¹¹ Constitución Política, artículo 1º: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

¹² Constitución Política. Artículo 13. (...) “[Inciso 2º] El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. [Inciso 3º] El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

¹³ Tal como se reconoció en la Sentencia T-040 de 2016, algunos magistrados han disentido de esta doctrina reiterada por la mayoría de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional, por considerar que “es diferente la protección brindada a las personas discapacitadas -que se entienden calificadas-, a la protección otorgada a las personas en situación de debilidad



3. LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE LOS SOLDADOS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.

Tal y como se señaló previamente la Corte Constitucional ya se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la especial protección que debe darse a las personas que padecen algún grado de discapacidad, precisando que es un mandato contenido tanto en la Constitución Política, como en el derecho internacional, al igual que en determinados desarrollos legislativos. Resaltando que en lo que concierne a los miembros de la fuerza pública que han sido víctimas de accidentes en los cuales se vea disminuida su capacidad psicofísica, constituyen un grupo poblacional beneficiario de especial protección, al encontrarse en una situación de debilidad manifiesta.

En efecto, el Consejo de Estado ha considerado que se debe proteger al soldado profesional que sufre una discapacidad en la prestación del servicio. Así, la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, en sede de tutela, en fallo del 17 de marzo de 2011, estimó:

“Si bien le asiste razón a la entidad demandada cuando afirma que para cumplir con la misión como Soldado Profesional del Ejército Nacional se requiere plena capacidad psicofísica, no puede perderse de vista que el Estado debe asegurar una debida protección a las personas que han sufrido una discapacidad en la prestación el servicio, más aún, cuando sin mediar concepto razonado sobre la imposibilidad de nuevas funciones, la entidad procedió a retirarlo.

En asuntos como el presente, tratándose de persona que durante el desempeño de su labor ha sufrido una disminución de la capacidad laboral, la Ley dispone el retiro, no obstante, si obtiene concepto favorable de la Junta Médico Laboral sobre reubicación, su trayectoria profesional lo hace merecedor y sus capacidades pueden ser

manifiesta, quienes si bien no han sido calificadas ven disminuido su estado de salud. De esta manera, (i) la estabilidad reforzada del primer grupo se otorga en aplicación de la Ley 361 de 1997 y por tanto, ante el despido de una persona calificada como discapacitada sin la autorización de la autoridad laboral competente, procede el pago de la indemnización prevista en la Ley y el reintegro correspondiente. (ii) Respecto del segundo grupo, su protección no se desprende de la ley sino directamente de la Constitución, por ello, al comprobarse el despido de una persona en debilidad manifiesta no es procedente el pago de una indemnización sino simplemente el reintegro, teniendo en cuenta que la sanción se genera por la presunción contenida en la ley”. Al respecto se pueden ver los salvamentos de voto presentados por el Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo a las siguientes Sentencias: Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-166 de 2011, MP Juan Carlos Henao Pérez (SPV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-850 de 2011, MP Mauricio González Cuervo (SPV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), entre otras. Así mismo, se pueden ver las aclaraciones y salvamentos de voto presentados por el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez a las siguientes Sentencias: Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-302 de 2013, MP Mauricio González Cuervo (SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez); Sala Primera de Revisión, Sentencia T-773 de 2013, MP María Victoria Calle Correa (AV. María Victoria Calle Correa y Luis Guillermo Guerrero Pérez); Sala Primera de Revisión, Sentencia T-217 de 2014 MP María Victoria Calle Correa (SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez); Sala Primera de Revisión, Sentencia T-445 de 2014 MP María Victoria Calle Correa, (AV. Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez) entre otras.



aprovechadas, la entidad puede mantenerlo en el servicio activo.¹⁴” (Resaltado fuera de texto)

También, el Consejo de Estado ha precisado en el caso de un soldado profesional, que «Las personas en situación de discapacidad cuentan con una serie de acciones afirmativas, que buscan reducir los obstáculos que deben soportar día a día.»¹⁵, y que las personas «en situación de discapacidad o con graves trastornos en su salud¹⁶ tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada»¹⁷, así:

“Por esta razón, los artículos 47 y 54 de la Constitución Política consagran expresamente que el Estado debe adelantar *“una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”*¹⁸ y, particularmente en materia laboral, que *“El Estado debe (...) garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”*¹⁹.

En síntesis, la protección especial del soldado profesional que sufre de un trastorno grave de salud, con ocasión de sus funciones, se concreta en una estabilidad laboral reforzada, como lo han establecido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Protección que se materializa en el derecho del soldado profesional a ser reubicado para que cumpla otras funciones de conformidad con sus habilidades y destrezas.

4. DEL CASO CONCRETO.

En el *sub examine*, se debe resolver el problema jurídico planteado y que corresponde a establecer si la Orden Administrativa de Personal No. 1091 del tres (3) de febrero de dos mil catorce (2014), expedida por el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, mediante la cual se ordenó retirar del servicio activo de la institución al señor HUBER URUEÑA MARTÍNEZ, se encuentra viciada de nulidad.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de marzo de 2011, M.P. Alfonso Vargas Rincón, proceso con radicado 66001-23-31-000-2011-00024-01 AC

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, proceso con radicado 25000-23-41-000-2015-01836-01 AC

¹⁶ La Corte Constitucional ha establecido que la estabilidad laboral reforzada no abarca únicamente a las personas en situación de discapacidad, sino también a aquellas que presenten serias afecciones en su salud. En la sentencia T-198 de 2006 indicó: “En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitado”.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, proceso con radicado 25000-23-41-000-2015-01836-01 AC

¹⁸ Constitución Política. Artículo 47.

¹⁹ Constitución Política. Artículo 54.



En caso afirmativo si el accionante tiene derecho a ser reintegrado a la Institución Ejército Nacional en el cargo que venía desempeñando como soldado profesional del Ejército Nacional o a uno similar o compatible con su condición dentro del Ejército, sin solución de continuidad y con el pago de todos los factores dejados de percibir con ocasión de su retiro.

De una parte el demandante considera que, la decisión del Ejército Nacional, de atender la recomendación de las juntas médicos laborales, es a todas luces ilegal, discriminatoria, arbitraria, ilógica e injusta y no tuvo en consideración que el hoy demandante, además de haberse desempeñado como soldado profesional, durante más de once años, los últimos cinco, realizó las actividades normales de un soldado profesional, por lo cual solicita se declare la nulidad de la Orden Administrativa No. 1091 de 2014 y en consecuencia se ordene el reintegro a la institución entre otras condenas.

En contraposición, la demandada EJERCITO NACIONAL, señala que la orden de personal es decir, el acto administrativo demandado se profirió conforme a derecho acudiendo a la causal de retiro contemplada en el artículo 10-14 del Decreto 1793 de 2000, por lo tanto goza de la presunción de legalidad que ampara la actividad estatal.

De conformidad con el acervo probatorio que reposa en el expediente tenemos probado lo siguiente:

- Que el señor HUBER URUEÑA MARTINEZ, estando en servicio activo con el Ejército Nacional, sufrió dos accidentes; el primero el **06 de diciembre de 2009**, a causa de un artefacto explosivo, causándole un fuerte dolor en el oído derecho, de conformidad con el informe administrativo No. 22 de fecha 14 de diciembre de 2009; y el segundo el **16 de junio de 2010**, a causa de una caída que le ocasiono inflamación de la rodilla izquierda y dolor fuerte, según lo señalado en el informe administrativo de fecha 13 de agosto de 2012.
- A causa de estas lesiones, se convocó a Junta Médica Laboral del Ejército Nacional Dirección de Sanidad, quien profirió el Acta No. 55301 del 04 de octubre de 2012, de la cual se extraen las siguientes conclusiones:

b. clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad psicofísica para el servicio:

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL

NO APTO - PARA ACTIVIDAD MILITAR SEGÚN EL ARTÍCULO 68 LITERAL A DEL DECRETO 094 DE 1989.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral

LE PRODUCE UNA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL TREINTA Y

SIETE PUNTO SESENTA Y CINCO POR CIENTO (37.65%). (FL. 51)



- Una vez notificado de la decisión de la Junta Médica Laboral el señor HUBER URUEÑA MARTINEZ, mediante oficio de fecha 04 de febrero de 2013, convoca al Tribunal Médico al encontrarse inconforme con los resultados de la Junta Médica que le fue practicada (fl. 55)
- El Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de Policía, profiere Acta de fecha 27 de diciembre de 2013, de la cual se desprende:

- **IV ANALISIS DE LA SITUACION**

Los integrantes del Tribunal médico Laboral de Revisión Militar y de Policía procedieron a efectuar examen físico al paciente evidenciando: **Paciente en buenas condiciones generales**, ingresa por sus propios medios, adecuada presentación personal, viste y desviste sin dificultad. Otoscopia bilateral evidencia conductos auditivos permeables, membranas timpánicas íntegras con cono luminoso presente, **habla y escucha en tono normal**, no actitud cófónica. En rodilla izquierda se evidencia dolor a la palpación y movilización. cicatrices quirúrgicas No. 4, una lineal longitudinal de 4 cm, plana violácea, las otras tres paralelas a la patela, lineales hipocrónicas 1 cm. Se encuentran arcos de movilidad completos, con roce patelofemoral presente, cajón anteroposterior positivo, bostezo, appley y lackman negativos. **Marcha normal, patrón punta talón sin déficit.** (negrilla y subrayado fuera de texto)

- **B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad para el servicio:**

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL - NO APTO PARA ACTIVIDAD MILITAR, Según artículo 60 literal B ordinal 3, NO SE RECOMIENDA SU REUBICACION LABORAL.

- **C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral:**

Presenta una disminución de la capacidad laboral de

Actual TREINTA Y CINCO PUNTO CERO CUATRO POR CIENTO (35.04%)

Total: TREINTA Y CINCO PUNTO CERO CUATRO POR CIENTO (35.045)

- Con base en las juntas médicas señaladas se profirió la Orden Administrativa de Personal No. 1091 de fecha 03 de febrero de 2014, por medio de la cual el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional dispone retirar del servicio activo de la institución al personal de soldados profesionales, tal y como lo establecen los artículos No. 10-14 del Decreto 1793 de 2000, encontrando en su numeral 4. Al Soldado



Profesional URUEÑA MARTINEZ HUBER, de conformidad con el Acta Médico Tribunal TM5539 del 30 de septiembre de 2013.

Se observa, entonces, que la entidad demandada para proceder a la desvinculación del actor, se amparó en la facultad legal contenida en el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, que permite la separación del soldado profesional ante la disminución de su capacidad sicofísica, al igual que en el dictamen médico rendido por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía contenido en el Acta No. 5539 del 27 de diciembre de 2013, en la cual se sugirió la no reubicación del actor.

Es importante destacar que la labor asignada a las juntas o tribunales médicos laborales en la valoración de los militares que presentan alguna disminución en su capacidad sicofísica, debe llevarse a cabo con criterios técnicos, razonados y objetivos, para que una vez dictaminado que la persona no puede desempeñarse en otras actividades, bien administrativas, docentes o de instrucción, entonces sí recomendar su retiro de la institución.

Se tiene, igualmente, que el acto administrativo demandado, apoyado simplemente en el contenido del acta proferida por el Tribunal Médico Laboral, en tanto recomendó la no reubicación del actor, procedió a separarlo del servicio con fundamento en la disminución de la capacidad psicofísica, sin que previamente se hubiera llevado a cabo un análisis sobre la viabilidad de su reubicación en un nuevo cargo o actividad, bien de naturaleza administrativa, de docencia o instrucción. Análisis que se imponía, dado que se trataba de un sujeto de especial protección.

Así las cosas, como el artículo 10 del Decreto Ley 1793 de 2000 dispone que *“El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, **podrá ser retirado del servicio**”*, con base en lo expuesto en precedencia, es decir, en los pronunciamientos esbozados en el acápite 2 y 3 referente a la estabilidad reforzada de los soldados en situación de discapacidad, la administración debe ejercer la facultad de retiro en armonía con el derecho a la estabilidad reforzada desarrollado por la jurisprudencia, de modo que la aplicación del retiro debe ser restringida para aquellos casos en los cuales definitivamente no proceda la reubicación laboral.

En el *sub judice* la Junta Médica Laboral calificó la disminución del señor HUBER URUEÑA MARTINEZ en un 37.65% de la capacidad laboral del actor e indicó que no era apto para la actividad militar, decisión que fue modificada por el Tribunal Médico Laboral de la entidad accionada quien le asignó un porcentaje de 35.04%, reiterando igualmente que no era apto para la actividad militar. Adicionalmente el Tribunal Médico, manifestó que no accedía a la reubicación laboral, argumentando: *“...el calificado fue incorporado a la institución militar*



para recibir instrucción, capacitación, estar equipado y armado, debiendo realizar sobreesfuerzo físico al realizar actividades de patrullaje, combates y desplazamientos prolongados en terrenos irregulares, todo esto en aras de mantener el orden público en el área de operaciones y la soberanía nacional por mandato constitucional. Adicionalmente, no presenta certificados académicos que permitan establecer el entrenamiento y conocimiento suficientes en saberes aprovechables por la fuerza”.

Si bien, el numeral 2 del artículo 15 del Decreto Ley 1796 de 2000, no impone la obligación a la Junta Médica de recomendar la reubicación laboral, sino que es una facultad potestativa, esta función debe ser interpretada y aplicada de conformidad con la protección laboral reforzada que la jurisprudencia ha reconocido a los soldados profesionales afectados por la pérdida de la capacidad de trabajo en servicio activo, siendo éste, el caso del demandante.

Adicionalmente debe resaltarse que la obligación de la entidad demandada de reubicar laboralmente al accionante encuentra sustento en normas internacionales con aplicación en el régimen nacional, como es el caso del Convenio 159 de 1983 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo de personas en situación de discapacidad, aprobado por la Ley 82 de 1988.

Este convenio indica en el numeral 2 del artículo 1 que *“todo Miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.”*

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, aprobada por la Ley 1346 de 2009, prescribe que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con los demás y que se deben “Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad” (literal k del numeral 1 del artículo 27).²⁰

Conforme lo anterior, en el asunto bajo análisis la Junta Médica debió estudiar el conjunto de destrezas y habilidades del actor para recomendar su reubicación laboral, ante la imposibilidad de desempeñar funciones militares, atendiendo la pérdida de la capacidad laboral del 35.04% del accionante.

²⁰ Mediante la sentencia C-293 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, la Corte Constitucional declaró exequible la Ley 1346 de 2009.



