



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: ACCIÓN POPULAR
Radicación No: 150013333012-2017-00193-00.
Demandante: EMMA ÁVILA GARAVITO
Demandado: MUNICIPIO DE CÓMBITA
Vinculados: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE BOYACÁ -
CORPOBOYACÁ, LADRILLOS DEKO, LADRILLERA ROCAMAR, y
COOPERATIVA DE MINEROS y ALFAREROS DE CÓMBITA -
CIMACON

Ingresan las diligencias al Despacho, con informe secretarial del 06 de mayo de 2019, poniendo en conocimiento que venció el término de traslado de excepciones. Para proveer de conformidad. (fl.416).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Revisado el plenario se advierte que las entidades demandadas municipio de Cómbita, ladrillos Deko y ladrillera Rocamar, contestaron la demanda y propusieron la excepción de cosa juzgada en los siguientes términos:

1. MUNICIPIO DE CÓMBITA (fls. 37 a 41).

Dentro del escrito de contestación de la demanda, su apoderado señaló que en contra de éste se adelantó la acción popular No. 2015-0309 ante el Juzgado Catorce Administrativo de Tunja y, por tal motivo excepcionó el pleito pendiente y/o la cosa juzgada en primera instancia, la cual fue iniciada por la ciudadana DIANA CAROLINA USME ARIAS, en contra del municipio de Cómbita, Ladrillera Rocamar, Ladrillera Deko y CORPOBOYACÁ; e indicó que el pasado 05 de octubre de 2017, se emitió fallo en donde se declararon no probadas las excepciones y se emitieron algunas órdenes a cargo de los demandados.

2. LADRILLOS DEKO (fls.296 a 298)

Propuso la excepción de cosa juzgada, sustentada en que la señora DIANA CAROLINA USME ARIAS, instauró acción popular en contra del municipio de Cómbita, ladrillos Deko, Ladrillera Rocamar, Cooperativa Integral de mineros y alfareros de Cómbita- CIMACON y la Corporación Autónoma Regional de Boyacá – Corpoboyacá, en la cual el 05 de octubre de 2017, se profirió sentencia de primera instancia por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja.

3. LADRILLERA ROCAMAR (fls.372 a 374)

Excepcionó cosa juzgada, verificación de no vulneración y daño ambiental por parte de la Procuraduría Judicial II Ambiental y Agraria de Boyacá y femeridad por parte del accionante.

La excepción de cosa juzgada la sustentó en que la señora DIANA CAROLINA USME ARIAS como actora popular, instauró idéntico medio de control donde se demostró que por parte de la ladrillera Rocamar no existió vulneración al medio ambiente, la cual curso en el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja, además se demostró que en dicha ladrillera no se ejerció actividad alguna desde 2013.

Así las cosas y atendiendo los argumentos expuestos por el apoderado del municipio de Cómbita el 19 de septiembre de 2018, se ofició al Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja (fl.125), para que allegara con destino a este proceso la siguiente información:

Estado actual en el que se encuentra el proceso No. 15001333301320150030900, cuyo demandante es la señora Diana Carolina Usme Arias y demandados municipio de Cómbita, ladrillos Deko, ladrillera Rocamar, y Corpoboyacá, indicar los hechos y pretensiones y allegar copia de los fallos de primera y segunda instancia.

A través del oficio de fecha 20 de septiembre de 2018 (fls. 126 y vto.) el Juzgado Catorce Administrativo de Tunja, dio respuesta a lo solicitado por este estrado judicial informando que la acción popular se encuentra en "**tramite posterior**", allegando la siguiente documental:

- Demanda de acción popular incoada por Diana Carolina Usme Arias (fls. 127 y vto.)
- Derecho de petición de fecha 07 de octubre de 2013 suscrito por Diana Carolina Usme Arias dirigido al alcalde municipal de Cómbita (fl. 128)
- Derecho de petición de fecha 07 de octubre de 2013 suscrito por Diana Carolina Usme Arias dirigido a CORPOBOYACÁ (fl. 129)
- Auto admisorio dentro de la acción popular con radicado No. 2013 – 00309, proferido por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja (fls. 130 a 132)
- Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja (fls. 133 a 157 y vto.)
- Sentencia de Segunda Instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá(fls. 158 a 176)
- Auto de fecha 07 de septiembre de 2018 proferido por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja (fls. 177 a 178)

1.- Asunto a Resolver.

El primer problema jurídico que el Despacho debe resolver, consiste en determinar si la excepción de cosa juzgada propuesta por los demandados debe resolverse al momento de proferir la sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 472 de 1998 o si por el contrario se puede resolver estando el proceso en una etapa anterior a la misma?

Al respecto la Sala Plena del Consejo de Estado, mediante providencia de 11 de septiembre de 2012, Expediente núm. 2009-00030-01, Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia, unificó la posición que sobre la materia venían exponiendo las Secciones Tercera y Primera de la Corporación y concluyó lo siguiente:

"(...)

Se impone que la Sala en esta oportunidad también unifique tesis sobre la viabilidad del rechazo de la demanda de acción popular cuando exista cosa juzgada con efectos absolutos y generales (erga omnes), proveniente de sentencia estimatoria, o cuando se esté en presencia de cosa juzgada relativa... Consecuencialmente, la Sala unifica jurisprudencia en el sentido de que, ante situaciones como las antes descritas, procede que si la segunda demanda fue admitida sin advertir la existencia de cosa juzgada en los modalidades señaladas, se declare la nulidad de todo lo actuado y se rechace esta nueva demanda por presentarse agotamiento de jurisdicción, y que igual tratamiento aplica (el rechazo de la segunda demanda), cuando se esté en la oportunidad procesal de decidir sobre la admisión."

Así las cosas, se tiene que a pesar de que la demanda fue admitida mediante providencia del 07 de diciembre de 2017 (fls.28 a 30), este estrado judicial advirtió de la existencia de cosa juzgada solo hasta que los demandados lo pusieron de presente en la contestación de la demandada, motivo por el cual este es el momento procesal para resolver sobre el agotamiento de la jurisdicción.

Ahora bien resuelto el primer problema jurídico, el Despacho debe determinar si, en efecto, concurren los presupuestos para dar aplicación al agotamiento de jurisdicción, respecto a la acción popular identificada con número único de radicación

Referencia: ACCIÓN POPULAR 3
Radicación No: 150013333012-2017-00193-00.
Demandante: EMMA ÁVILA GARAVITO
Demandada: MUNICIPIO DE CÓMBITA
Vinculados: CORPOBOYACÁ, LADRILLOS DEKO, LADRILLERA ROCAMAR, y COOPERATIVA DE MINEROS y ALFAREROS DE CÓMBITA -CIMACON

15001333301320130030900, cuyo trámite se surte en el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja.

2.- Del agotamiento de jurisdicción.

En lo que tiene que ver con el agotamiento de jurisdicción en materia de acciones populares, el Consejo de Estado¹, al unificar jurisprudencia al respecto, precisó:

"3.- De la creación jurisprudencial y de su aplicación.

La figura es de creación jurisprudencial por el Consejo de Estado. Se remonta al auto del 18 de octubre de 1986 en el cual la Sección Quinta luego de negar la acumulación de dos procesos electorales por tener la misma causa petendi e idénticas peticiones, expresó que cuando los particulares acuden al juez para que haga operar el servicio de justicia a un caso concreto, con la puesta en marcha del respectivo proceso que se promueva se agota la jurisdicción frente a dicho asunto o controversia. Para estos efectos la jurisdicción es entendida como la activación del aparato de justicia. Significa que llevarle de nuevo el mismo reclamo de protección de iguales derechos, en el caso de la nulidad electoral, derechos a la preservación de la legalidad en abstracto, afectados por causa idéntica, no es un racional ejercicio del derecho de acción. Que en tal caso el proceso que se inicie con posterioridad a otro que ya se encuentra en curso y que se instauró por los mismos hechos y derechos está viciado de nulidad "por agotamiento de jurisdicción". Que a tal conclusión se arriba porque si el proceso es nulo cuando corresponde a distinta jurisdicción, también lo es cuando la jurisdicción se ha consumado por haberse aceptado dar trámite a la demanda y estar ya en trámite otro proceso sobre la misma materia².

La Sala comienza el análisis partiendo de la preceptiva que establece el artículo 5º de la Ley 472 de 1998 acorde con el cual las acciones populares se tramitarán atendiendo a los principios de economía, celeridad y eficacia. Precisamente la razón esencial de negar la acumulación de una nueva demanda cuando se trate del mismo reclamo de protección fundado en igual situación fáctica a la que inspiró la instauración de un proceso que ya está en curso, descansa en los parámetros de celeridad, eficacia y de economía procesal, en tanto propende por racionalizar la justicia en demandas de acción popular que se refieran a los mismos hechos, objeto y causa, dirigidas contra igual demandado.

Con la primera persona que ejerce el derecho de acción en calidad de miembro de la comunidad, no para propender por derechos subjetivos sino de los que incumben a todos los habitantes, iniciado el trámite de este proceso a partir de la admisión de la demanda, se garantiza el acceso a la justicia, a través del control judicial que se impartirá a la actividad o a la omisión de la autoridad pública y/o del particular, respecto de la protección de los derechos colectivos que se consideran amenazados o vulnerados por los mismos hechos y respecto de los mismos demandados.

El actor popular que demanda lo que otra persona ya trajo a la justicia, es decir "que repite" lo ya "denunciado", bien puede constituirse en coadyuvante de ese primer proceso en trámite. Porque carece de sentido lógico y no consulta la racionalización de recursos integralmente considerados que implica la tramitación de un proceso, ni consulta el principio de eficacia que también rige la función judicial, el que paralela y simultáneamente se adelanta hasta cierta etapa un nuevo proceso, otro proceso, siendo que deriva de una demanda popular que se funda en los mismos hechos, contra el mismo demandado y que aspira a amparar iguales derechos de naturaleza colectiva, y que si el primero va más avanzado, deba esperar a que los demás se hallen en la misma etapa para poderlos acumular al inicial.

Como se sabe, en estas acciones cualquier persona en defensa del derecho "difuso", denominado así por la doctrina por ser el que no se radica en específico en nadie, sino que pertenece a todos, está habilitado para promover esta acción que, por tanto, no tiene exigencia de legitimación en la causa por activa, más que el ser persona. Esta acción o mecanismo judicial de protección de derechos colectivos, se insiste, no opera por la amenaza o la lesión de un derecho subjetivo.

¹ Consejo de Estado, providencia del 11 de septiembre de 2012, radicado 2009-00030-01, M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia.

² Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 18 de octubre de 1986, rad. E-10, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

El proceso de acción popular no consiste en estricto sentido en una controversia con presencia de "partes" opuestas entre sí y donde exista "litis". Es más un reclamo de protección para la garantía de derechos colectivos cuya existencia no es materia de debate, lo que discute el actor popular es que dichos derechos están siendo amenazados o vulnerados por la accionada.

De esta manera, **la Sala Plena del Consejo de Estado unifica su postura sobre la materia**, en el sentido de determinar que, con apoyo en las principios de economía, de celeridad y de eficacia que rigen la función judicial, y que por expresa disposición del artículo 5° de la Ley 472 de 1998 deben orientar el trámite de las acciones populares³: cuando se esté ante demandas de acción popular en las cuales se persiga igual causa petendi, basada en las mismas hechas, y contra igual demandada, lo que procede es dar aplicación a la figura del agotamiento de jurisdicción.

(...) La Sala concluye que la razonabilidad de la posición sobre la viabilidad del agotamiento de jurisdicción como causal de rechazo de las acciones populares que aquí se unifica, descansa en que además de que evita desgaste judicial, desgaste a los actores populares y a todos los estamentos involucrados en el tema probatorio, resultaría totalmente vana adelantar un proceso a sabiendas, de antemano, que no podrá existir pronunciamiento sobre el fondo del asunto (cuando se esté en presencia de cosa juzgada en los eventos antes reseñados y dentro de los parámetros descritos por la Corte Constitucional en la sentencia citada), a tramitar un segundo proceso a sabiendas de que ya cursa uno idéntica, razón por la cual la postura que se acoge, constituye pleno desarrollo de los principios que orientan la función judicial en el trámite de las acciones populares."

De la misma manera, el órgano de cierre en providencia del 7 de marzo de 2013, proferida con ponencia de la doctora María Elizabeth García González, dentro del asunto de radicación 17001-23-31-000-2010-00498-01, precisó respecto a la configuración del agotamiento de jurisdicción por cosa juzgada en acciones populares lo siguiente:

"Es importante resaltar que aunque el proceso primigenio no fue iniciado por el mismo actor, ni era parte la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS-, ella no es óbice para considerar que no se reúne el presupuesto de identidad de partes que se exige para la configuración de la cosa juzgada, pues, como ya se indicó, en materia de acciones populares, la excepción de cosa juzgada respecto de las partes ocurre aunque ellas no sean idénticas en los procesos que se catejan, pues la relevante es que, "los responsables por la afectación al derecho colectivo invocada sean los mismos, y que no obstante la calidad difusa de la comunidad titular del derecho, el grupo -determinada a determinable afectado con la amenaza o vulneración de los derechos colectivos comprometidos, también sea el mismo" y, en este caso, los responsables de la vulneración de los derechos colectivos que invoca el demandante como habitante del Municipio de Villamaría, con ocasión del deterioro de la vía interveredal, son los mismos, es decir, el Departamento de Caldas y el Municipio de Villamaría, y es respecto de ellos únicamente que se extienden los efectos de cosa juzgada cuya declaratoria se confirmará en esta instancia.

(...)

Así las cosas, la figura del agotamiento de jurisdicción resulta plenamente aplicable en sede de acción popular, siempre y cuando se cumplan los siguientes presupuestos: **(i)** que las demandas versen sobre los mismos hechos y tengan igual causa petendi; y **(ii)** que las demandas se dirijan contra el mismo demandado, bajo el entendido de que por ser una acción que protege derechos en cabeza de la colectividad, no se requiere que haya coincidencia en el demandante⁴.

3.- Caso concreto

³ Aunados a los de concentración e informalidad como principios generales del C.G.P.

⁴ Providencia del 28 de febrero de 2019, proceso No. 50-001-23-33-000-2016-00567-01(AP)A, actor: JERSON JAIR LÓPEZ CÁRDENAS Y OTROS, C. P. ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS.