Por otro lado no pasa por alto el despacho el Acta de la Junta Medica Laboral del Ejercito Militar NO. 79340 del 09 de julio de 2015, que en cumplimiento a una acción de tutela interpuesta por el señor HUBER URUEÑA MARTINEZ, ordenó realizar un nuevo examen médico, Junta Médica que le incremento al actor su disminución en la capacidad laboral a un CUARENTA Y DOS PUNTO CUARENTA Y SEIS POR CIENTO (FL. 42.46%).

Sin embargo dentro del proceso de la referencia se decretó como prueba pericial, que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, determinará la disminución de la capacidad laboral del señor URUEÑA MARTINEZ, dictamen pericial que señaló una pérdida de capacidad laboral del 8.10%, prueba que fue objeto de contradicción en la audiencia celebrada el 15 de mayo de 2017, en la cual las partes no solicitaron aclaración, ni propusieron ninguna objeción, luego el dictamen pericial se encuentra en firme, en consecuencia y revisada la mencionada audiencia se resalta de los argumentos expuestos por los peritos lo siguiente:

*“Respecto de la rodilla en diferentes valoraciones por los médicos especialistas tratantes se consigna por ejemplo en la de ortopedia de noviembre de 2012, (...) análisis paciente con posoperatorio reconstrucción ligamento cruzado anterior rodilla izquierda con buen control posoperatorio sin signos de inestabilidad de rodilla izquierda y plan le ordena unas terapias, igual que en la valoración de julio de 2012, **dice que la rodilla está en perfecto estado que no hay limitación de los arcos de movilidad y que tampoco presenta ningún signo patológico, lo cual confirmamos en la valoración del 11 de febrero de 2017, que dice al examen en buenas condiciones generales orientadas en las tres esferas marcha normal, eso es un signo ya importante que nos ratifica que la rodilla está bien porque no hay alteración de la marcha y las extremidades en rodilla izquierda con arco de movimiento articular normales**, entonces con la prueba objetiva de la audiometría del 28 febrero de 2014 y con la historia clínica aportada, valoración de los especialistas de ortopedia y la valoración misma por parte del equipo interdisciplinario de parte nuestra, **evidenciamos entonces que la rodilla está bien y por eso no le genera ninguna deficiencia, mas sin embargo por el examen objetivo de la audiometría del 28 de febrero de 2014 le genera una pérdida de capacidad laboral del 14%, que aplicando la fórmula de acuerdo al 1507, nos daría una deficiencia total del 7% eso nos da una pérdida parcial de la capacidad laboral**”*

Dra. YASMIN AGUDELO BARRIOS:

“...como soldado profesional nos comenta, que se ha desempeñado en el área de monte como dragoneante, donde debía dar instrucciones a otros soldados,



labores de patrullaje haciendo caminatas prolongadas, manejo de cargas como llevar equipo, morral y armamento, entonces respecto a la movilidad que tendría que hacer en estos terrenos pues no tendría ningún tipo de dificultad, porque hemos visto que no tiene dificultad digamos respecto a los movimientos, tampoco hay dolor que pudiera ser digamos otro ítem que pudiera alterar el desempeño de la actividad laboral hablando de rodilla, y la fuerza pues tampoco se encuentra alterada, y respecto a la escucha pues la audiometría muestra una alteración, pero él mismo nos ha manifestado no tener dificultad en el desempeño de su actividad respecto a la escucha, y durante la anamnesis el tono que se utilizó fue un tono normal, no hubo necesidad por parte de los evaluadores de elevar el tono de voz, lo que se interpretaría que mantiene una conversación en tono normal, en esos parámetros pues no tendría dificultad para desempeñar actividades como las que ha desempeñado obrero de granja o como dragoneante

De acuerdo a lo transcrito en precedencia, así como en el Acta del Tribunal Medico Laboral, se aprecia que se tienen conceptos similares pues en las valoraciones de ambos se advierte la marcha normal y la escucha normal, luego aunque efectivamente el señor HUBER URUEÑA MARTINEZ, presenta una disminución de la capacidad psicofísica, que daría lugar a aplicar el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, el despacho debe propender por la protección a los derechos constitucionales que ampara a las personas en discapacidad, por lo tanto se debe entrar a estudiar la posibilidad de inaplicar la precitada normatividad en los siguientes términos:

- **La posibilidad de inaplicar el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000 cuando se evidencie la vulneración de normas superiores que dan protección especial al personal militar con discapacidad.**

Como antecedente, es de señalar que mediante Sentencia C-385 de 2005, la Corte Constitucional retiró del ordenamiento jurídico el artículo 58 y algunos apartes del artículo 59 del Decreto 1791 de 2000, *“por el cual se modifican las normas del personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”*, en tanto permitía desvincular del servicio a los miembros de la institución policiva que tuvieran algún grado de disminución, al precisar la Corte que dicha potestad no podía ejercerse en forma autónoma y por ese solo motivo, **pues en tanto existiera la posibilidad de reubicar a la persona en un cargo en que pudiera desempeñar una tarea útil a la institución debía procederse a ello.** En ese sentido dijo la Corte:

“[...] En consecuencia, si una persona vinculada a la Policía Nacional sufre una disminución de su capacidad psicofísica, la institución está en el deber



constitucional de intentar, en principio, su reubicación a una plaza en la cual pueda cumplir con una función útil a la Institución.

(...)

Por ello es imprescindible que exista una dependencia o autoridad médica especializada que realice una valoración al individuo que tenga alguna disminución en su capacidad sicofísica para que, con criterios técnicos, objetivos y especializados, determine si dicha persona tiene capacidades que pueden ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción propias de la institución. Solamente después de realizada la valoración correspondiente y siempre que se concluya que la persona no tiene capacidad alguna aprovechable, para tales tareas, podrá ser retirado de la Policía Nacional. Esa autoridad, conforme al artículo 59 del Decreto 1791 de 2000, es la Junta Médico Laboral. No puede dejarse tal atribución a la mera liberalidad del superior a cuestiones eminentemente subjetivas". (Negrillas y resaltado de la Sala).

Si bien dicho pronunciamiento hace referencia a una norma aplicable al personal de la Policía Nacional, las consideraciones y motivaciones expuestas por la Corte Constitucional son perfectamente aplicables tratándose de miembros del Ejército Nacional que se encuentren en situación similar, es decir con disminución de la capacidad psicofísica.

Aunado a lo anterior, en otras oportunidades la Corte Constitucional, ha resaltado la importancia que reviste la estabilidad laboral reforzada para los miembros de este grupo militar que producto de su actividad están ahora en situación de discapacidad. Resaltando lo expuesto en la sentencia T-503 de 2010, en los siguientes términos:

"...luego de realizar una presentación de las reglas jurisprudenciales establecidas para la protección laboral reforzada de los trabajadores con disminución en su capacidad laboral y del régimen jurídico de los soldados profesionales estudió el caso de un miembro de la fuerza pública el cual fue retirado del servicio activo, luego de ser calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 28.25%; dicha desvinculación se dio en virtud de la naturaleza de su cargo al interior de la fuerza pública, toda vez que era un soldado profesional, con un régimen legal específico.

2.15 En este pronunciamiento la Sala mencionó que la normativa no había sido objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado, por este motivo **la estipulación referente al retiro del servicio de los soldados profesionales se encuentra amparada por presunción de constitucionalidad y legalidad. Sin embargo en dicha ocasión, se hizo uso de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 10° del Decreto 1793 de 2000,** el cual tiene como causal de retiro del servicio activo como soldado profesional



la disminución de la capacidad sicofísica del soldado, por considerar que la aplicación de dicha norma, transgredía los derechos fundamentales del demandante.

2.16 Además en esta providencia se destacó que en virtud de la naturaleza de las funciones, se requiere “la plena capacidad sicofísica”, no obstante, también le asiste la obligación al Estado de velar por la protección de las personas que con ocasión de la prestación del servicio, sufrieron una mengua en su capacidad sicofísica en actos relacionados con el servicio. En consecuencia, concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la igualdad, a la estabilidad laboral reforzada y ordenó incorporar al peticionario en uno de sus programas, por tanto determinó que éste debía ser reubicado en una actividad que pueda desempeñar”

Adicionalmente la Corte Constitucional, ha señalado en sentencia de T- 081 del 14 de febrero de 2011, el derecho a la reubicación de los soldados profesionales que ven disminuida su capacidad laboral, argumentando que en casos similares ha ordenado el reintegro y por ende su reubicación en los siguientes terminos:

“2.8 Teniendo en cuenta estas disposiciones, es posible afirmar que el hecho de que un soldado profesional tenga una disminución en su capacidad psicofísica o una incapacidad absoluta permanente, se convierte en una causal de retiro del servicio.

2.9 No obstante, esta Corporación se ha pronunciado en diversos casos en los que miembros de la fuerza pública han sido desvinculados por esta causal, resaltando que a pesar de existir un régimen especial para las fuerzas militares, cuando estén de por medio derechos fundamentales, este debe inaplicarse.

2.10 En el mismo sentido el Consejo de Estado en materia pensional ha sostenido que frente a las “excepciones en la aplicación de la ley general, por virtud de la existencia de normas especiales, debe recurrirse solo en tanto la norma especial resulte más favorable que la general. Lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por la ley a un grupo de personas se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la ley para la generalidad.”

202.11 Por ello se entenderá que en virtud del respeto de los derechos fundamentales de todas las personas, se acogerá la norma que resulte más favorable para el peticionario. Además, la protección de derechos fundamentales deberá garantizarse a todas las personas indistintamente del tipo de labor que desarrollen en la sociedad. Bajo este entendido, cuando con la aplicación de una norma se transgredan estos derechos, dicha disposición deberá inaplicarse y proteger de manera preferente a la persona que demanda el amparo.



Se resalta de igual forma en la mencionada providencia que los soldados profesionales que habiendo sufrido una merma en su capacidad psicofísica con motivo de accidentes ocurridos en el desempeño de sus funciones, se los ha desvinculado del servicio al amparo de lo establecido en el artículo 10 del Decreto 1793 de 2010, sin haberse considerado la posibilidad de lograr su reubicación en otro tipo de tareas en la que acorde a la disminución de la capacidad psicofísica puedan desempeñarse y ser útiles a la institución. Resaltando que:

“3.8. Además otros pronunciamientos han ido avanzando en la dirección de proteger los derechos de los miembros de la fuerza pública en especial aquellos soldados profesionales –quienes tienen como función principal al interior de la institución, el combate-, estableciendo que como consecuencia de su discapacidad –obtenida además durante la prestación del servicio- no pueden quedarse desprovistos de servicios como la salud, ni tampoco ser despedidos de manera abrupta sin que medie un real apoyo para el manejo de su discapacidad. Asimismo, ayuda en la incorporación al mundo laboral y preferiblemente buscar su reubicación teniendo en cuenta las condiciones particulares del soldado, esto es grado de escolaridad, habilidades y destrezas.

3.9. En el caso que ocupa a la Sala el señor Cediél Carrillo Ortiz quien fuera soldado profesional resultó víctima de una mina antipersona cuando se encontraba prestando el servicio en la base militar de la Unión-Pelaya en el año 2007, posteriormente, en el mes de junio de 2008 fue calificado por la Junta Médica Laboral con una pérdida de la capacidad laboral del 32.57% y, en consecuencia, a través de Orden Administrativa de Personal el 15 de junio de 2009 fue desvinculado del servicio activo, declarándolo no apto.

3.10. Las razones argüidas por la entidad están sustentadas en que el despido obedece a causas legales, ya que el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000 estipula que ante la disminución de la capacidad psicofísica del soldado profesional se puede proceder a su retiro. Además que para el desarrollo de las funciones propias del cargo al interior de la institución es necesario contar con el 100% de la capacidad laboral.

3.11. Bajo estos componentes fácticos, es claro que en principio el actuar de la entidad se encuentra ajustado a la ley; sin embargo, es importante recordar que se está frente a un sujeto de especial protección constitucional y que de acuerdo con los antecedentes desarrollados, resulta reprochable cualquier forma de discriminación que se adopte contra este grupo poblacional, se ha destacado incluso en los diversos instrumentos internacionales la obligación de los estados



parte de propender por acciones legislativas y judiciales coherentes con la protección.

(...)

3.15. Bajo estos hechos, es claro para la Sala que en virtud de la protección de los derechos fundamentales del señor Cediell Carrillo Ortiz es necesario inaplicar el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, toda vez que de lo contrario se estaría ante una flagrante vulneración de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y al trabajo. Por consiguiente se ordenará como se hizo en la sentencia T-503 de 2010 que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo procede a reincorporar al peticionario en uno de sus programas y en consecuencia sea reubicado en una actividad que pueda desempeñar de acuerdo con sus habilidades, destrezas y formación académica”.²¹

Posición que fue reiterada por la Corte Constitucional en sentencia T-597 de 2017, en donde expresamente señaló:

“En este caso, la Sala Séptima de Revisión encuentra que (i) el porcentaje de pérdida de capacidad laboral determinado por el Tribunal Médico Laboral el 24 de agosto de 2016 es del 33.21%; (ii) el Comandante del Batallón de Combate Terrestre No. 119 emitió concepto de idoneidad profesional el 9 de noviembre de 2016, recomendando al actor para ejercer cualquier labor que no se interponga con su incapacidad médica; (iii) el último cargo desempeñado por el accionante era el de archivista. Además, de conformidad por lo indicado en su escrito de contestación, el Ejército Nacional organiza distintas actividades de formación como charlas, talleres, capacitaciones y diplomados a los soldados heridos;²² (iv) el señor Monroy Villa manifiesta haberse desempeñado en el área operativa desde que sufrió las lesiones en los años 2008 y 2012 y no haber sido capacitado para desarrollar una actividad distinta.²³

Bajo estas circunstancias, el Ejército Nacional ha debido tener en cuenta la situación particular del accionante y valorar sus condiciones de salud, sus

²¹ Ibidem página 35

²² Ver folio 63 del cuaderno 3 del expediente.

²³ Ver folio 74 del cuaderno principal del expediente.



habilidades, sus destrezas y capacidades, de manera que pudiera implementar medidas que permitieran continuar con la integración profesional del señor Monroy Villa antes de aplicar el artículo 8° del Decreto 1793 de 2000 y ordenar el retiro del actor por no reunir condiciones de capacidad y aptitud psicofísica. Más aún, cuando quedó demostrado que el porcentaje asignado como pérdida de capacidad laboral no ha sido impedimento para ejercer funciones dentro del Ejército ya que desde el acontecimiento de los hechos que ocasionaron las lesiones al actor, éste se desempeñó de manera satisfactoria en labores administrativas.