Referencia: ACCIÓN POPULAR 5
 Radicación No: 150013333012-2017-00193-00.
 Demandante: EMMA ÁVILA GARAVITO
 Demandado: MUNICIPIO DE CÓMBITA
 Vinculados: CORPOBOYACÁ, LADRILLOS DEKO, LADRILLERA ROCAMAR, y COOPERATIVA DE MINEROS y ALFAREROS DE CÓMBITA -CIMACON

De conformidad con los antecedentes jurisprudenciales citados párrafos atrás, se tiene que ante la prueba de la existencia de una decisión judicial en firme mediante la cual se hayan definido los supuestos que en un nuevo proceso se ponen de presente, el juez popular puede rechazar la demanda por constatar la ocurrencia del fenómeno de agotamiento de jurisdicción por cosa juzgada, dando aplicación a los principios de celeridad y economía procesal o estando el proceso en curso, declarar la nulidad de todo lo actuado e igualmente rechazar la demanda.

Ahora bien, en el expediente obran los siguientes documentos, por medio de los cuales se pretende acreditar la configuración de la mencionada figura agotamiento de jurisdicción por cosa juzgada:

- Demanda de acción popular incoada por Diana Carolina Usme Arias (fls. 127 y vto.)
- Auto admisorio dentro de la acción popular con radicado No. 2013 – 00309, proferido por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja (fls. 130 a 132)
- Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja (fls. 133 a 157 y vto.)
- Sentencia de Segunda Instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá(fls. 158 a 176)

De conformidad con los anteriores documentos, procede esta instancia a estudiar si en el presente caso se configuró el fenómeno de agotamiento de jurisdicción.

(i) que las demandas versen sobre los mismos hechos y tengan igual causa petendi

De conformidad con este elemento, los hechos y la causa petendi de la demanda en relación con la cual se dictó la sentencia definitiva en el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja, deben coincidir, a su vez, con los de la demanda que cursa en este Despacho Judicial.

Por lo anterior, para el análisis acerca de la configuración, o no, de este presupuesto, este estrado judicial procederá a estudiar, de manera comparativa, los hechos y la causa petendi que fueron propuestas en cada libelo demandatorio.

ACCIÓN POPULAR	15001333301420130030900 Tramitada en el Juzgado 14 Oral del Circuito de Tunja.	150013333012201700193
CAUSA PETENDI	Se origina por la contaminación dado que las ladrilleras deko y rocamar no tienen procedimientos técnicos para trabajar la reducción de partículas contaminantes (fl.127).	Se origina por la contaminación producida por las ladrilleras deko y rocamar, por la regular implantación de estas industrias ladrilleras lo que ha deteriorado el medio ambiente y los yacimientos acuíferos de ese sector del municipio (fl.10).
HECHOS	<p>1. Mediante petición de fecha 01 de octubre solicito al Alcalde de Cómbita intervenir en los chircales o fabricas de ladrillo Deko y Rocamar ubicadas en la vereda San Isidro del Municipio de Cómbita, pertenecientes a la Cooperativa Integral de Minero y Alfarero, Nit: 820000577-2 porque expelen humos contaminantes, dado que no tienen los procedimientos técnicos para trabajar la reducción de partículas contaminantes al aire, como el sistema de campana.</p> <p>2. Anteriormente el mismo Dr. Díaz les había solicitado comedidamente atender la reconversión tecnológica a los propietarios de dichos chircales, sin que hubiera obtenido respuesta.</p>	<p>1. Relató que las Empresas DEKO y ROCAMAR, por el espacio de tiempo de 20 años, término dentro del cual han explotado su actividad productiva, han venido ocasionando daños irreparables para el ecosistema de la zona donde se localizan, ocasionando en tan frágiles sistemas de vida, sin conocerse hasta el momento actual, que haya existido alguna intención de las autoridades para intervenir y ejercer el control respectivo, con las sanciones de rigor.</p> <p>2. Señaló que las accionadas, han permitido de manera pasiva que las industrias DEKO y ROCAMAR, dedicadas a la fabricación de ladrillo y tejas, que por sus características han sido las principales causantes del alto nivel de contaminación medioambiental, no permitido por la Ley 99 de 1993.</p>

<p>3. El alcalde de Cómbita a la fecha no ha respondido ninguna de las peticiones, ni tampoco ha hecho nada que permita frenar la contaminación emanada de las dos fábricas de ladrillo, que al parecer no cuentan con permiso de Corpoboyacá.</p> <p>4. A pesar de que dicha solicitud fue recibida el pasado 09 de octubre, no se ha recibido ninguna contestación por parte de la alcaldía de Cómbita.</p> <p>5. De manera reiterada se ha presentado otro derecho de petición el pasado 17 de noviembre ante la Alcaldía de Cómbita, del cual no se ha recibido ninguna respuesta.</p> <p>6. Se está produciendo una grave contaminación que afecta la salud de los vecinos de este paraje.</p>	<p>3. Insistió en que estas instancias administrativas, han tenido directa injerencia en tal problemática, que ha generado el daño del medio ambiente ocasionado por largo tiempo, generando con ello graves e injustificados daños en el ecosistema.</p> <p>4. Reiteró que a raíz de la irregular implementación de estas industrias ladrilleras y la omisión o falta de intervención de las accionadas, para erradicar el peligro de la convivencia y el bienestar de la comunidad residente y originaria de la Vereda mencionada en líneas atrás, comunidad directamente afectada donde residen aproximadamente 20 familias, el medio ambiente ha sufrido un alto deterioro específicamente en los yacimientos acuíferos del sector.</p> <p>5. Adujo que las accionadas, estuvieron indagadas por las autoridades competentes, en virtud de anteriores solicitudes de protección constitucional, quienes hallaron que no había mérito suficiente para que se concediera esta protección.</p>
---	---

Como se observa a simple vista, la situación fáctica de las dos acciones populares va dirigida a relatar los daños ambientales ocasionados por las ladrilleras Deko y Rocamar, ubicadas en la jurisdicción del municipio de Cómbita, por no contar con procedimientos técnicos y sin que las autoridades ejerzan el control respectivo, con las sanciones de rigor.

En cuanto a la **identidad de causa petendi**, no existe duda alguna para el Despacho de su existencia, como quiera que lo que generó el riesgo o vulneración de los bienes tutelados vía acción popular como es el caso del medio ambiente, se debió a la alta polución y la posible contaminación del aire y de agua, producida por las fábricas de ladrillo Deko y Rocamar, lo que llevó a las accionantes a instaurar la acción popular que en este momento nos ocupa.

(ii) que las demandas se dirijan contra el mismo demandado.

ACCIÓN POPULAR	15001333301420130030900 Tramitada en el Juzgado 14 Oral del Circuito de Tunja.	150013333012201700193
DEMANDADOS	MUNICIPIO DE CÓMBITA. VINCULADOS: CORPOBOYACÁ - LADRILLOS DEKO - LADRILLERA ROCAMAR - COOPERATIVA INTEGRAL DE MINEROS Y ALFAREROS DE CÓMBITA CIMACÓN (fl.131).	MUNICIPIO DE CÓMBITA VINCULADOS: CORPOBOYACÁ - LADRILLOS DEKO - LADRILLERA ROCAMAR - COOPERATIVA DE MINEROS Y ALFAREROS DE CÓMBITA CIMACÓN.

Nótese que dentro de las dos acciones populares se demanda al MUNICIPIO DE CÓMBITA y actúan como vinculados CORPOBOYACÁ - LADRILLOS DEKO - LADRILLERA ROCAMAR - COOPERATIVA INTEGRAL DE MINEROS Y ALFAREROS DE CÓMBITA CIMACÓN.

Ahora bien, considera el Despacho que se encuentra acreditada la configuración de la figura de agotamiento de la jurisdicción, atendiendo a que las dos acciones

Referencia: ACCIÓN POPULAR 7
Radicación No: 150013333012-2017-00193-00.
Demandante: EMMA ÁVILA GARAVITO
Demandado: MUNICIPIO DE CÓMBITA
Vinculados: CARPOBOYACÁ, LADRILLOS DEKO, LADRILLERA ROCAMAR, y COOPERATIVA DE MINEROS y ALFAREROS DE CÓMBITA -CIMACDN

populares versan sobre los mismos hechos, tienen igual causa petendi y los mismos demandados.

Adicional a ello se tiene que las circunstancias que se analizaron dentro de la acción popular adelantada en el juzgado catorce administrativo no han variado como para suponer que los hechos que motivaron la presente acción constitucional deban ser objeto de nueva probanza.

Efectivamente a la fecha la empresa ROCAMAR continúa sin operar tal como se demostró en la acción popular Nro. 2013 – 309 y según manifestación realizada tanto por el municipio de Cómbita como el representante legal de ladrilleras Rocamar (fl. 39) donde indicaron que dicha ladrillera no opera desde el 2014, situación que de haber variado a la presentación de la presente acción popular, obligaría al juez constitucional a conocer de fondo la situación.

En este punto, es importante traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad del artículo 35 de la ley 472 de 1998, donde se fijan los efectos generales de las sentencias en acciones populares, esto es, su vinculación u oponibilidad a toda la comunidad y no sólo a quienes intervinieron en el proceso, en consideración a la naturaleza jurídica difusa o colectiva de los intereses en conflicto.

En dicho pronunciamiento⁵, matizó la intangibilidad de la sentencia desestimatoria y declaró su constitucionalidad condicionada. De conformidad con el pronunciamiento de exequibilidad modulada no es procedente cerrar la posibilidad de promover un nuevo juicio, cuando se niega el amparo de los intereses colectivos ante la falta de prueba.

Así las cosas, el juez constitucional declaró exequible el artículo 35 de la ley 472, en el entendido de que las sentencias que resuelven los procesos de acción popular hacen tránsito a cosa juzgada respecto de las partes y del público en general, **salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales que pudieran variar la decisión anterior:**

"Por eso, tratándose de la protección de derechos e intereses colectivos, no puede entonces entenderse que la cosa juzgada es absoluta, pues la naturaleza propia de tales derechos e intereses implica la titularidad de la acción en cabeza de un número más o menos extenso de personas afectadas con la amenaza o violación de tales derechos, que aun cuando habrían podido participar en el proceso, estarían despojadas de la oportunidad de ejercer una acción popular para enmendar una situación de amenaza o afectación de esos derechos que ocurra en la misma colectividad frente al caso fallado, respecto de una sentencia desestimatoria de los mismos y la aparición con posterioridad al fallo de nuevas pruebas que demuestren tal vulneración.

(...)

Sin embargo, muy a pesar de ello, considera la Corte que los recursos probatorios previstos por la ley no son idóneos para superar el conflicto de inconstitucionalidad que surge de reconocerle efectos erga omnes a las sentencias desestimatorias, particularmente, frente a la circunstancia de que después del fallo aparezcan nuevas pruebas definitivas para cambiar la decisión inicial, pues es claro que tales elementos de juicio, por sustracción de materia, no pudieron ser allegados al proceso en el respectivo periodo probatorio ni valorados por la sentencia. Cabe agregar, en relación con esto último, que contra las sentencias que resuelven acciones populares no procede en ningún caso el recurso extraordinario de revisión, que es el escenario natural en el cual pueden debatirse hechos producidos después del fallo, sin necesidad de acudir a un nuevo proceso.

En consecuencia, una interpretación del artículo 35 de la ley 472 de 1998, en el sentido de no permitir en ningún caso la instauración de una nueva acción popular contra el mismo demandado y por los mismos hechos y causas, frente a

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 622 de 2007, MP Rodrigo Escobar Gil.

la aparición de nuevas pruebas que demuestren de manera fehaciente la vulneración de derechos colectivos, desconoce la garantía de los derechos al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la efectividad de tales derechos. Razones de interés general y seguridad jurídica, relacionadas con el mantenimiento del orden público, la paz social y la garantía de los derechos ciudadanos, imponen que los procesos se decidan de manera definitiva y que necesariamente deban finalizar o concluir en un cierto momento procesal, lo que en principio justifica el efecto de cosa juzgada general o absoluta establecido en la norma acusada. Sin embargo, en el caso de las acciones populares, hay que tener en cuenta además, que están en juego derechos e intereses colectivos de trascendencia social, que van más allá del interés de las partes en el proceso de la acción popular, lo que justifica mantener abierta una instancia judicial de protección en caso de verificarse una amenaza o violación de los mismos.

Aun cuando la jurisprudencia constitucional ha reconocido la importancia de la institución de la cosa juzgada, cuya función se centra -como se dijo- en garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, obligando a los jueces a ser consistentes con las decisiones que adoptan e impidiendo que un mismo asunto sea sometido nuevamente a juicio, debe aclarar la Corte que, tratándose de las acciones populares, la importancia de los derechos e intereses en juego, justifican, desde una perspectiva constitucional, que se pueda plantear un nuevo proceso sobre una causa decidida previamente, lo cual tiene lugar únicamente cuando se trate de una sentencia desestimatoria, y siempre que con posterioridad a la misma surjan nuevos elementos de prueba, con entidad suficiente para modificar la decisión anterior.

Ahora bien, reiterando lo dicho en el apartado 4 de las consideraciones de esta sentencia, es menester aclarar que, para que una decisión que le pone fin a una acción popular alcance el valor de cosa juzgada, es necesario que concurren los siguientes tres requisitos: (i) que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, (ii) que se funde en la misma causa del anterior, y (iii) haya en ambos juicios identidad jurídica de partes. Ello significa que si no existe identidad de sujetos, objeto y causa, no opera el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, ni general ni relativa, de forma que, si surgen nuevos hechos o causas distintas, independientemente de que se trate de las mismas partes, cualquier persona está habilitada para promover una nueva acción popular, en caso de considerar que esos nuevos hechos y causas ponen en peligro derechos colectivos. A la luz de estos postulados, tratándose de la norma acusada, lo que busca el presente pronunciamiento es establecer una excepción al principio de cosa juzgada, de manera que, aun existiendo identidad de sujetos, objeto y causa, si la decisión del juez popular es desestimatoria, y surgen nuevas pruebas trascendentales que puedan variar la decisión anterior, es posible un nuevo pronunciamiento judicial para proteger los derechos colectivos.