6.4. Así las cosas, con la decisión adoptada considera esta Sala que el Ejército Nacional incumplió mandatos superiores de protección a personas en situación de discapacidad y vulneró el derecho a la estabilidad reforzada del señor Víctor Alfonso Monroy Villa quien se encuentra en estado de debilidad manifiesta con ocasión de una disminución en su capacidad laboral. Desconociendo con ella también los precedentes de la Corte Constitucional.²⁴

En esas condiciones, resulta viable, conforme al desarrollo jurisprudencial antes referido, inaplicar el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, disposición esta que permite el retiro del servicio del soldado profesional por el simple hecho de presentar una disminución de la capacidad psicofísica, sin contemplarse otra posibilidad, para disponer el reintegro del actor y su reubicación en un cargo que pueda desempeñar acorde a dicha disminución, a la vez que atendiendo a su nivel de escolaridad, capacidades, habilidades y/o destrezas, protegiendo así al derecho que le asiste a una estabilidad laboral reforzada, y dando un trato preferente a quien *“luchando por defender su Nación fueron disminuidos en su capacidad física, encontrándose ahora en estado de debilidad manifiesta”²⁵.*

Aunado a lo anterior encuentra el despacho que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral determinado por el Tribunal Médico Laboral en cumplimiento de una acción de tutela de fecha 09 de julio de 2015 (fl. 309 a 310), asignó al ahora demandante un porcentaje de 42.46%, sin embargo el dictamen pericial rendido en el expediente de la referencia que otorga un porcentaje del 8,10%, en la valoración efectuada el 11 de febrero de 2017, desestima las razones por las cuales el señor HUBER URUEÑA MARTINEZ, se le aplicó el Decreto 1796 de 2000 y por ende su retiro del servicio, pues claramente el Ejército Nacional ha debido tener en cuenta la situación particular del accionante así como sus capacidades, habilidades o

²⁴ Ver sentencias T-437 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), T-081 de 2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), T-910 de 2011 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-459 de 2012 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), T-1048 de 2012 (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-843 de 2013 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-928 de 2014 (MP. Gloria Ortiz Delgado), T-076 de 2016 (Jorge Iván Palacio Palacio) y T-141 de 2016 (MP. Alejandro Linares Cantillo).

²⁵ Sentencia T-413 de 2014



destrezas, antes de ordenar el retiro del actor por no reunir condiciones de capacidad y aptitud psicofísica. Más aún, cuando quedó demostrado que el porcentaje asignado como pérdida de capacidad laboral no ha sido impedimento para ejercer funciones dentro del Ejército ya que desde el acontecimiento de los hechos que ocasionaron las lesiones al actor tanto en el 2009 como en 2010, éste se desempeñó de manera satisfactoria en labores militares, luego ante la disminución de su capacidad, podía haber sido reubicado y capacitado en labores administrativas, aunado al hecho que la entidad demandada está en la capacidad de instruir a sus miembros en más allá de situaciones para combate.

En consecuencia y con el fin de proteger los derechos constitucionales y laborales del demandante señor HUBER URUEÑA MARTINEZ, se inaplicara para el caso concreto el numeral 10 del Decreto 1793 de 2000 y se declarara la nulidad parcial de la Orden Administrativa No. 1091 del 03 de febrero de 2014, y en consecuencia y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reintegro del actor y su reubicación en un cargo que pueda desempeñar acorde a dicha disminución, a la vez que atendiendo a su nivel de escolaridad, capacidades, habilidades y/o destrezas, protegiendo así al derecho que le asiste a una estabilidad laboral reforzada.

En este punto debe traer a colación el Despacho lo señalado por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia de fecha 22 de agosto de 2017²⁶, en donde advierte respecto al restablecimiento del derecho en caso de reintegro de los miembros de la fuerza pública, los siguientes apartes:

Con respecto al restablecimiento del derecho relativo, relativo al pago de los salarios y demás emolumentos laborales dejados de percibir por el demandante, la Sala ordenará su reconocimiento atendiendo a las reglas de interpretación que fueron fijadas por la H. Corte Constitucional en la Sentencia SU-053 de 2015²⁷, que expuso para el caso en que sea declarada la nulidad de un acto de retiro de un miembro de la fuerza pública o Policía Nacional, deberá el Juez Contencioso Administrativo o Constitucional remitirse al contenido de la sentencia SU-556 de 2014²⁸.

²⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 22 de agosto de 2017, expediente rad: 15000233100020050191602, MP. Fabio Iván Afanador García.

²⁷ De esa manera, en caso de que los jueces de instancia ordinarios o constitucionales constaten la ausencia de motivación del acto de retiro, deben considerar la jurisprudencia de la Corte Constitucional para efectos de i) ordenar los eventuales reintegros a que tengan derecho los demandantes, y ii) determinar los límites a las indemnizaciones que les serán reconocidas. Específicamente deben observar la Sentencia SU-556 de 2014, como quiera que debe aplicarse el principio de igualdad entre los servidores públicos que han sido desvinculados de sus cargos en contravía de la Constitución.”

²⁸ Conforme con lo expuesto, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: i) el reintegro del servidor público en su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia,



Por ende se limitará el pago de la indemnización que le atañe al actor producto de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que lo desvinculó de la Policía Nacional, al pago equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento del retiro hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el accionante, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, y previas las deducciones de ley a que hubiere lugar”.

Ahora bien, el caso en mención es aplicado a los miembros de la Policía Nacional, pero tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado en Sentencia de Tutela proferida el 4 de mayo de 2017, está se hace extensiva a todos los miembros de la fuerza pública, que para el caso abarca a los que integran el Ejército Nacional, providencia que precisó:

“Esas son, pues, las reglas que fijó la Corte Constitucional al interpretar el régimen de los empleados provisionales y la correcta forma de indemnizar el daño causado con el retiro sin motivación. Por lo tanto, tales reglas tienen fuerza vinculante para todos los jueces de la República, pues, como se dijo, en las sentencias de unificación la Corte Constitucional fija el contenido y alcance de la ley.

La Sala no desconoce que esos parámetros de indemnización fueron impartidos inicialmente para los casos de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. Sin embargo, a partir de la sentencia SU 053 de 2015, esas reglas se extendieron a los eventos en que se haya ejercido de manera inadecuada — ausencia de motivación— el ejercicio de la facultad discrecional en el Ejército Nacional.

En efecto, en la sentencia SU 053 de 2015, la Corte Constitucional unificó los estándares de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos del Ejército Nacional. Después de realizar un amplio análisis del asunto, la Corte Constitucional dijo: «De esa manera, en caso de que los jueces de instancia ordinarios o constitucionales constaten la ausencia de motivación del acto de retiro, deben considerar la jurisprudencia de la Corte Constitucional para efectos de i) ordenar los eventuales reintegros a que tengan derecho los demandantes, y ii) determinar los límites a las indemnizaciones que les serán reconocidas.

descontando de ese monto, las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni puede exceder de veinticuatro (24) meses de salario”



Específicamente deben observar la Sentencia SU-556 de 2014, como quiera que debe aplicarse el principio de igualdad entre los servidores públicos que han sido desvinculados de sus cargos en contravía de la Constitución».

Bajo las anteriores conclusiones, y en vista que el reintegro ordenado a favor del accionante como miembro del Ejército Nacional, se realiza en aras de proteger los derechos a la estabilidad laboral reforzada de orden Constitucional que lo ampara, el Despacho debe aplicarse por principio de igualdad las sentencias SU 556 de 2014 y SU 053 de 2015, y en ese sentido ordenar que la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL cancele a favor del señor HUBER URUEÑA MARTINEZ, el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de su retiro hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya percibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, y previas las deducciones de ley a que hubiere lugar, Entendiéndose que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios.

Al liquidar la indemnización a favor del Actor, los valores resultantes serán indexados de conformidad con el índice de precios al consumidor mediante la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En la que el valor presente R resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulta de dividir el índice final del precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, certificado por el DANE, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

• **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

Atendiendo lo contemplado en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P, el despacho impone condenar en costas a la parte vencida, esto es la parte demandada NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, y acogiendo la reciente sentencia del Consejo de Estado de fecha 7 de abril de 2016, NI 1291-2014, Sección 2 subsección A. Dr. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, que señala el criterio objetivo de valoración para la condena en costas.

De acuerdo a lo anterior, y revisado el expediente se encuentra probados los gastos en que incurrió la parte demandante dentro del proceso, en consecuencia la condena se liquidará por la Secretaría de éste Despacho y seguirá el trámite contemplado en el artículo 366 y ss del C.G.P.



Tomando en consideración el artículo en comento, el juzgado fija las agencias en derecho que se hayan causado dentro del presente asunto, de conformidad al Acuerdo No. PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, de fecha 5 de agosto de 2016, acto administrativo que en su artículo 5º, numeral 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL, fija como tarifa por la cuantía, cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, de menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido. En ese sentido, se fija como agencias en derecho el 4% de la estimación de la cuantía indicada en el escrito de la demanda fue de \$24.000.000, según consta a folio 34, en atención a la duración del proceso, la naturaleza y calidad de la gestión desarrollada por el abogado de la parte demandante, y que corresponde a la suma de NOVECIENTOS SESENTA MIL PESOS M/CTE (\$960.000.00).

VI. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO. INAPLICAR en el caso concreto el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad parcial de la Orden Administrativa de Personal No. 1091 del 03 de febrero de 2014, proferida por el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, en cuanto dispuso el retiro del servicio activo del señor HUBER URUEÑA MARTINEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 93020076, por disminución de la capacidad psicofísica.

TERCERO: ORDENAR, como consecuencia de la declaración anterior, a título de restablecimiento del derecho, a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, a reintegrar y reubicar al señor HUBER URUEÑA MARTINEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 93020076, en un cargo dentro de la planta de personal de la entidad en el que pueda desempeñarse en forma acorde a la disminución de su capacidad psicofísica, y a sus estudios, conocimientos y /o habilidades.

CUARTO.- CONDENAR a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL a cancele a favor del señor HUBER URUEÑA MARTINEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 93020076, el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de su retiro hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya percibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea



inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, y previas las deducciones de ley a que hubiere lugar. Entendiéndose que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios.

QUINTO: Las sumas que resulten a favor de la parte demandante, se ajustarán tomando como base el índice de Precios al Consumidor, de conformidad con lo reglado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, atendiendo para ello los parámetros señalados en la parte motiva de esta providencia y aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Así mismo devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de ésta providencia, atendiendo lo previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Condenar en costas a cargo de la parte demandada **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL** y a favor del demandante, liquídense por secretaria.

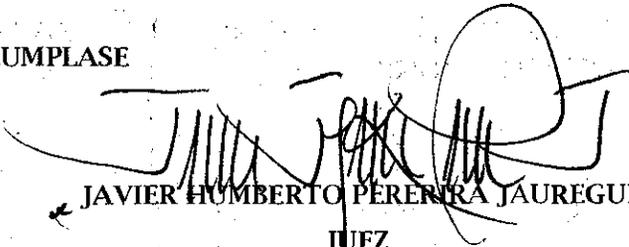
SEPTIMO: **FIJAR** como Agencias en derecho a cargo de la parte demandada **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA EJERCITO NACIONAL** y a favor del demandante, la suma de **NOVECIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$960.000.00)**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: En firme esta providencia, por secretaria remítanse las comunicaciones de que trata el artículo 192, inciso final del CPACA.

NOVENO: Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA en concordancia con lo dispuesto en el artículo 295 del Código General del Proceso, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO: Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado. Realícese las constancias de rigor en el sistema de información judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


JAVIER HUMBERTO PERERA JAUREGUI
JUEZ

JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA	
El fallo anterior se notificó por Estado N.º 28 de HOY a las 8:00 A.M.	
03 JUL 2018	
SECRETARIA	



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja
Correo institucional: j14admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tunja, 29 JUN 2018

DEMANDANTE: MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL
DEMANDADO: MUNICIPIO DE TUNJA - CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA
RADICACIÓN: 150013333014 2013-00192 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 181 inciso último y 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I. LA DEMANDA:

La señora **MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL**, por intermedio de apoderado judicial, acudió a esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el **MUNICIPIO DE TUNJA** y la **CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA**, quien plantea que se acojan las siguientes:

1. **PRETENSIONES** (fls.5-7 y 144-146):

Solicita se declare la **nulidad** de la **Resolución No. 138 del 7 de noviembre del 2012** "Por medio del cual se declara la *insubsistencia de un empleado de Libre Nombramiento y Remoción*", proferida por el Contralor Municipal de Tunja, que declaró insubsistente a la demandante como **ASESORA DE CONTROL INTERNO**.

Como consecuencia de lo anterior solicita ordenar a la **CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA** a reintegrar a la demandante en sus funciones y asignaciones salariales como Asesora de Control Interno en idénticas condiciones a las que tenía cuando desempeñaba dicho cargo desde el 7 de noviembre del 2012, hasta el momento en que se produzca el acto de nombramiento y posesión.