En los términos expuestos, la Corte, para garantizar los derechos al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y el principio de efectividad de los derechos colectivos, procederá a declarar la exequibilidad condicionada del artículo 35 de la Ley 472 de 1998, bajo el entendido que las sentencias que resuelven los procesos de acción popular hacen tránsito a cosa juzgada respecto de las partes y del público en general, salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales que pudieran variar la decisión anterior.”⁶

Así mismo, frente a la empresa Deko, el Juzgado 14 administrativo declaró que sí vulneró el derecho colectivo a un ambiente sano y le ordenó una serie de obligaciones que a la fecha se están verificando tal como consta en el acta obrante a folio 403 del expediente proferida el 19 de marzo de 2019 donde se evidencia que para esa fecha se encuentran suspendidas las actividades mineras de dicha ladrillera.

⁶ Corte Constitucional. Sección Tercera. Sentencia del 31 de julio de 2008. Expediente 2005-00240 (AP). MP: Ruth Stella Correa Palacio.

Referencia: ACCIÓN POPULAR 9
Radicación No: 150013333012-2017-00193-00.
Demandante: EMMA ÁVILA GARAVITO
Demandado: MUNICIPIO DE CÓMBITA
Vinculados: CORPOBOYACÁ, LADRILLOS DEKO, LADRILLERA ROCAMAR, y COOPERATIVA DE MINEROS y ALFAREROS DE CÓMBITA -CIMAICON

De la misma manera al municipio de Cómbita y Corpoboyacá se le impusieron la obligación de verificar el cumplimiento de las normas y disposiciones en materia ambiental.

Así las cosas, cualquier incumplimiento a las órdenes dadas en la sentencia proferida por el juzgado catorce administrativo de Tunja, debe la actora popular, en tanto allí se están amparando los derechos colectivos que reclama en el presente trámite, acudir como directa afectada, tanto al juzgado de conocimiento como a la Procuraduría 2 Judicial II Ambiental Agraria de Boyacá y poner en conocimiento las presuntas irregularidades en las que están incurriendo las entidades accionadas.

Se observa entonces que la Administración de Justicia en el proceso No. 2013-00309, se ocupó de estudiar, analizar y agotar tanto la causa como el objeto que allí se trató, esto es los aspectos de fondo concernientes a la protección al derecho colectivo al goce de un ambiente sano de la comunidad del municipio de Cómbita, por manera que cualquier tema, argumento y/o inconformidad relacionado con dicha causa y objeto debió ventilarse en aquella litis.

En este orden de ideas, resulta improcedente reabrir el debate jurídico sobre estos aspectos, dado el carácter imperativo, coercible e inmutable que reviste la tantas veces aludida sentencia definitiva y ejecutoriada que profirió el Juzgado Catorce Administrativo de Tunja y de acuerdo con lo expuesto por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es procedente, declarar la nulidad de todo lo actuado, entendiendo que las actuaciones judiciales adelantadas por el Despacho, en la demanda bajo estudio, se encuentran viciadas de nulidad, y rechazar la demanda por agotamiento de jurisdicción.

Por lo expuesto, el JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de lo actuado, desde el auto de 24 de noviembre de 2017, por medio del cual se inadmitió la acción popular, inclusive, por configurarse el agotamiento de jurisdicción, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: RECHAZAR la acción popular instaurada por la señora **EMMA ÁVILA GARAVITO**, contra el **MUNICIPIO DE CÓMBITA, CORPOBOYACÁ, LADRILLERA DEKO, LADRILLERA ROCAMAR y COOPERATIVA DE ALFAREROS DE CÓMBITA - CIMAICON** conforme a la motivación expuesta.

TERCERO: Una vez quede en firme la presente providencia, archívese el expediente dejando las constancias y anotaciones de rigor.



Notifíquese y Cúmplase.


EDITH MILENA RATIVA GARCÍA
Juez



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 – 2019 – 00066– 00
Demandante: ABDENAGO VELASCO FIGUEROA
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL.

Ingresa el proceso al Despacho, con informe secretarial del 06 de mayo de 2019, informando que luego de someterse a reparto, ingresa el presente proceso para proveer lo pertinente (fl.33).

Sería del caso entrar a estudiar los presupuestos para la admisibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en comento, sin embargo, el Despacho de la lectura de certificación vista a folio 17 del expediente advierte que la última unidad donde el demandante prestó sus servicios militares fue el Batallón Artillería No. 1 "TARQUI" en la ciudad de Sogamoso Boyacá.

Así las cosas, encuentra el Despacho que carece de competencia para conocer del presente asunto por factor territorial, de conformidad con lo establecido en el numeral 3º del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011, que dispone:

"Art. 156.- Competencia por razón del territorio. Para la determinación de la competencia por razón del territorio se observarán las siguientes reglas:

(...)

3. En los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral se determinará por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios." (Subrayas fuera de texto)

De acuerdo con lo establecido en los Acuerdos Nos. PSAA06-3578 de 2006 y PSAA15-10449 del 31 de diciembre de 2015, proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el municipio de Sogamoso se encuentra dentro de la **jurisdicción territorial del Circuito Judicial Administrativo de Sogamoso**.

Por lo tanto, resulta claro que este Despacho judicial carece de competencia por el factor territorial para conocer el asunto bajo estudio, por cuanto ha quedado acreditado que el último lugar de prestación de servicios del señor ABDENAGO VELASCO FIGUEROA es el municipio de Sogamoso el cual está comprendido dentro de la jurisdicción territorial del Circuito Judicial Administrativo de **Sogamoso**, siendo entonces procedente, remitir de manera inmediata la demanda de la referencia a los Juzgados Administrativos Orales de ese Circuito Judicial, a fin de que se avoque conocimiento de la misma.

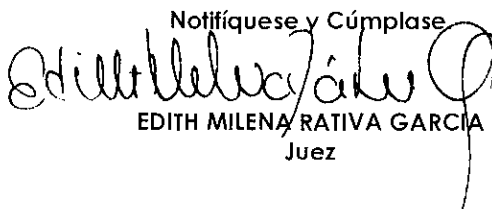
Por lo expuesto, el JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA,

RESUELVE:

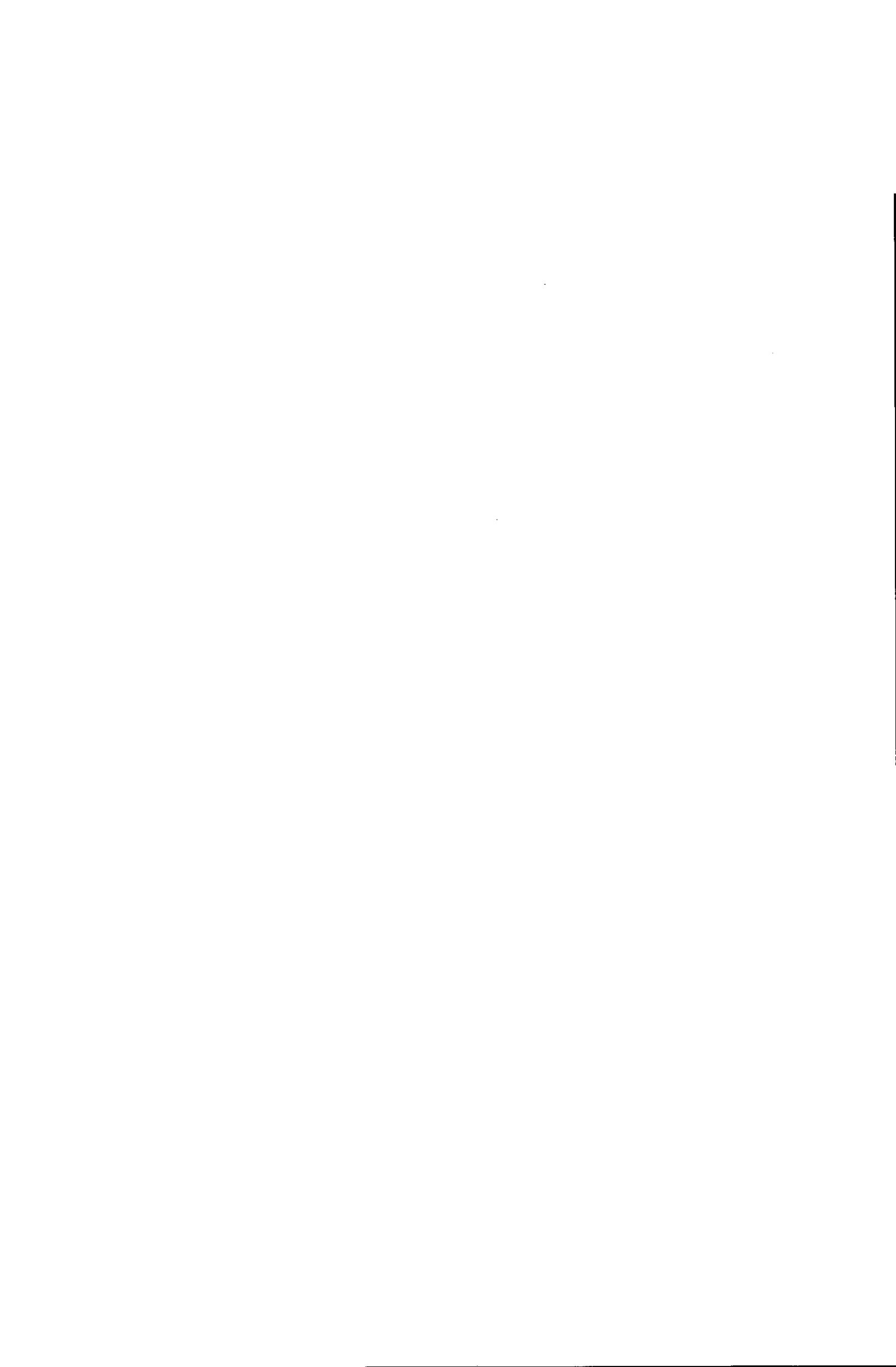
PRIMERO: REMÍTASE por competencia – factor territorial – el asunto de la referencia a los Juzgados Administrativos Orales del Circuito Judicial de Sogamoso (Reparto), conforme a la motivación expuesta.

SEGUNDO: En firme la presente providencia y por Secretaría envíese el expediente a la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Tunja, a fin de que sea dado de baja en el inventario de este Despacho.

TERCERO: Déjense las anotaciones y constancias de rigor.

Notifíquese y Cúmplase

EDITH MILENA RATIVA GARCÍA
Juez







REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2014 00154 00
Demandante: E.S.E. GUSTAVO ROMERO HERNANDEZ DEL MUNICIPIO DE TIBANA
Demandado: HERIBERTO BENÍTEZ BENÍTEZ

Ingresa el proceso al Despacho con informe secretarial del 20 de mayo del año en curso, para verificar cumplimiento de la sentencia proferida o archivo. Para proveer de conformidad (fl. 258).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Revisado el plenario se advierte que a través de **sentencia del 17 de septiembre de 2015** este Despacho accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

“PRIMERO.- DECLARAR PROBADA la excepción de “COBRO DE LO NO DEBIDO AL DR. HERIBERTO BENITEZ BENITEZ”, propuesta por el apoderado de la parte actora. Asi mismo **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de “CULPA EXCLUSIVA DE LA ESE GUSTAVO ROMERO HERNANDEZ DEL MUNICIPIO DE TIBANÁ”, propuesta por la misma parte, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- ABSTENERSE de condenar en costas, teniendo en cuenta el interés público que pretende la acción de repetición.

(...)”

Ahora bien, el Tribunal Administrativo de Boyacá a través de providencia del 23 de agosto de 2017 al analizar el fallo proferido por este estrado judicial revocó la sentencia modificando la parte resolutive quedando así:

“PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, el 17 de septiembre de 2015, dentro del medio de control de repetición adelantado por la E.S.E. Gustavo Romero Hernández de Tibaná en contra del señor Heriberto Benitez Benitez, de conformidad con lo expuesto en este proveido.

SEGUNDO: En su lugar declarar civil y extracontractualmente responsable a Heriberto Benitez Benitez por su actuar en la expedición de la Resolución No. 048 del 28 de octubre de 2008, mediante la cual dio por terminado el cargo de Auxiliar Área de la Salud código 412 Grado 02 que ocupaba la señora Dhyany Johana Guerra Arévalo en provisionalidad.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior el señor Heriberto Benitez Benitez, pagará a la empresa social del Estado Gustavo Romero Hernández de Tibaná la suma de CINCUENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS (53'399.689) de conformidad con la liquidación efectuada en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

(...)”

Esta providencia fue proferida el 3 de agosto de 2017 (fls. 232-250 y vto); su notificación se surtió por estado No. 134 el 25 de agosto de 2017 (vuelto del folio 250), quedando debidamente ejecutoriada.

Ahora bien, debe decirse que el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece el procedimiento que deberán seguir las entidades, a las cuales les sea impuesta condena dentro del proceso judicial.

Indica el inciso 2 del mencionado artículo, que:

"ARTÍCULO 192. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O CONCILIACIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. (...)

Las **condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero** serán cumplidas en un **plazo máximo de diez (10) meses**, contados a partir de la **fecha de la ejecutoria de la sentencia**. Para tal efecto, el beneficiaria deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada. (Negrillas fuera de texto)

De lo anterior se extrae, que la normatividad contenciosa, indica un plazo máximo en que se deberá cumplir la orden dictada por el juez, dentro de procesos ordinarios, logrando distinguir, que para el caso de las condenas consistentes en sumas líquidas de dinero, hay un plazo de **diez (10) meses**, que se contarán a partir de la ejecutoria de la sentencia que la impusiere.

Articulando el contenido de la anterior disposición con lo prescrito en el artículo 298 del C.P.A.C.A., que regula el trámite que se llevará a cabo, dentro del proceso ejecutivo especial ante la jurisdicción contenciosa, es claro que impone una obligación al juez de instancia que profirió el fallo, al determinar:

"ARTÍCULO 298. PROCEDIMIENTO. En los casos a que se refiere el numeral 1 del artículo anterior [ARTÍCULO 297. TÍTULO EJECUTIVO. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo: 1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias. (...)], si transcurrido un (1) año desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria o de la fecha que ella señale, esta no se ha pagado, sin excepción alguna **el juez que la profirió ordenará su cumplimiento inmediato**" (Negrilla del Despacho)

De manera pues que resulta dable concluir de las prescripciones legales transcritas que los Despachos que impongan condenas (en este caso en favor de la entidad pública), que contengan el pago de sumas dinerarias, deben tener como etapa posterior a la sentencia, la verificación de su cumplimiento, lo que constituye una novedad de la Ley 1437 de 2011, en aras de lograr la garantía y protección efectiva de los derechos de las personas que acuden a la jurisdicción, motivo por el cual, este Estrado Judicial a fin de materializar tal derrotero, procederá a indagar el estado del trámite en razón al cumplimiento de las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, teniendo en cuenta que desde la fecha de su ejecutoria ya se superó el término de 10 meses consagrado en el artículo 192 de la citada ley.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA**,

RESUELVE

Oficiar a la **E.S.E. GUSTAVO ROMERO HERNANDEZ DEL MUNICIPIO DE TIBANA**, a fin de que dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la comunicación, se sirva informar a este Despacho, el estado en el cual se encuentra el cumplimiento de las órdenes impartidas en sentencia del 23 de agosto de 2017 proferida por Tribunal Administrativo de Boyacá, (fl. 250), en contra del señor HERIBERTO BENÍTEZ BENÍTEZ, identificado con C.C. No. 79.778.187 de Bogotá.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los términos dados se encuentran ampliamente vencidos y que no se ha obtenido ningún tipo de pronunciamiento de su parte. Igualmente, deberá allegar a este estrado judicial las pruebas documentales con las cuales acredite las gestiones realizadas.

Notifíquese y Cúmplase.


EDITH MILENA RATIVA GARCIA
Juez

<p>JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA</p> <p>El auto anterior se notificó por estado N° 20 de Hoy 31 de mayo de 2019, siendo las 8:00 A.M.</p> <p> SECRETARIO</p>
--



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: EJECUTIVO
Radicación No: 150013333012-2014-0179-00
Demandante: GUILLERMO CORREDOR RODRIGUEZ.
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL UGPP

Ingresó el expediente al Despacho con informe secretarial del 20 de mayo de 2019. Poniendo en conocimiento escrito folio 55. Para proveer de conformidad (fl. 58).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Revisado el expediente se observa que a través de auto del 30 de abril de 2019, se ordenó poner en conocimiento de la parte actora por estado para que en el término de tres (3) días siguientes a la notificación se manifestara respecto de la información allegada por la UGPP y las entidades financieras (fl. 53)

En consideración a lo anterior la parte actora indicó que si bien las entidades requeridas manifestaron no tener vínculo financiero con al UGPP, con las siguientes entidades si posee productos, por lo que solicitó se libren los oficios para dar trámite a la solicitud de medidas cautelares:

- Banco Popular, Cuenta Corriente No. 110-050-25359-0, denominada DTN-Recaudos Cuotas Partes Pensionales y código rentístico 131401-UGPP.
- Banco Agrario de Colombia S.A. Cuenta de Ahorros No. 3-023-00-00446-2, oficina administradora el CAN.

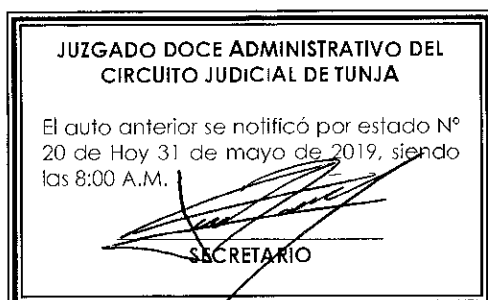
Finalmente indicó que con relación a la Resolución No. 008833 del 08 de marzo de 2018, si bien la entidad demandada ordena el pago de intereses moratorios los mismos no han sido cancelados a su poderdante. Anexó certificación de la existencia de las cuentas a que hizo referencia (fl. 55-57).

Frente a la solicitud elevada por la parte actora, es preciso señalar que con fecha del 11 de febrero de 2019, ya había sido allegada comunicación por parte del Banco Agrario, referente a la Cuenta de Ahorros No. 3-023-00-00446-2, en la cual se informó que el saldo en dicha cuenta es de cero pesos \$0, con estado de inactiva (fl. 19), por lo tanto no se oficiará a dicha entidad bancaria.

Así las cosas, este Despacho previo a resolver ordena **REQUERIR** a la parte demandante a través de **estado** para que indique en qué sede o sucursal bancaria solicita la medida de embargo, de la cuenta corriente No. 110-050-25359-0, denominada DTN-Recaudos Cuotas Partes Pensionales y código rentístico 131401-UGPP.

Ahora bien, como quiera que la medida de embargo solicitada por la parte ejecutante, es de manera indeterminada, se hace necesario identificar con precisión cuáles son los productos financieros con los que cuenta la entidad ejecutada, motivo por el cual a fin de resolver lo pertinente y a efectos de verificar la viabilidad frente a la misma, este despacho dispone **OFICIAR** a al Banco **Popular** de esta ciudad, para que en el término de cinco (5) días contados a partir del recibo del respectivo oficio, informen a este Despacho si la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP, identificada con NIT 900.373.913-4, posee productos bancarios en esa entidad financiera, así mismo para que indiquen el tipo de producto, número de cuenta, estado (activo/inactivo), denominación de la cuenta, saldo disponible a la fecha y origen de los dineros depositados en cada una de estas y si los mismos están protegidos con el beneficio de inembargabilidad o a qué clase de cuentas pertenecen, **en especial** en lo referente a la cuenta Cuenta Corriente No. 110-050-25359-0, denominada DTN-Recaudos Cuotas Partes Pensionales y código rentístico 131401-UGPP.

Así mismo, se **REQUIERE** a la parte ejecutante para que trámite el oficio ante la entidad correspondiente, allegando a este Despacho las constancias de su radicación.



Notifíquese y Cúmplase.


EDITH MILENA RATIVA GARCIA
Juez





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: EJECUTIVO
Radicación No: 150013333012 – 2014 – 00218 – 00
Demandante: JORGE ENRIQUE VALENCIA BUITRAGO
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P.

Ingresar el expediente al Despacho con informe secretarial del 20 de mayo de 2019, poniendo en conocimiento memoriales a folios 22 y siguientes. Para proveer de conformidad (fl. 26).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Revisado el expediente se observa que a través de auto del 28 de marzo de 2019, se ordenó en primer lugar requerir a la parte demandante a través de estado para que indicara en qué sede o sucursal bancaria solicitaba la medida de embargo, de las siguientes cuentas: corriente No. 110-050-25359-0 del Banco Popular, de ahorro No. 470100467831 del Banco Davivienda, y de ahorros No. 3-023-00-00446-2 del Banco Agrario de Colombia S.A.

Igualmente oficiar a los Bancos Occidente, BBVA, Bancolombia y Bogotá de esta ciudad, que suministraran la información requerida en ese auto y por secretaría se ordenó elaborar los respectivos oficios y abrir cuaderno separado para surtir el trámite de la medida cautelar.

Así mismo, se requirió a la parte ejecutante para que tramitara los oficios ante las entidades correspondientes, allegando a este Despacho las constancias de su radicación.

Finalmente se ordenó poner en conocimiento de la parte actora la documental allegada por la UGPP vista a folios 310-313, para que pronunciara lo que considerara pertinente (fl. 7 y vto).