De igual forma, solicita que el **MUNICIPIO DE TUNJA** y la **CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA**, en aras de **reparar el daño** ocasionado a la actora y a título de



indemnización por daños materiales y morales, paguen las sumas de dinero, discriminadas así:

• **DAÑOS MATERIALES A FAVOR DE LA DEMANDANTE:**

1. *Los salarios, primas, reajustes o aumentos de sueldo, mensuales dejadas de recibir en el cargo de Asesor de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja desde el 7 de noviembre del 2012 y las que se causen hasta que sea reintegrada a su cargo de Asesor de Control Interno.*

2. *La liquidación de prestaciones sociales desde el 7 de noviembre del 2012 y las que se causen hasta que sea reintegrada a su cargo de Asesor de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja.*

3. *La suma de las cuotas mensuales del Crédito con la Cooperativa de Servicios Públicos y Jubilados de Colombia - COOPSER:*

a) *El primero N° 79-03484 pagando una cuota mensual de CUATROCIENTOS CUARENTA MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$440.383 mcte.).*

b) *El segundo crédito No. 85-03699 pagando una cuota mensual de CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$443.435 mcte.), desde el mes de noviembre del 2012, más aquellas que se causen hasta que sea reintegrada a su cargo de Asesor de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja.*

4. *La suma de las cuotas mensuales del Crédito con el Banco Davivienda:*

a) *El primero N° 6117176000170261 pagando una cuota mensual de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL TREINTA Y DOS PESOS (\$248.032 mcte.).*

b) *El segundo crédito N° 5917176000557024 pagando una cuota mensual de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$457.355 mcte), desde el mes de noviembre del 2012, más aquellas que se causen hasta que sea reintegrada a su cargo de Asesor de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja.*



5. La suma de las cuotas mensuales del Crédito con el Banco Falabella. Cuya obligación recae en la tarjeta N° *****5044 pagando una cuota mensual de CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS CON 35/100 (\$493.936.45 mcte.) desde el mes de noviembre del 2012, mas aquellas que se causen hasta que sea reintegrada a su cargo de Asesor de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja.
6. La suma de las cuotas mensuales del Crédito con el Banco de Occidente. Cuya obligación recae en las siguientes tarjetas:
 - a) La primera N° 489925-*-*9-536 pagando una cuota mensual promedio de CIENTO SETENTA MIL PESOS (\$170.000 mcte.).
 - b) La segunda N° 540625-*-*5-018 pagando una cuota mensual promedio de CIENTO SETENTA MIL PESOS (\$170.000 mcte.), desde el mes de noviembre del 2012 más aquellas que se causen hasta que sea reintegrada a su cargo de Asesor de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja.
7. La suma de las mensualidades de la pensión del colegio los Ángeles a nombre de los menores ANDRES Y VALERIA SANCHEZ JIMENEZ desde el mes de noviembre del 2012, más aquellas que se causen hasta que sea reintegrada a su cargo de Asesor de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja.
8. La suma de DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$2.794.000 mcte.) por concepto de impuesto predial unificado del inmueble ubicado en la calle 76A N° 2-71 Mz M Lo 17 de la ciudad de Tunja, más aquellos que se causen hasta que sea reintegrada a su cargo de Asesor de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja.

• **DAÑOS MORALES A FAVOR DE LA DEMANDANTE:**

Solicita sean reconocidos a favor de la demandante, la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como indemnización del daño moral sufrido.

Así mismo, solicita que para los efectos de prestaciones sociales en general, se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio



por parte de la demandante y se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos señalados en el artículo 192 del CPACA.

Finalmente solicita condenar a las entidades demandadas a pagar las costas procesales.

2. HECHOS DE LA DEMANDA (fls.2-5 y 136-137):

Se enunciaron en resumen los siguientes:

Que el **30 de diciembre del 2011**, mediante la Resolución No. 173 la demandante fue nombrada por el Contralor Municipal de Tunja, en el cargo de ASESOR DE CONTROL INTERNO código 105 Grado 01, prestando sus servicios a partir de esa fecha ininterrumpidamente de manera eficiente y cumpliendo con las funciones asignadas.

Que el **07 de noviembre del 2012**, el Contralor Municipal de Tunja doctor JOSE ARMANDO PUIN, a través de la Resolución N° 138, declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de ASESOR DE CONTROL INTERNO, decisión que fue comunicada mediante Oficio O.A. 1578 del 7 de noviembre del 2012.

Que con ocasión a su nombramiento como ASESOR DE CONTROL INTERNO, adquirió las siguientes obligaciones, las cuales serían canceladas con el salario que recibiría como Asesora de Control Interno:

1. *Dos Créditos con la Cooperativa de Servicios Públicos y Jubilados de Colombia - COOPSER:*
 - i) El primero N° 79-03484 pagando una cuota mensual de CUATROCIENTOS CUARENTA MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$440.383 mcte.) y ii) El segundo crédito el N° 85-03699 pagando una cuota mensual de CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$443.435 mcte.).*

2. *Dos Crédito con el Banco Davivienda: i) El primero N° 6117176000170261 pagando una cuota mensual de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL TREINTA Y DOS PESOS (\$248.032 mcte.) y ii) El segundo N° 5917176000557024 pagando una cuota mensual de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$457.355 mcte.).*



3. *Crédito con el Banco Falabella: obligación adscrita a la tarjeta de crédito *****5044, pagando una cuota mensual de CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS CON 35/100 (\$493.936.45 mcte.).*
4. *Crédito con el Banco de Occidente: obligación adscrita a las siguientes tarjetas de crédito: i) La primera N° 489925-*-*9-536 pagando una cuota mensual promedio de CIENTO SETENTA MIL PESOS (\$170.000 mcte.) y ii) La segunda N° 540625-*-*5-018 pagando una cuota mensual promedio de CIENTO SETENTA MIL PESOS (\$170.000 mcte.).*

Que adicionalmente la demandante asumió la responsabilidad de pagar mensualmente la pensión de sus dos menores sobrinos ANDRES Y VALERIA SANCHEZ JIMENEZ en el Colegio los Ángeles; que para el mes de noviembre pago las sumas de DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL PESOS y DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL PESOS y que para el mes de diciembre pago por concepto de pensión las sumas de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS PESOS y CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS PESOS respectivamente, asumiendo también los gastos de alimentación, transporte útiles escolares, vestido, libros, etc., de los menores.

Que es propietaria del inmueble ubicado en la calle 76A N° 2-71 Mz M Lo 17, del cual debió cancelar el impuesto predial unificado por la suma de DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL PESOS (2.794.000 mcte.), dinero que tuvo que pedir prestado para que no le embargaran su hogar, "debido a que con el salario que obtenía como asesora de control interno iba a pagar su obligación".

Que la demandante al no poder cumplir con las obligaciones crediticias ya citadas producto de la declaratoria de insubsistencia, ha padecido un perjuicio moral reflejado en sentimientos de tristeza, desesperación y angustia constante al no tener dinero para cumplir con el pago de los créditos y con el temor que le embarguen su casa.

Que la Ley 87 de 1993, modificada parcialmente por la Ley 1474 de 2011, establece que el Jefe de la Oficina de Control Interno será designado por un periodo fijo de cuatro años en la mitad del respectivo período del Alcalde o Gobernador; que para el caso bajo estudio, la mitad del periodo de la administración de Tunja inició el 01 de enero de 2012, razón por la cual vencía el 31 de diciembre del año 2015 y que



por tanto para la declaratoria de insubsistencia (7 de noviembre del año 2012) no había transcurrido aun la mitad del periodo de dicha administración.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

La parte demandante considera que se han vulnerado los artículos 267 al 274 de la Constitución Política; artículos 1, 5, 9, 11 de la Ley 87 de 1993; artículos 27 y 29 de la Ley 489 de 1998; artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 186 de la Ley 136 de 1994.

Argumenta que el acto administrativo acusado fue expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, porque se transgredió el **artículo 269 de la Constitución Política** que obliga a las entidades públicas a cumplir la Ley que sobre *Control Interno* desarrolle el legislador, como la Ley 87 de 1993, modificada parcialmente por la Ley 1474 de 2011, normas que señalaron el periodo fijo que tienen los *Asesores de Control Interno* y que no tuvo en cuenta la Contraloría Municipal de Tunja cuando declaró insubsistente a la demandante.

Señala que también se vulneró la **Ley 87 de 1993**, al desconocer que el *Jefe de la Oficina Asesora de Control Interno*, fue creado para todas las autoridades de control y como tal, su periodo era fijo, por lo cual la accionante no podía ser declarada insubsistente antes de que llegara la mitad del periodo de la actual administración como lo establece la Ley.

Después de citar los **artículos 5º, 9º, 10º y 11º de la Ley 87 de 1993**, señala que estas normas ordenan a todas las entidades del Estado a designar un *Asesor de Control Interno* y que no es correcto seguir la línea interpretativa de la Contraloría en entender que la reforma de la Ley 1474 de 2011, no le es aplicable, pues ello generaría que en la ley no hubiese competencia para nombrar al Asesor de Control Interno, desconociendo el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que le da esa facultad al representante legal de la entidad.

Indica que el **artículo 29 de la Ley 489 de 1998**, señala que la norma es aplicable a todas las *entidades autónomas y territoriales*, y que por tanto debe entenderse frente a los efectos que sobre el sistema se apliquen que la temporalidad del cargo de libre nombramiento como el de Asesor de Control Interno y por tanto la



demandante debió permanecer en el cargo hasta el 31 de diciembre de 2013, por ser este un cargo de periodo fijo y por tanto el acto de insubsistencia es contrario a la ley y debe declararse su nulidad.

Señala que la **Ley 1474 de 2011**, comúnmente llamada *Ley anti corrupción*, por la cual se modificaran varias leyes marco, como la disciplinaria, de contratación estatal y control interno, es una norma de carácter general que se aplica a *"todas las entidades estatales"* incluida la Contraloría Municipal de Tunja, razón por la cual no puede excusarse argumentando que esa ley solo es aplicable a la Rama Ejecutiva.

Refiere que aunque el cargo de Asesor de Control Interno se enmarca como de libre nombramiento, no se configura el segundo aspecto de libre *remoción*, porque el inciso segundo de la Ley 1474 de 2011, establece un periodo fijo de cuatro años y en consecuencia la libre remoción se da después de cumplir el periodo que establece la ley, razón por la cual no podía la Contraloría Municipal de Tunja dentro de su facultad discrecional declarar insubsistente a la demandante cuando no había culminado su periodo que terminaba el 31 de diciembre de 2013.

Aduce que la entidad demandada también vulneró la **Ley 136 de 1994**, que impone la obligación a las Contralorías Municipales de implementar una adecuada organización del sistema de control interno en su entidad.

Invoca como causal de nulidad del acto acusado la denominada **"FALSA MOTIVACIÓN"**; la cual sustenta en el hecho que si bien los actos administrativos mediante los cuales se declara insubsistente a un empleado de libre nombramiento y remoción *no se motivan*, si se debe indicar la normatividad que invoca el nominador para tomar esa decisión.

Agrega que el Contralor Municipal de Tunja, motivó el acto administrativo demandado en normas como la Ley 42 de 1993, que nada tiene que ver con las facultades del Contralor para declarar la insubsistencia de la demandante; en la Ley 443 de 1998, que fue derogada en el año 2004 por la Ley 909 y en el Decreto 2400 de 1968, derogado por el Decreto Nacional 1222 de 1993, norma que no da claridad frente a la competencia que señala tener el contralor, configurándose de esta forma una falsa motivación en el acto administrativo acusado.



Finalmente indica que la decisión de declaratoria de insubsistencia de la accionante se fundamentó en unos conceptos del Departamento de la Función Pública, que no son vinculantes según el Decreto 01 de 1984 y que por tanto no pueden ser usados como sustento jurídico.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA:

- ***De la CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA:***

Dentro del término legal establecido el apoderado de la entidad demandada, contesta la demanda manifestando su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos (fls.172-187):

Indica que el acto administrativo demandado fue expedido de conformidad con las normas aplicables al caso concreto y con las garantías constitucionales en observancia del debido proceso y el derecho de defensa de la actora.

Señala que el Contralor Municipal de Tunja expidió el acto administrativo demandado con plena observancia de los requisitos legales y sin desconocer lo señalado en la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción, ya que las Contralorías no pertenecen a la Rama Ejecutiva del orden territorial, como equivocadamente lo interpreta la parte actora.

Manifiesta que el cargo de Asesor de Control Interno es un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto el nominador goza de la facultad discrecional para remover del cargo a quien funge en él.

Refiere que el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, que señala un periodo fijo de cuatro años para la designación del Jefe de la Unidad de la Oficina de Control, “...no es aplicable a la Contraloría Municipal de Tunja” (fl.178), tal y como lo ha señalado en algunos conceptos y pronunciamientos el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Afirma que se encuentra probado dentro del expediente que el cargo que ostentaba la demandante era de libre nombramiento y remoción, y por tanto para estos



empleos conforme lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, el nominador en virtud a la facultad discrecional que le asiste “no requiere motivar el acto de insubsistencia”, razón por la cual le corresponde a la parte actora demostrar los presuntos vicios de legalidad del acto demandado.

Aduce que para este tipo de empleos la facultad discrecional del nominador es más amplia porque son empleados de confianza y por lo mismo goza de la facultad para conformar su equipo de trabajo, razón por la cual le corresponde a la parte no solo indicar la presunta ilegalidad que contiene el acto acusado sino que debe probar que con su retiro se desmejoró el servicio.

Sustenta que en el caso bajo estudio con la declaratoria de insubsistencia de la demandante “no se desmejoró el servicio”, por cuanto mediante la Resolución No. 159 del 21 de noviembre de 2012, se nombró en el cargo de Jefe Oficina Asesora de Control Interno a la doctora ELSA MARINA BRICEÑO PINZÓN, quien cumplía con los requisitos exigidos señalados en el Manual de Funciones de la Contraloría, y tenía un mejor perfil y experiencia laboral que la demandante.

Señala que la parte actora no solicitó la nulidad del acto administrativo mediante el cual se nombró a la señora ELSA MARINA BRICEÑO PINZÓN, lo cual no permitiría que ejerciera su derecho de defensa y debido proceso, en caso de verse afectada por la resolución del proceso en estudio.

Manifiesta que frente a la causal de *FALSA MOTIVACIÓN*, conforme lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta se presenta cuando los hechos de la decisión no existieron o cuando no concuerda la realidad fáctica con la analizada por la administración y que los argumentos subjetivos que aduce la parte demandante no configuran dicha causal.

• **Del MUNICIPIO DE TUNJA:**

Dentro del término procesal correspondiente, la apoderada de la entidad demandada, presentó contestación de la demanda (fls.378-390), en la que señala que el Municipio de Tunja no tiene injerencia en lo deprecado por la accionante sin embargo en caso de interpretación diferente indica que se opone a las solicitudes declarativas y de condena elevadas como quiera que la entidad territorial no está



legitimada para soportarlas, teniendo en cuenta que el acto administrativo objeto de demanda fue proferido por la Contraloría Municipal.

Indica que respeto de las normas violadas y el concepto de violación el Municipio de Tunja no vulneró ninguna disposición de orden constitucional y legal, ya que por el contrario se ha actuado conforme a la legislación nacional sobre la materia.

Sustenta que el tipo de nombramiento que le permitió a la actora tener vinculación con la Contraloría Municipal es de Libre Nombramiento y Remoción, el cual conforme a la jurisprudencia de las antas Cortes, no le otorga estabilidad alguna en el empleo, como quiera que su provisión obedece a motivos de confianza, y por tanto debe estar dispuesto a que en cualquier momento el nominador lo desvincule para dar paso a designar a otra persona.

Señala que el cargo de Asesor de Control Interno de Gestión, por regla general es de *libre nombramiento y remoción* y por tanto es el nominador quien tiene la facultad discrecional de vincular y retirar del servicio a quien ocupe tal cargo aunado a que conforme con lo establecido en el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, las contralorías municipales como entidades de control, *“no están obligadas a designar a este funcionario por un periodo fijo de cuatro años, porque su aplicabilidad corresponde a las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial.”* (fl.382).

Indica respecto al artículo 267.4 de la Constitución Política, el artículo 66 de la Ley 42 de 1993 y los artículos 154 y 155 de la Ley 136 de 1994, que las Contralorías son instituciones de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal, lo cual implica la facultad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hacen parte y ordenar el presupuesto que se le asigne, sin que ello quiera decir que gozan de personería jurídica.

Señala que el municipio de Tunja atendiendo la naturaleza de la Contraloría Municipal, no está legitimado para soportar las pretensiones exigidas por la demandante, ya que la vinculación en el proceso se genera debido a que las contralorías son entidades públicas que no cuentan con personería jurídica, sino que aquellas del orden municipal y departamental se encuentran adscritas a la entidad territorial, ya sea el Departamento o Municipio así como lo establece el artículo 39 de la Ley 489 de 1998.



Finalmente como excepciones propone las que denomina:

➤ **“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DEL MUNICIPIO DE TUNJA”**; sustenta que en el presente asunto se debe analizar la *legitimación material en la causa*, que permite dilucidar adecuadamente la vinculación y responsabilidad jurídica del Municipio de Tunja, respecto de las pretensiones invocadas y que resulta obvio que no tuvo ningún tipo de injerencia, en la producción de la situación fáctica que genera la reclamación de la parte demandante, atendiendo a que la declaratoria de insubsistencia fue proferida por el Contralor Municipal de Tunja, quien conforme a la ley es el funcionario competente para proferir esa clase de actos administrativos.

Agrega que debe aplicarse lo dispuesto en el inciso final del artículo 159 del CPACA, que establece una excepción en el caso de las contralorías y las personerías, ya que estas entidades sin tener personería jurídica se les facultó de manera exclusiva para que ejerzan su representación judicial y acudan al proceso de manera independiente, esto es, sin que deban hacerlo acompañadas por el ente territorial al cual pertenecen. Que no obstante, la demanda debe interponerse en contra de la Alcaldía Mayor de Tunja - Contraloría Municipal, por ser esta la entidad con personería jurídica a la que se encuentra adscrita la Contraloría, pero no por ello la Alcaldía debe comparecer en el proceso, pues la representación y defensa judicial recae en cabeza del Contralor.

➤ **“INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO”**; señala que la Contraloría Municipal como órgano de control, no tiene la obligación legal de dar aplicación a lo contemplado en la Ley 1474 de 2011, porque es clara la voluntad del legislador al establecer que son las entidades de la Rama Ejecutiva del Nivel Central y Territorial, las que deben aplicar el periodo de cuatro años para los Jefes de la Oficina Interna de Control.

➤ **“COBRO DE LO NO DEBIDO”**; indica que no le asiste razón a la parte demandante para reclamar derecho alguno en el *sub lite* y que el Municipio de Tunja ha obrado conforme a los preceptos constitucionales y legales y por tanto no hay cabida para que prosperen las pretensiones invocadas porque carecen de fundamento legal.



III. ACTUACION PROCESAL:

3.1 Audiencia Inicial: Admitida la demanda por este Juzgado mediante proveído del 06 de febrero de 2014¹ y notificadas las partes², el MUNICIPIO DE TUNJA y la CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA contestaron la demanda dentro del término legal³; una vez corrido el correspondiente traslado de las excepciones⁴, mediante proveído del 15 de octubre de 2015, se fijó fecha para audiencia inicial⁵ la cual se realizó el 18 de noviembre de 2015, sin embargo fue aplazada por solicitud del apoderado de la parte actora y reprogramada para el 03 de febrero de 2016⁶, fecha en la cual se continuó con la audiencia inicial desarrollándose la misma en los términos del artículo 180 del C.P.A.C.A, culminando con la fijación de fecha para la audiencia de pruebas⁷.

3.2 Audiencia de Pruebas: el 18 de abril de 2016, se realizó la audiencia de pruebas sin embargo fue aplazada por solicitud de la apoderada de la parte demandada Contraloría Municipal de Tunja y reprogramada para el 08 de julio de 2016⁸, fecha en la cual se continuó con la audiencia, no obstante, fue suspendida hasta tanto la demandante designara apoderado judicial que representara sus intereses⁹. Por auto del 29 de septiembre de 2016, se fijó fecha para continuar con la audiencia de pruebas¹⁰, la cual se realizó el 04 de noviembre de 2016, incorporándose las documentales arrimadas y se aceptó la solicitud de desistimiento de prueba testimonial presentada por el apoderado de la Contraloría Municipal de Tunja¹¹; el 23 de noviembre de 2016, se continuó con la audiencia de pruebas incorporándose las documentales arrimadas y suspendiéndose la misma para el día 03 de febrero de 2017¹²; fecha en la cual se continuó con la audiencia incorporándose las documentales arrimadas y suspendiéndose para el día 27 de marzo de 2017¹³; fecha en la cual se continuó con la audiencia de pruebas incorporándose la documental que se encontraba pendiente de recaudar y sin más pruebas por practicar se dispuso

¹Folios 151 y 152 vto.

²Folios 156 - 158.

³Folios 172 - 187 y 378 - 390.

⁴Folios 422.

⁵Folios 429 y vto.

⁶Folios 433 - 434.

⁷Folios 462 - 467.

⁸Folios 526 - 528.

⁹Folios 530, 531 y 546.

¹⁰Folios 570 y vto.

¹¹Folios 582-585.

¹²Folios 607-611.

¹³Folios 647-649.



que era innecesario fijar fecha para la celebración de audiencia de alegatos y juzgamiento, y se corrió traslado a las partes para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión¹⁴.

IV. ALEGATOS:

- *De la parte demandante (fls.665 a 671):*

Dentro del término legal la apoderada de la parte actora presenta alegatos de conclusión en los que reitera los argumentos expuestos en el escrito de demanda, insistiendo en que las disposiciones de la Ley 87 de 1993, son aplicables de manera homogénea a *los órganos de control*, por tanto pensar que la norma escapa a la órbita de la Contraloría Municipal de Tunja, conlleva a desconocer postulados de legalidad impuestos por la constitución y la ley.

Sustenta que es errada la posición de la Contraloría municipal de Tunja, al considerar que la Ley 1474 de 2011, solo es aplicable a las entidades de la rama ejecutiva, cuando la ley debe entenderse en su *máxima expresión*, es decir, que dicha disposición se aplica como lo señala el artículo 5 de la Ley 87 de 1993, "*a todos los órganos allí descritos, entre ellos los ORGANISMOS DE CONTROL*".

Indica que el cargo de Asesor de Control Interno es un cargo de libre nombramiento pero no de libre remoción, porque la Ley 1474 de 2011, estableció un periodo fijo de cuatro años para el funcionario designado.

Manifiesta que el Contralor Municipal de Tunja, al proferir el acto administrativo que declaró insubsistente a la demandante, no justificó su decisión en aspecto legal alguno, sino que lo profirió conforme al principio de autonomía y confianza que para el caso bajo estudio no es de recibo.

- *De la parte demandada Municipio de Tunja (fls.660-664):*

Dentro del término legal la apoderada del MUNICIPIO DE TUNJA presenta alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la

¹⁴Folios 656-658.



demanda, y agrega que el cargo de Asesor de Control Interno de Gestión, por regla general es de libre nombramiento y remoción y por tanto su vinculación y retiro del servicio de encuentra bajo la potestad discrecional del nominador, en decir del Contralor de Tunja, aunado a que conforme lo establece el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, las Contralorías municipales, como entidades de control no están obligadas a designar a este funcionario por un periodo fijo de cuatro años, porque su aplicabilidad corresponde a las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial.

Finalmente solicita se denieguen las pretensiones de la demanda y en su lugar se declaren probadas la excepciones propuestas por el Municipio de Tunja.

- *De la parte demandada CONTRALORÍA MUNICIPAL DE TUNJA (fls.672 a 686):*

Dentro de la oportunidad legal, la apoderada de la CONTRALORÍA MUNICIPAL DE TUNJA reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y agrega que el acto administrativo demandado fue expedido sin transgredir ninguna norma superior, circunstancia que no ha sido desvirtuada legal ni probatoriamente en este proceso por la parte actora, conservando así su presunción de legalidad.

Señala que es evidente que la Ley 1474 de 2014, no es aplicable a la Contraloría Municipal de Tunja, ya que dicho ente no hace parte de la rama ejecutiva, para lo cual hace referencia al artículo 38 de la Ley 489 de 1998, que establece la integración de la rama ejecutiva, sin que mencione a las contralorías municipales.

Indica también que junto a las ramas del poder encontramos unos organismos autónomos e independientes de la nación y que la Contraloría se ha catalogado como uno de esos órganos de control del Estado.

Realiza un estudio sobre la evolución histórica, las funciones y generalidades de la Contraloría, con el fin de esclarecer y dar a entender que dicha entidad no pertenece a la rama ejecutiva, por lo cual no puede señalarse que exista una vulneración a la Ley 1474 de 2011.



Afirma que con la expedición del acto administrativo demandado se buscó mejorar el servicio de la entidad, y que no se probó que con posterioridad a la desvinculación de la actora, se hubiese desmejorado el servicio, por el contrario la persona que llegó a ocupar el cargo tenía un perfil profesional más idóneo.

Manifiesta que no resulta éticamente aceptables las pretensiones que hace la parte actora dentro del presente medio de control, referentes al pago de deudas crediticias que a motu proprio adquirió, así como el pago de la pensión de sus sobrinos cuando ni siquiera está probado que tuviera la custodia de los mismos, razón por la cual solicita *“que se imponga la condena de costas a la parte actora”* (fl.686).

Con fundamento en lo anterior solicita se denieguen todas y cada una de las pretensiones y se condene en costas a la parte demandante.

- **Ministerio Público:** no emitió concepto.

V. ANÁLISIS PROBATORIO:

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

1. Copia auténtica de la **Resolución No. 173 de 2011** *“Por medio del cual se hace un nombramiento”*, a la demandante en el cargo de Asesor de Control Interno código 105 grado 01 de libre nombramiento y remoción, con efectos fiscales a partir del 30 de diciembre de 2011 (fl.21).
2. Copia auténtica del Acta de posesión del **30 de diciembre de 2011**, en el cargo de Asesor de Control Interno suscrita por la demandante (fls.22 y 188).
3. Copia auténtica de la **Resolución No. 138 del 07 de noviembre de 2012** *“Por medio del cual se declara la insubsistencia de un empleado de Libre Nombramiento”*



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Rad: 150013333014-2013-00192-00
 Sentencia

- y *Remoción*", proferida por el Contralor Municipal de Tunja, que declaró insubsistente a la demandante como Asesora de Control Interno código 105 grado 01 (fl.23).
4. Copia auténtica del **Oficio No. O.A 1578 del 07 de noviembre de 2012**, por medio del cual se comunica el acto administrativo que declara insubsistente a la demandante (fl.24).
 5. Copia auténtica de la **Resolución No. 159 del 21 de noviembre de 2012**, por medio del cual se nombra con carácter de "*ORDINARIO*" a la señora ELSA MARINA BRICEÑO PINZÓN, en el cargo de Asesor de Control Interno código 105 grado 01 de la Contraloría Municipal de Tunja y Acta de posesión de la misma fecha (fls.25 y 26).
 6. Certificación proferida por la Cooperativa de Servicios Públicos y Jubilados de Colombia - COOPSERP de fecha 25 de octubre de 2012, en la que se indican los créditos que tenía la demandante con esa entidad financiera (fl.27).
 7. Certificaciones proferidas por el Banco Davivienda de fecha 20 de octubre de 2012, en las que se indica el estado de cuenta y créditos de la accionante (fl.28).
 8. Extracto de tarjeta de cuenta y comprobante de pago de cuenta No. xxxxxxxxxxxx 5044 del Banco Falabella de fecha 19 de diciembre de 2012 (fls.29-30).
 9. Estados de cuenta tarjeta No. 489925*****9-536 del Banco de Occidente de fechas 14 de diciembre de 2012 y 15 de enero de 2013 (fls.31 y32).
 10. Copia auténtica del recibo de pago del impuesto predial unificado del inmueble de propiedad de la demandante ubicado en la calle 76 A No. 2-71 Mz M Lo 17 (fl.33).
 11. Copia auténtica del derecho de petición elevado por la accionante a través de apoderado judicial y dirigido al Contralor Municipal de Tunja, con radicado 0169 del 18 de febrero de 2013, mediante el cual se solicita la expedición de copias auténticas (fls.34 y 35).
 12. Copia auténtica del **Acuerdo Municipal No. 0025 del 05 de diciembre de 2011**, "*Por el cual se organiza la Contraloría Municipal de Tunja, se determinan las funciones por dependencias, se determina la planta de personal con código y*



grado, se fijan los principios generales inherentes a su organización y funcionamiento, se establece el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales de los empleados de la planta de personal y se dictan otras disposiciones" (fls.37-109).

13. Copia de la Hoja de vida de la demandante MAGDA YOLIMA SÁNCHEZ VALCARCEL, con perfil profesional de ingeniera de sistemas y especialista en Gobierno y Gerencia Territorial (fls.189-221 y 291-324).
14. Acta de posesión y Copia de la Hoja de vida de la señora ELSA MARINA BRICEÑO PINZON (quien fue nombrada en el cargo que ostentaba la demandante) con perfil profesional de abogada (fls.222-261 y 325-364).
15. Memorial del 16 de septiembre de 2016, suscrito por la rectora del Colegio de los Ángeles, con el que se adjuntan documentos en los que se relacionan de manera mensual el pago de las obligaciones respecto de los menores Valeria Sánchez Jiménez y Andrés Sánchez Jiménez, desde el mes de noviembre del 2012 a la fecha. (fl.559-569).
16. Oficio del 26 de septiembre de 2016, proferido por el Banco Falabella mediante el cual se relacionan los pagos de la obligación suscrita por la señora MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL desde el mes de noviembre de 2012 a septiembre de 2016, en la tarjeta No. ****.*7836 (fls.573-576).
17. Memorial del 11 de noviembre de 2016, suscrito por el Representante Legal en Asuntos Jurídicos de COOPSE, mediante el cual se adjunta Estudio de Cuenta de las obligaciones suscritas por la señora MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL, desde el mes de febrero de 2012 a diciembre de 2012 (fls.590 a 594).
18. Memorial del 11 de noviembre de 2016, suscrito por el Director de Servicios Agencia del BANCO DE OCCIDENTE, con el cual se adjunta certificación de pagos efectuados por la señora MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL, desde el mes de noviembre de 2012 al mes enero de 2013 (fls.598 a 602).
19. Memorial el 22 de noviembre de 2016, suscrito por el Director de Servicios Agencia del BANCO DE OCCIDENTE, con el que se adjunta certificación de pagos efectuados por la señora MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL, para el año 2013 (fls.612).



20. Oficio del 09 de diciembre de 2016, suscrito por la Rectora del Colegio los Ángeles, mediante el cual certifica que el contrato de matrícula, de los estudiantes VALERIA SANCHEZ JIMENEZ matriculada entre el año 2010 al 2014 y ANDRES SANCHEZ JIMENEZ quien continua matriculado fue firmado por el padre de los menores quien es el obligado a asumir dichos gastos (fl.618-621).
21. Oficio del 23 de diciembre de 2017, proferido por el BANCO DAVIVIENDA, mediante el cual informa, que la señora MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL, es titular de la cuenta N° 6117176000170261 la cual se encuentra cancelada desde el 31 de diciembre de 2008 y la cuenta N° 5917176000557024 cancelada el 08 de mayo de 2015 (fls.625 a 632).
22. Oficio del 03 de marzo de 2017, proferido por el Banco Davivienda, mediante el cual remite en medio magnético CD con el histórico de pagos de las obligaciones suscritas por la señora MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL identificada con C.c. No. 24.179.131 en las cuentas No.6117176000170261 y No.5917176000557024 (fl.653-655).

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

1. PROBLEMA JURIDICO:

En audiencia inicial se fijó el problema jurídico a resolver en los siguientes términos (fls.462 a 467):

¿Si hay lugar a la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 138 del 07 de noviembre de 2012, mediante la cual el Contralor Municipal de Tunja, declara insubsistente a la demandante en el cargo que venía desempeñando como Asesora de Control Interno código 105, grado 01?. En caso afirmativo establecer ¿si tiene derecho la accionante al reintegro al cargo que venía desempeñando como Asesora de Control Interno, así como el pago de los daños materiales y morales reclamados?

2. TESIS:

De acuerdo con lo expuesto, analizada la demanda, su contestación y las alegaciones finales, el Despacho advierte que los argumentos relevantes de las partes, se concretarán en las siguientes:



- **Tesis argumentativa propuesta por la parte demandante:**

Solicita se declare la **nulidad** de la **Resolución No. 138 del 7 de noviembre del 2012**, proferida por el Contralor Municipal de Tunja, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el cargo de libre nombramiento y remoción como **Asesora de Control Interno** porque considera que el acto administrativo demandado fue proferido con **infracción de las normas en que debería fundarse** porque considera que si bien el cargo de Asesor de Control Interno se enmarca como de libre nombramiento, no se configura el segundo aspecto de libre remoción, atendiendo a que el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, establece que el Jefe de la Oficina de Control Interno será designado por un periodo fijo de cuatro años y en consecuencia la libre remoción se da después de cumplir el periodo que establece la ley, razón por la cual no podía el Contralor Municipal de Tunja, dentro de su facultad discrecional declarar insubsistente a la demandante cuando no había culminado su periodo que terminaba el 31 de diciembre de 2013

Adicionalmente, argumenta que se configura la causal de nulidad de **falsa motivación** porque el Contralor Municipal de Tunja motivó el acto administrativo acusado en normas que nada tienen que ver con las facultades y competencias del Contralor para declarar insubsistente a la demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicita ordenar a la CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA a reintegrar a la demandante en el cargo de Asesora de Control Interno, y reconocer la indemnización por los perjuicios causados con la decisión administrativa proferida, mediante el pago de salarios, primas, aumentos de sueldo, liquidación de prestaciones sociales, el pago de las cuotas mensuales que dejó de pagar por los créditos adquiridos con la Cooperativa COOPSER, Banco Davivienda, Banco de occidente, Banco Falabella y las mensualidades de la pensión en el colegio los Ángeles de sus sobrinos y así mismo la suma de \$2.794.000 mcte., por concepto de impuesto predial unificado, reconocimiento que debe hacerse desde el día de su retiro y hasta aquel en que efectivamente se le reintegre al servicio, por lo que se entenderá que no ha habido solución de continuidad en el mismo. Así mismo solicita el reconocimiento de perjuicios morales por la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- **Tesis argumentativa propuesta por la parte demandada CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA:**

Se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda al considerar que el Contralor Municipal de Tunja expidió el acto administrativo demandado con plena observancia de los requisitos legales y sin desconocer lo señalado en la Ley 1474 de 2011, por cuanto las Contralorías municipales, como entidades de control no están obligadas a designar al Asesor de Control Interno por un periodo fijo de cuatro años, porque su aplicabilidad corresponde a las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial.

Manifiesta que el cargo que desempeñó la demandante como Asesor de Control Interno es un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto para estos empleos conforme lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, el nominador en virtud a la facultad discrecional que le asiste "no requiere motivar el acto de insubsistencia", razón por la cual le corresponde a la parte actora no solo indicar la presunta ilegalidad que contiene el acto acusado sino que debe probar que con su retiro se desmejoró el servicio.

Sustenta que con la declaratoria de insubsistencia de la demandante "no se desmejoró el servicio", porque la persona que fue nombrada en su reemplazo tenía un mejor perfil y experiencia laboral y finalmente señala que frente a la causal de **falsa motivación**, conforme lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta se presenta cuando los hechos de la decisión no existieron o cuando no concuerda la realidad fáctica con la analizada por la administración y que los argumentos subjetivos que aduce la parte demandante no configuran dicha causal.



- **Tesis argumentativa propuesta por la parte demandada MUNICIPIO DE TUNJA:**

Señala que el Municipio de Tunja no tiene injerencia en lo deprecado por la accionante sin embargo en caso de interpretación diferente indica que se opone a las solicitudes declarativas y de condena elevadas como quiera que la entidad territorial no está legitimada para soportarlas, teniendo en cuenta que el acto administrativo objeto de demanda fue proferido por la Contraloría Municipal; que respeto de las normas violadas y el concepto de violación el Municipio de Tunja no vulneró ninguna disposición de orden constitucional y legal, ya que por el contrario se ha actuado conforme a la legislación nacional sobre la materia.

Señala que el cargo de Asesor de Control Interno de Gestión, por regla general es de libre nombramiento y remoción y por tanto es el nominador quien tiene la facultad discrecional de vincular y retirar del servicio a quien ocupe tal cargo aunado a que conforme con lo establecido en el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, las contralorías municipales como entidades de control, “no están obligadas a designar a este funcionario por un periodo fijo de cuatro años, porque su aplicabilidad corresponde a las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial.”.

Propone como excepciones propone las que denomina: “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DEL MUNICIPIO DE TUNJA” la cual sustenta en que la declaratoria de insubsistencia fue proferida por el Contralor Municipal de Tunja, quien conforme a la ley es el funcionario competente para proferir esa clase de actos administrativos; “INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO” bajo la cual señala que la Contraloría Municipal como órgano de control, no tiene la obligación legal de dar aplicación a lo contemplado en la Ley 1474 de 2011, porque es clara la voluntad del legislador al establecer que son las entidades de la Rama Ejecutiva del Nivel Central y Territorial, las que deben aplicar el periodo de cuatro años para los Jefes de la Oficina Interna de Control; “COBRO DE LO NO DEBIDO” porque no le asiste razón a la demandante para reclamar derecho alguno en el sub lite.

- **Tesis argumentativa propuesta por el Despacho:**

El juzgado denegará las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la demandante no logró probar los cargos de nulidad aducidos en contra del acto administrativo demandado Resolución No. 138 del 7 de noviembre del 2012, mediante la cual el Contralor Municipal de Tunja, declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de libre nombramiento y remoción que venía desempeñando como Asesora de Control Interno y en estas condiciones deberá mantenerse incólume la presunción de legalidad de la cual goza dicho acto.

Lo anterior, con fundamento principalmente en que el periodo fijo de cuatro años que establece el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, para designar al responsable del control interno en las entidades y organismos estatales, no se puede aplicar a las entidades u organismos del Estado que no pertenezcan a la rama ejecutiva del poder público como es el caso de las contralorías municipales, por expreso mandato del artículo 272 de la Constitución Política.

En consecuencia, en el sub lite contrario a lo señalado por la demandante el cargo de Asesor de Control Interno se enmarca bajo los dos supuestos como de libre nombramiento y de libre remoción, porque el periodo fijo de cuatro años que establece en el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, no resulta aplicable para la designación del cargo que desempeñó la demandante como Asesora de Control Interno de la Contraloría municipal de Tunja, atendiendo a que dicha norma reglamenta lo referente a los servidores públicos que se desempeñan en las oficinas de control interno de las entidades pertenecientes a la rama ejecutiva, dentro de las cuales no se encuentran las contralorías municipales.

Adicionalmente, debe precisarse que de una simple lectura desprevénida de la Resolución No. 173 de 2011, por medio de la cual el Contralor Municipal de Tunja, nombra a la actora en el cargo de Asesora de Control Interno código 105 grado 01 (fl.21), se advierte sin ninguna duda que dicho nombramiento



fue de libre nombramiento y de libre remoción, donde la “y” que existe entre libre nombramiento y remoción es una conjunción copulativa¹⁵ que ratifica que dicho nombramiento es adicionalmente de libre remoción. En consecuencia se desvirtúan los argumentos que sustentan la causal de nulidad alegada de infracción de las normas en que debería fundarse el acto acusado.

De otra parte, frente al cargo de nulidad de falsa motivación, debe señalarse que como quiera que se encuentra acreditado que el cargo que desempeñó la demandante como Asesora de Control Interno era un cargo de libre nombramiento y remoción, dicha circunstancia conlleva a que el acto de insubsistencia no requiera de una motivación expresa. Sin embargo se presume que el acto está fundamentado en el mejoramiento del servicio y el interés general, y por tanto le corresponde a quien demanda desvirtuar tal presunción. Ahora, en el caso concreto no se demostró que la desvinculación de la actora buscara otros fines diferentes a la mejora en la prestación del servicio, por el contrario se encuentra probado que la persona que asumió posteriormente las funciones que desempeñó la demandante en el cargo de Asesor de Control Interno, cumplía con los requisitos mínimos para ocupar el cargo.

Así las cosas, en el sub examine no se observa que con la expedición del acto acusado se haya incurrido en la causal de falsa motivación, por el contrario se encuentra acreditado que el nominador obró en ejercicio de la facultad discrecional de la cual se encuentra investido, y en donde la ley no le exige la motivación del acto de retiro y en consecuencia tampoco se encuentra acreditado dicho cargo de nulidad.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL:

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho procederá, conforme a la siguiente motivación:

3.1 Naturaleza del cargo ocupado por la demandante.

3.2 De los empleos de libre nombramiento y remoción.

3.3 De la desvinculación en los cargos de libre nombramiento y remoción.

3.1. NATURALEZA DEL CARGO OCUPADO POR LA DEMANDANTE.

Por medio del Acuerdo Municipal No. 0025 del 05 de diciembre de 2011 (vigente para el momento en que fue proferido el acto administrativo demandado)¹⁶, proferido por el Concejo Municipal de Tunja, se suprimió y crearon los empleos en la Contraloría Municipal de Tunja, se adoptó su estructura y se estableció su planta de personal y escala salarial. Fue así que en virtud del artículo 9º, al establecer la

¹⁵ La conjunción y se suele utilizar para indicar adición, suma o coexistencia de varias entidades, características o acciones.

¹⁶ Por el cual se organiza la Contraloría Municipal de Tunja, se determinan las funciones por dependencias, se determina la planta de personal con código y grado, se fijan los principios generales inherentes a su organización y funcionamiento, se establece el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales de los empleados de la planta de personal y se dictan otras disposiciones” (fls.37-109).



estructura, se indicó que estaría conformada de la siguiente manera (fl.42):

“Artículo 9.- Estructura organizacional. La Contraloría de Tunja, tendrá una estructura organizacional de naturaleza plana y sencilla...”

1. Despacho del Contralor.
2. Auditoría Fiscal
3. Oficina de Control Interno
4. Oficina Administrativa
5. Oficina Jurídica

Así mismo, en el artículo 16 *ibídem* se señaló que para el cumplimiento de las funciones asignadas por la Constitución y la Ley, la Contraloría Municipal de Tunja tendría la siguiente planta de personal:

“(...)”

<i>NIVEL</i>	<i>DENOMINACIÓN</i>	<i>CODIGO</i>	<i>GRADO</i>
<i>Directivo</i>	<i>Contralor</i>	<i>010</i>	
<i>Asesor</i>	<i>Asesor Control Interno</i>	<i>105</i>	<i>01</i>
<i>Directivo</i>	<i>Auditor fiscal</i>	<i>006</i>	<i>01</i>
<i>Directivo</i>	<i>Jefe de Oficina Administrativa</i>	<i>035</i>	<i>01</i>
<i>Directivo</i>	<i>Jefe de Oficina Jurídica</i>	<i>035</i>	<i>02</i>
<i>Profesional</i>	<i>Tesorero General</i>	<i>201</i>	<i>01</i>
<i>Profesional</i>	<i>Profesional especializado</i>	<i>222</i>	<i>01</i>
<i>Técnico</i>	<i>Técnico Administrativo</i>	<i>367</i>	<i>05</i>
<i>Técnico</i>	<i>Técnico Administrativo</i>	<i>367</i>	<i>06</i>
<i>Asistencial</i>	<i>Secretaria Ejecutivo</i>	<i>425</i>	<i>02</i>
<i>Asistencial</i>	<i>Secretario</i>	<i>440</i>	<i>01</i>

(...)” (fl.45).

Ahora bien, la Ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”* estableció en su artículo 3º su campo de aplicación así:

“...ARTÍCULO 3º. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.

(...)”

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- Rama Judicial del Poder Público.*
- Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.*
- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.*

(...)”



Por su parte, el artículo 5º *ibídem* clasificó los empleos como de carrera administrativa, con las siguientes excepciones:

“...En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado. (...)”. (Negrilla fuera de texto).

Con fundamento en lo anterior el caso bajo estudio se analizará bajo los parámetros que cobijan al Jefe de Control Interno o quien haga sus veces como de **libre nombramiento y remoción**, aunado a que de la simple lectura gramatical de la parte considerativa de la **Resolución No. 173 de 2011**, por medio de la cual se nombró a la demandante MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL en el cargo de Asesora de Control Interno código 105 grado 01 (fl.21), se establece claramente que la naturaleza del cargo es de **libre nombramiento y remoción** y en esos términos fue nombrada; de hecho de acuerdo al acto administrativo demandado es evidente que era la encargada de la Oficina Asesora de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja y por tanto conforme con la norma anteriormente citada, dicho cargo se encuentra excluido del sistema de carrera, precisamente porque dicho cargo comporta un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades.

3.2 DE LOS EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN:

El Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, establece que la regla general es que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y establece las excepciones a la regla en: los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Veamos:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.



El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.

Por tanto, es desde la misma Carta Política, donde se plantean excepciones a la generalidad de la carrera administrativa, como *los empleos de libre nombramiento y remoción*, en los que se busca que los cargos de mayor trascendencia, esto es de dirección y manejo en una entidad, por la confianza que los mismos requieren con el nominador, puedan ser desempeñados por personas designadas por la mera liberalidad de este.

Sobre esta forma de vinculación al empleo público el Consejo de Estado, Sección Segunda con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve¹⁷ ha sostenido que:

“La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, advierte la Sala ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Así las cosas, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. En otras palabras, a juicio de la Sala es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 7 de julio de 2011. Expediente: 050012331000200601107 01 (0740-2010).



personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza (...)" (Resalta el Despacho).

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C-514 de 1994, MP. José Gregorio Hernández Galindo, sobre el particular indicó que:

"Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata." (Negrilla del Despacho).

Jurisprudencias transcritas que permiten colegir, que los cargos de libre nombramiento y remoción, son ejercidos por personas que por su alto grado de confianza con el nominador lo acompañan en su gestión, pues son de aquellos cargos de dirección, confianza y manejo, en los que se desempeñan funciones al interior de la administración, en las que se adoptan decisiones de gran trascendencia para el cumplimiento de la misión institucional. Por tanto, frente a tales cargos, el nominador cuenta con alguna liberalidad para la vinculación y retiro de las personas designadas en este tipo de cargos.

3.2 DE LA DESVINCULACIÓN DE LOS CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN:

Al respecto, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y párrafo 2º, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

"(...) ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y



remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado. (...)”.

Por tanto, así como la vinculación a dichos empleos implica cierta liberalidad por parte del nominador, la misma también se predica respecto de su retiro, el cual puede realizarse de forma discrecional, en tanto se presume que las decisiones que sobre el particular adopta el nominador, se hacen pensando en el buen servicio público.

Respecto a la forma de desvinculación de los empleados de libre nombramiento y remoción, el Consejo de Estado ha indicado que:

“El acto de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción es discrecional y debe ser adecuado a los fines de la norma que lo autoriza. Y si bien es cierto que tal potestad no es omnímoda, en forma tal que pueda llegar a convertirse en arbitrariedad, dicha facultad está amparada legalmente cuando se trata de una atribución cuya conveniencia y oportunidad, está enmarcada dentro de la racionalidad de la medida.

Cuando se ha otorgado a los nominadores la facultad discrecional para remover libremente a sus empleados, éstos gozan de un cierto margen de libertad, para decidir con qué funcionarios cumple mejor la administración los fines que se le han encomendado; por ello en el ejercicio de funciones públicas debe existir un entendimiento entre empleado y empleador; así cuando se rompe dicha armonía, por la inconformidad del funcionario respecto de la manera como entiende la salvaguarda de sus intereses, ya el buen servicio no puede cumplirse, pues no se da, como es obvio, la comunidad de fines e intereses.

Por ello, resulta razonable en aras del interés de la institución, al cual debe ceder el interés particular, que el nominador en ejercicio de su potestad discrecional pueda retirar del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo.”¹⁸ (Resalta el Despacho).

La permanencia o no en el cargo, va directamente ligada con el entendimiento y grado de confidencialidad que se dé con el nominador, a efectos de garantizar el cumplimiento de los fines e intereses de la entidad estatal. Sobre el particular, la misma Corporación en pronunciamiento de 31 de enero de 2008, indicó:

“En esas condiciones es de resaltar que la actora desempeñaba un cargo de confianza y manejo (Director Regional), que su vinculación se realizó bajo la modalidad de empleado de libre nombramiento y remoción, es decir que podía ser retirada del servicio sin motivar el acto de desvinculación.

Siendo el cargo que ocupaba la demandante de aquellos de confianza, dirección y manejo, la ley les ha dado el tratamiento especial de ser ejercidos sólo por aquellas personas llamadas por el nominador a acompañarlo en su gestión en razón del alto

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SECCION SEGUNDA. Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero. Sentencia veintidós (22) de marzo de dos mil siete (2007).



grado de confiabilidad que en ellas debe depositar. En consecuencia, resulta razonable que en aras del interés institucional, el nominador -en ejercicio de su potestad discrecional- pueda retirar del servicio a funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo de trabajo. Esa facultad discrecional para remover libremente a sus empleados otorgada a los nominadores implica un cierto margen de libertad, para decidir con qué funcionarios cumple mejor la administración los fines encomendados a la entidad a su cargo.

La situación laboral que regía a la demandante, no le otorgaba ningún fuero de estabilidad relativa, pues esta Corporación ha sostenido reiteradamente que cuando la administración decide declarar insubsistente a un servidor público de libre nombramiento y remoción, se presume que se realizó en procura del buen servicio público, conforme con la facultad discrecional del nominador para disponer de los cargos cuyos titulares no están amparados por algún fuero especial de inamovilidad.”¹⁹ (Negrilla del Despacho).

Así las cosas, el retiro del servicio de los empleados de libre nombramiento y remoción, obedecen a la facultad discrecional del nominador sin que para el ejercicio de esta facultad, deba mediar motivación alguna. No obstante, esta medida debe estar inspirada en razones de buen servicio, por lo que resulta procedente su expedición de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁰.

Acto Administrativo que se encuentra amparado bajo la figura de la presunción de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y “opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia”²¹.

El tratadista JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ, en su obra “Insubsistencia Laboral Reglada, discrecional y arbitraria”²², señaló *contrariamente a lo que vulgar o abusivamente se cree, la potestad discrecional no es abstracta, ni absoluta, ni ilimitada, ni indefinida, ni extrajurídica, ni caprichosa. Tampoco es lo que en épocas tenebrosas se conoció como el juicio secreto o de verdad sabida y buena fe guardada.* Precisó además, que la misma no se concibió para satisfacer caprichos individuales, pues es la forma de

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "B". Consejero Ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Sentencia de Treinta Y Uno (31) De Enero De Dos Mil Ocho (2008).

²⁰ Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1º de noviembre de 2007, Expediente No. 250002325000199902672 01 (4249-2004), Actora: Yolanda Teresa Gómez Fajardo, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante

²¹ DROMI, ROBERTO, Derecho Administrativo, 4ª edición, 1995, página 29.

²² VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. INSUBSISTENCIA LABORAL REGLADA, DISCRECIONAL Y ARBITRARIA.

Editorial LEGIS. 2001, pág. 30



expresión de la arbitrariedad, mientras que el poder discrecional se ejerce sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes.

Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado que:

“En un Estado de Derecho, la facultad de libre nombramiento y remoción no equivale a la arbitrariedad, pues el otorgamiento de facultades, por amplias que ellas sean para apreciar los hechos y tomar las decisiones más convenientes al bien común y concretamente al buen servicio, supone una subordinación de medio a fin; sin ésta el poder discrecional degeneraría en la arbitrariedad que es la total negación del Estado de Derecho”²³

4. CASO CONCRETO:

Descendiendo al caso bajo estudio observa el Despacho que la demandante pretende la nulidad de la **Resolución No. 138 del 7 de noviembre del 2012**, proferida por el Contralor Municipal de Tunja, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el cargo de libre nombramiento y remoción como **Asesora de Control Interno** y como consecuencia de ello el reintegro al cargo que venía desempeñando y el reconocimiento de la indemnización solicitada por concepto de daños materiales y morales, porque considera que el acto administrativo demandado fue proferido con **infracción de las normas en que debería fundarse y falsa motivación**.

Con **infracción de las normas en que debería fundarse** el acto acusado porque considera que si bien el cargo de Asesor de Control Interno se enmarca como de libre nombramiento, no se configura el segundo aspecto de libre *remoción*, atendiendo a que el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, establece que el Jefe de la Oficina de Control Interno será designado por un periodo fijo de cuatro años y en consecuencia la libre remoción se da después de cumplir el periodo que establece la ley, razón por la cual no podía el Contralor Municipal de Tunja, dentro de su facultad discrecional declarar insubsistente a la demandante cuando no había culminado su periodo que terminaba el 31 de diciembre de 2013. Adicionalmente, argumenta que se configura la causal de nulidad de **falsa motivación** porque el Contralor Municipal de Tunja motivó el acto administrativo acusado en normas que nada tienen que ver con las facultades y competencias del Contralor para declarar insubsistente a la demandante.

²³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda sentencia de 5 de mayo de 1972.



Por su parte, la apoderada de la entidad demandada **CONTRALORÍA MUNICIPAL DE TUNJA** se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda al considerar que el Contralor Municipal de Tunja, expidió el acto administrativo demandado con plena observancia de los requisitos legales y sin desconocer lo señalado en la Ley 1474 de 2011, por cuanto las Contralorías municipales, como entidades de control no están obligadas a designar al Asesor de Control Interno por un periodo fijo de cuatro años, porque su aplicabilidad corresponde a las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial. Así mismo señala que el cargo que desempeñó la actora es un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto el nominador en virtud a la facultad discrecional que le asiste “no requiere motivar el acto de insubsistencia”. Finalmente señala que los argumentos subjetivos que aduce la parte demandante no configuran la causal de falsa motivación.

Así mismo, la apoderada del **MUNICIPIO DE TUNJA** sustenta que esta entidad no tiene injerencia en lo deprecado por la accionante sin embargo en caso de interpretación diferente indica que se opone a las pretensiones elevadas como quiera que la entidad territorial no está legitimada para soportarlas, teniendo en cuenta que el acto administrativo objeto de demanda fue proferido por la Contraloría Municipal; que el Municipio de Tunja no vulneró ninguna disposición de orden constitucional y legal, ya que por el contrario se ha actuado conforme a la legislación nacional sobre la materia. Así mismo indica que el cargo de Asesor de Control Interno de Gestión, es de libre nombramiento y remoción y por tanto es el nominador quien tiene la facultad discrecional de vincular y retirar del servicio a quien ocupe tal cargo, aunado a que conforme lo establece el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, las contralorías municipales como entidades de control, “no están obligadas a designar a este funcionario por un periodo fijo de cuatro años, porque su aplicabilidad corresponde a las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial”.

Al respecto, la documentación aportada al plenario permite evidenciar con mayor claridad la ocurrencia de los hechos relevantes que se encuentran debidamente demostrados:

- Que a través de la **Resolución No. 173 del 30 de diciembre de 2011**, el Contralor Municipal de Tunja, nombró a la señora **MAGDA YOLIMA SÁNCHEZ VALCARCEL**, para desempeñar el cargo de **libre nombramiento y remoción**



como **Asesora de Control Interno código 105 grado 01**²⁴.

- Que mediante la **Resolución No. 138 del 07 de noviembre de 2012**, el Contralor Municipal de Tunja, declaró insubsistente el nombramiento de la señora **MAGDA YOLIMA SÁNCHEZ VALCARCEL** como Asesora de Control Interno. Para el efecto dispuso lo siguiente²⁵:

*“(...) ARTÍCULO 1º.-Declárese insubsistente el nombramiento de la ingeniera **MAGDA YOLIMA SÁNCHEZ VALCARCEL**, identificada con cédula de ciudadanía No. 24.179.131 expedida en Toguí, quien ocupaba el cargo de Asesora de Control Interno Código 105, Grado 01 de la Contraloría Municipal de Tunja.*

*ARTICULO 2º.- la presente resolución rige a partir de su expedición.
(...)”.*

- Que mediante **Oficio No. O.A 1578 del 07 de noviembre de 2012**, el Contralor Municipal de Tunja, le comunica a la demandante el acto administrativo que declara insubsistente su nombramiento como Asesora de Control Interno, a partir de la fecha de la respectiva comunicación.²⁶.

En este orden, procede el Despacho a establecer si como lo señala la parte actora el acto administrativo demandado Resolución No. 138 del 7 de noviembre del 2012, fue proferida con **infracción de las normas en que debería fundarse y falsa motivación**, para proceder a declarar su nulidad.

Al respecto, es importante señalar que la Constitución Política estableció en el **artículo 267**²⁷, que la Contraloría General de la República es una entidad de carácter

²⁴ Visible a folio 21 del expediente.

²⁵ Visible a folio 23 del expediente.

²⁶ Visible a folio 24 del expediente.

²⁷ *“(...) ARTÍCULO 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.*

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

“(...)”.



técnico con **autonomía administrativa y presupuestal**. De igual forma, en el **artículo 272 ibídem** en cuanto a las **contralorías locales** señaló:

“Artículo 272.

(...)

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

(...)”.

Así mismo, la **Ley 42 de 1993**, que reglamento lo relacionado con la **“Organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”**, señaló en cuanto a las **contralorías distritales y municipales** lo siguiente:

“Artículo 65°.- *Las contralorías departamentales, distritales y municipales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo a los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente ley.*

Les corresponde a las asambleas departamentales y a los concejos distritales y municipales la organización y funcionamiento de las contralorías que haya creado la ley.

Artículo 66°.- *En desarrollo del artículo 272 de la Constitución Nacional, las asambleas y concejos distritales y municipales deberán dotar a las contralorías de su jurisdicción de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, de tal manera que les permita cumplir con sus funciones como entidades técnicas.*

(...)” (Negrilla del Despacho).

Por otro lado la **Ley 1474 del 12 de julio de 2011**, **“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”**, que modificó las competencias para designar al responsable del control interno en las entidades y organismos estatales, dispuso en el artículo 8° lo siguiente:

“(…) Artículo 8°. Designación de responsable del control interno. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.



(...)” (Negrilla del Despacho).

Del anterior precepto normativo se puede concluir en primer lugar que la autoridad competente para designar al Jefe de la unidad u oficina de control interno, **en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional**, no es ya el representante legal de la entidad ni el máximo directivo del organismo respectivo, sino el Presidente de la República. En este orden, cuando se trate de entidades del orden territorial, el nombramiento estaría a cargo del Alcalde o Gobernador, según sea el caso.

Ahora, se hace necesario en el caso bajo estudio precisar cuáles son las entidades de la Rama ejecutiva para lo cual debe señalarse que el **artículo 38 de la Ley 489 de 1998** estableció las entidades que pertenecen a ésta:

“(...) Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
 - b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
 - c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
 - d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
 - e) Los institutos científicos y tecnológicos;
 - f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
 - g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.
- (...)”.

Adicionalmente el **artículo 39 ibidem** se estableció que las gobernaciones, alcaldías, secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la administración en el correspondiente nivel territorial.

Con fundamento en el anterior análisis normativo es dable concluir no solamente que las **Contralorías municipales gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual**, conforme a lo establecido por el artículo 272 de la



Constitución Política y el artículo 66 de la ley 42 de 1993, **sino que dichas entidades no hacen parte de la rama ejecutiva**, pues si bien se considera que las ramas del poder público son tres, a saber, ejecutiva, legislativa y judicial, junto a ellas se ha estructurado otros organismos separados de las mismas, pero que hacen parte de la estructura del Estado²⁸.

Al respecto, en **Sentencia C-365 de 2001**, la Corte Constitucional ha sostenido que las Contralorías Municipales no hacen parte de la Rama Ejecutiva, ni se encuentran supeditadas a ésta, en los siguientes términos:

(...)

La Constitución Política no involucra a las contralorías municipales dentro del concepto de administración local, y mal haría en hacerlo, toda vez que son organismos que dentro del ámbito de su jurisdicción están llamados a ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración municipal, en forma posterior y selectiva, de acuerdo con lo estipulado en la regla 272 de la Carta Política, que para estos efectos les reconoce las mismas funciones y características de la Contraloría General de la República, ente las cuales se destaca su carácter técnico y su autonomía administrativa y presupuestal, sin que en ningún momento puedan ejercer funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización, según las voces del artículo 268 Superior.

La independencia funcional y orgánica de estos entes de control local con respecto a la denominada administración municipal, se halla garantizada por la forma en que debe ser determinada su estructura administrativa, como quiera que la norma superior en comento dispone que compete a las asambleas y concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías, como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

(...)” (Negrilla del Despacho).

Ahora, sustenta la parte demandante que el acto administrativo demandado mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de **Asesora de Control Interno** fue proferido con **infracción de las normas en que debería fundarse** porque trasgrede el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, que establece que el Jefe de la Oficina de Control Interno será designado por un periodo fijo de cuatro años en la mitad del respectivo periodo del Alcalde o Gobernador y que para el caso bajo estudio cuando fue declarada insubsistente (7 de noviembre del año 2012) no había transcurrido aun la mitad del periodo de la administración de Tunja

²⁸ Al hablar de órganos autónomos e independientes de la Nación, debemos hacer referencia al Ministerio Público, constituido por la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, incluidos dentro de los órganos de control y fiscalización, y que junto con la Contraloría General de la República han sido catalogados como los organismos de control del Estado. Junto a ellos se clasifica la Organización Nacional Electoral, integrada por la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral.



Al respecto, debe señalarse que el periodo fijo de cuatro años que establece el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, para designar al responsable del control interno en las entidades y organismos estatales, el cual alega en su defensa la demandante, **no se puede aplicar a las entidades u organismos del Estado que no pertenezcan a la rama ejecutiva del poder público como es el caso de las contralorías municipales, por expreso mandato del artículo 272 de la Constitución Política.**

En este mismo sentido se pronunció la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del **veintiséis (26) de enero de 2017**, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, en la que al analizar un caso de similares contornos concluyó lo siguiente:

“En ese sentido, la regla establecida en los artículos 8 y 9 de la Ley 1474 de 2011, la cual alega en su defensa el señor Fernando Reyes Moscoso, no se puede aplicar a las entidades u organismos del Estado que no pertenezcan a la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, ni a las entidades territoriales o los órganos constitucionales autónomos e independientes, como tampoco a las entidades dotadas de un régimen de autonomía por la Constitución Política. Ello se desprende no solo de lo expresamente estipulado en la Ley 1474 de 2011, sino de los principios constitucionales que consagran la separación de los poderes públicos y la autonomía constitucionalmente atribuida a determinadas entidades del Estado, como es el caso de las contralorías departamentales, distritales y municipales, por expreso mandato del artículo 272 de la Constitución Política.

(...)

En otras palabras, no le asiste razón al demandante cuando señala que la autoridad competente para declarar la insubsistencia de su nombramiento le correspondía al Alcalde Municipal y no el representante legal del ente de control en donde laboraba, como quiera que la norma cuya aplicación se reclama (Ley 1474 de 2011) no puede tener efectos en el caso en concreto, en la medida en que la misma regula lo atinente a los servidores públicos que se desempeñan en las oficinas de control interno de las entidades pertenecientes a la rama ejecutiva, dentro de las cuales no se encuentran las contralorías.” (Negrilla del Despacho).

Por tanto, atendiendo el anterior precedente jurisprudencial que resulta aplicable para el caso bajo estudio, concluye el Despacho que contrario a lo señalado por la demandante el cargo de Asesor de Control Interno se enmarca bajo los dos supuestos como de libre nombramiento y **de libre remoción**, porque el periodo fijo de cuatro años que establece en el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, no resulta aplicable para la designación del cargo que desempeñó la demandante como **Asesora de Control Interno de la Contraloría municipal de Tunja**, atendiendo a que dicha norma reglamenta lo referente a los servidores públicos que se desempeñan en las oficinas de control interno de las entidades pertenecientes a la rama ejecutiva,



dentro de las cuales no se encuentran las contralorías municipales.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que desde una simple lectura desprevenida de la **Resolución No. 173 de 2011**, por medio de la cual el Contralor Municipal de Tunja, nombra a la actora en el cargo de Asesora de Control Interno código 105 grado 01 (fl.21), se advierte sin ninguna duda que dicho nombramiento **fue de libre nombramiento y de libre remoción**, donde la “y” que existe entre libre nombramiento y remoción es una *conjunción copulativa*²⁹ que ratifica que dicho nombramiento **es adicionalmente de libre remoción.**

Además de los argumentos expuestos en precedencia cabe señalar que en el preámbulo de la Resolución No. 173 de 2011, no aparece como sustento normativo del nombramiento realizado a la demandante la Ley 1474 de 2011, que invoca para acceder a las suplicas de la demanda, y por tanto no cabe la menor sombra de duda que desde la expedición de dicha resolución la actora tenía pleno conocimiento de la naturaleza del cargo para el cual había sido nombrada.

En consecuencia es claro que el acto administrativo demandado mantiene su presunción de legalidad como quiera que **no se acredita la causal de nulidad alegada de infracción de las normas en que debería fundarse.**

De otra parte, sustenta la demandante que el acto administrativo acusado fue proferido con **falsa motivación** porque el Contralor Municipal de Tunja motivó el acto administrativo acusado en normas que nada tienen que ver con las facultades y competencias del Contralor para declarar insubsistente a la demandante.

Al respecto, debe precisarse que la necesidad de motivación de los actos administrativos admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, excepción que encuentra su soporte en normas superiores. La propia Carta admite la existencia de cargos que no son de carrera administrativa, respecto de los cuales el nominador puede nombrar y remover libremente a quienes han de ocuparlos³⁰.

²⁹ La conjunción y se suele utilizar para indicar adición, suma o coexistencia de varias entidades, características o acciones.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-734 de 2000, MAGISTRADO PONENTE: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.



Ahora, como quiera que el caso bajo estudio se encuentra acreditado que el cargo que desempeñó la señora MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL como Asesora de Control Interno era **un cargo de libre nombramiento y remoción**, dicha circunstancia conlleva a que el acto de insubsistencia no necesite de una motivación expresa, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza. Sin embargo se presume que el acto está fundamentado en el mejoramiento del servicio y el interés general.

En otras palabras, cuando se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción, como el desempeñado por la demandante, la administración no tiene el deber de motivar el acto administrativo por medio del cual se declara una insubsistencia. Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, se pronunció en sentencia del 4 de noviembre de 2015, donde fue ponente el Consejero doctor William Hernández Gómez, en la que se señaló:

“La Corte Constitucional³¹ y el Consejo de Estado³² han sostenido que los empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción pueden ser retirados del cargo mediante la declaratoria de insubsistencia, sin necesidad de que el acto administrativo esté motivado, toda vez que se trata de posiciones de confianza y manejo.

No obstante, y como lo han señalado las referidas Corporaciones ello no implica que la decisión no deba estar fundada en razones del mejoramiento del servicio. En esa medida no se trata de una potestad absoluta que permita separar del cargo a funcionarios por razones arbitrarias o caprichosas [...]”. (Resaltado del por la Despacho).

Por tanto, la atribución discrecional de desvincular del servicio no es absoluta, pues debe estar fundamentada en el mejoramiento del servicio público y el interés general. Sin embargo, en principio, la decisión goza de presunción de legalidad y de haber sido adoptada en aras del buen servicio, le corresponde a quien demanda el acto desvirtuar tal presunción.

Ahora, en el caso concreto no se demostró que la desvinculación de la demandante buscara otros fines diferentes a la mejora en la prestación del servicio, por el contrario se encuentra acreditado que la persona que asumió posteriormente las funciones que desempeñó la demandante en el cargo de Asesor de Control Interno, cumplía con los requisitos mínimos para ocupar el cargo.

³¹ Corte Constitucional. Ver entre otras sentencias: T-494 de 2010 y T-686 de 2014.

³² Consejo de Estado. Ver entre otras sentencias: Radicados 4464-04, 1260-12 y 1928-13.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad: 150013333014-2013-00192-00
Sentencia

Cabe precisar que si bien es cierto la declaratoria de insubsistencia de un cargo puede llegar a generar inestabilidad laboral, también lo es que la estabilidad no es un atributo propio de los empleos de libre nombramiento y remoción en tanto si de los vínculos laborales de carrera.

Debe recordarse como bien lo sabe la demandante que su nombramiento fue ordinario, vale decir, que obedeció a una designación discrecional previo cumplimiento de requisitos reglados de experiencia, academia e idoneidad, pero que sobre el mismo podía, conforme a la facultad a discrecionalidad conferida al nominador, retirarla del cargo toda vez que es una causal legal prevista para tal fin, como ya se señaló, decisión que se debe plasmar en un acto administrativo que se presume legal pero que es desvirtuable, dado que no puede ser un acto arbitrario ni desproporcionado a sus propósitos. En este caso, se insiste, no hubo ninguna prueba directa o indirecta que evidenciara que existieron fines diversos a los que se presume con la expedición del acto de insubsistencia.

Por tanto, en el caso concreto no se observa que con la expedición del acto acusado se haya incurrido en la causal de falsa motivación alegada, bajo el entendido que el nominador obró en ejercicio de la facultad discrecional de la cual se encuentra investido, y en donde la ley no le exige la motivación del acto de retiro y en consecuencia **tampoco se encuentra acreditado el cargo de falsa motivación.**

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, el Despacho concluye que para el caso bajo estudio no se encuentra acreditada la configuración de los cargos de nulidad aducidos en contra del acto administrativo demandado, y en estas condiciones deberá mantenerse incólume la presunción de legalidad de la cual goza dicho acto, lo cual impone denegar las pretensiones de la demanda.

Finalmente, obra a folio 694 memorial poder conferido por la señora **MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL**, quien actúa como demandante dentro del proceso de la referencia a la abogada **NANCY LILIANA SISSA MUÑOZ**, el cual por reunir los requisitos del art. 74 del C.G.P, se procederá a reconocerá personería.



• **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

Atendiendo lo contemplado en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P, el Despacho impone condenar en costas a la parte vencida, esto es la parte demandante señora MAGDA YOLIMA SÁNCHEZ VALCARCEL, y acogiendo la reciente sentencia del Consejo de Estado de fecha 7 de abril de 2016, NI 1291-2014, Sección 2 subsección A. Dr. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, que señala el criterio objetivo de valoración para la condena en costas.

De acuerdo a lo anterior, la condena se liquidará por la Secretaría de éste Despacho y seguirá el trámite contemplado en el artículo 366 y ss del C.G.P.

Tomando en consideración el artículo en comento, el juzgado fija las agencias en derecho que se hayan causado dentro del presente asunto, de conformidad al Acuerdo No. PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, de fecha 5 de agosto de 2016, acto administrativo que en su artículo 5º, numeral 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL, fija como tarifa por la cuantía, cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, de menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido. En ese sentido, se fija como agencias en derecho el 4% de la estimación de la cuantía señalada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en auto del 25 de julio de 2013 que fue de \$27.596.430,90 (fls.126-128 vto.) y en atención a la duración del proceso, la naturaleza y calidad de la gestión desarrollada, y que corresponde a la suma de UN MILLÓN CIENTO TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$1.103.857), suma que se deberá cancelar la demandante a favor del MUNICIPIO DE TUNJA y la CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA, en un porcentaje correspondiente al 50% para cada Entidad.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

R E S U E L V E:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda formuladas por la señora **MAGDA YOLIMA SÁNCHEZ VALCARCEL**, contra el **MUNICIPIO DE TUNJA** y la



CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas a la **parte demandante**. Por secretaría efectúese la respectiva liquidación.

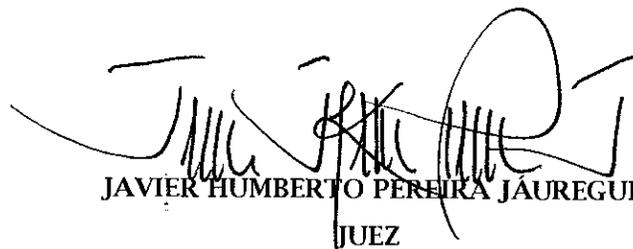
TERCERO: FIJAR como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN CIENTO TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$1.103.857) suma que se deberá cancelar la demandante a favor del MUNICIPIO DE TUNJA y la CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA, **en un porcentaje correspondiente al 50% para cada Entidad**.

CUARTO: Notificar esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA en concordancia con lo dispuesto en el artículo 295 del Código General del Proceso.

QUINTO: RECONOCER personería a la abogada **NANCY LILIANA SISSA MUÑOZ**, como apoderada de la **parte demandante** en los términos del poder conferido obrante a folio 694 del expediente.

SEXTO: Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado. Realícese las constancias de rigor en el sistema de información judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JAVIER HUMBERTO PEREIRA JAUREGUI
JUEZ

JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA
El fallo anterior se notificó por Estado N° de HOY 03 JUL 2016 siendo las 8:00 A.M.
SECRETARIA