En consideración a lo anterior la parte ejecutante con fecha del 03 de abril de 2019, informó que la documentación requerida por la entidad accionada a través de la Resolución SFO 468 del 25 de febrero de 2019, sería allegada una vez fuera tramitada en su totalidad y que la sede o sucursal en la cual se debe proceder con la medida cautelar es en la ciudad de Tunja y allegó dos certificaciones relacionadas con el Banco Popular y el Banco Agrario de Colombia (fls. 9-11).

Igualmente la parte demandante tramitó los correspondientes oficios a los Bancos Occidente, BBVA, Bancolombia y Bogotá, de acuerdo a constancia del 09 de mayo de 2019 (fl. 17-21), a lo cual las entidades oficiadas manifestaron no tener vínculos comerciales con la UGPP (fls. 22-25 y 27).

Así las cosas de conformidad con la información allegada por el apoderado del demandante, como quiera que la medida de embargo solicitada es de manera indeterminada frente a algunos bancos, se hace necesario identificar con precisión cuáles son los productos financieros con los que cuenta la entidad ejecutada, motivo por el cual a fin de resolver lo pertinente y a efectos de verificar la viabilidad frente a la misma, este despacho dispone **OFICIAR** a los Bancos **POPULAR, DAVIVIENDA y AGRARIO** de esta ciudad, para que en el término de cinco (5) días contados a partir del recibo del respectivo oficio, informen a este Despacho si la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, identificada con NIT 900.373.913-4, posee productos bancarios en esa entidad financiera, así mismo para que indiquen el tipo de producto, número de cuenta, estado (activo/inactivo), denominación de la cuenta, saldo disponible a la fecha y origen de los dineros depositados en cada una de estas y si los mismos están protegidos con el beneficio de inembargabilidad o a qué clase de cuentas pertenecen.

Referencia: EJECUTIVO
Radicación No: 110013333012-2014-0016-00
Demandante: JORGE ENRIQUE VALENTA EL FRAGO
Demandado: ENTIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA DIVISIÓN PENAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - E.L.S.P.P.

En especial para que aporten la información solicitada respecto de las cuentas corriente No. 110-050-25359-0 del Banco **Popular**, de ahorro No. 470100467831 del Banco **Davivienda**, y de ahorros No. 3-023-00-00446-2 del Banco **Agrario** de Colombia S.A

Por **Secretaría** se ordena elaborar los respectivos oficios, para surtir el trámite de la medida cautelar.

Así mismo, se **REQUIERE** a la parte ejecutante para que tramite los oficios ante las entidades correspondientes, allegando a este Despacho las constancias de su radicación.

Notifíquese y Cúmplase.


EDITH MILENA RATIVA GARCIA
Juez





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 150013333012 – 2016 – 00092 – 00
Demandante: MARTHA LUCIA MARTINEZ SATOBA
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Ingresa el proceso al Despacho con informe secretarial del 20 de mayo del año en curso, poniendo en conocimiento verificación de cumplimiento de fallo, para proveer de conformidad (fl. 167).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Revisado el plenario se advierte que a través de **sentencia del 03 de agosto de 2017**, este Despacho accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de i) Inexistencia del Derecho y la Obligación reclamada, ii) Prescripción, iii) Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, iv) Buena fe, v) Compensación – Deducción de pagos realizados y vi) Innominada o Genérica, propuestas por la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DECLARAR LA NULIDAD de la **Resolución No. GNR 397704 del 9 de diciembre de 2015**, por medio de la cual COLPENSIONES negó la reliquidación de la pensión de vejez de la actora, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- DECLARAR LA NULIDAD de la **Resolución No. VPB 7B89 del 16 de febrero de 2016**, por medio de la cual COLPENSIONES resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la resolución No. GNR 397704 del 9 de diciembre de 2015, y confirmo en todas y cada una de sus partes la precitada resolución, por lo expuesto en la providencia.

CUARTO.- CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", a título de restablecimiento del derecho, o **RELIQUIDAR** la pensión mensual de vejez de la señora MARTHA LUCIA MARTINEZ SATOBA, a partir del **29 de diciembre de 2014**, aplicando el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985, es decir, en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de servicios esto es entre el 28 de diciembre de 2013 al 29 de diciembre de 2014, para tal efecto la pensión de la actora se deberá reliquidar con los factores salariales, tales como, el Sueldo devengado, el reajuste del sueldo, el subsidio de alimentación, el reajuste de subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima de vacaciones, el reajuste de prima de vacaciones, la prima de navidad, la bonificación por servicios y la prima de servicios, los cuales se encuentran debidamente certificados, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", a título de restablecimiento del derecho, a pagar a la señora MARTHA LUCIA MARTINEZ SATOBA, el valor de la diferencia en las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el **29 de diciembre de 2014**, día de retiro definitivo del servicio con efectos fiscales a partir de esa misma fecha por cuanto no operó el fenómeno de la prescripción, cifras que serán indexadas mes a mes con fundamento en lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aplicando para ello la fórmula mencionada en la parte motiva de la presente decisión.

SEXTO.- La Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 192, 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 192 *ibídem*.

SÉPTIMO.- La Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", deberá efectuar las deducciones por concepto de aportes para pensión y salud sobre los factores que aquí se ordenan incluir en la base de liquidación, durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral por prescripción extintiva en el porcentaje que correspondía a la entonces empleada mes a mes y trasladarlos a la entidad a cargo de la pensión debidamente indexados conforme al IPC. Pero haciendo la salvedad que dichos valores no deben superar el monto de las diferencias causadas a favor de la demandante, caso en el cual solamente hasta dicha suma se podrán realizar los descuentos ordenados.

OCTAVO.- DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda

NOVENO.- CONDENAR en costas a la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia. Por Secretaría, Liquidense.

DÉCIMO.- Se fijan como agencias en derecho la suma correspondiente al uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones concedidas en la presente providencia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

(...)"

Esta providencia fue proferida en el 03 de agosto de 2017 (fls. 114-122); su notificación se surtió por estado No. 31 del 04 de agosto del mismo año, quedando debidamente ejecutoriada.

Ahora bien, debe decirse que el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece el procedimiento que deberán seguir las entidades, a las cuales les sea impuesta condena dentro del proceso judicial.

Indica el inciso 2 del mencionado artículo, que:

"ARTÍCULO 192. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O CONCILIACIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. (...)

Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada. (Negritas fuera de texto)

De lo anterior se extrae, que la normatividad contenciosa, indica un plazo máximo en que se deberá cumplir la orden dictada por el juez, dentro de procesos ordinarios, logrando distinguir, que para el caso de las condenas consistentes en sumas líquidas de dinero, hay un plazo de **diez (10) meses**, que se contarán a partir de la ejecutoria de la sentencia que la impusiere.

Articulando el contenido de la anterior disposición con lo prescrito en el artículo 298 del C.P.A.C.A., que regula el trámite que se llevará a cabo, dentro del proceso ejecutivo especial ante la jurisdicción contenciosa, es claro que impone una obligación al juez de instancia que profirió el fallo, al determinar:

"ARTÍCULO 298. PROCEDIMIENTO. En los casos a que se refiere el numeral 1 del artículo anterior [ARTÍCULO 297. TÍTULO EJECUTIVO. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo: 1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias. (...)], si transcurrido un (1) año desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria o de la fecha que ella señale, esta no se ha pagado, sin excepción alguna el juez que la profirió ordenará su cumplimiento inmediato" (Negrilla del Despacho)

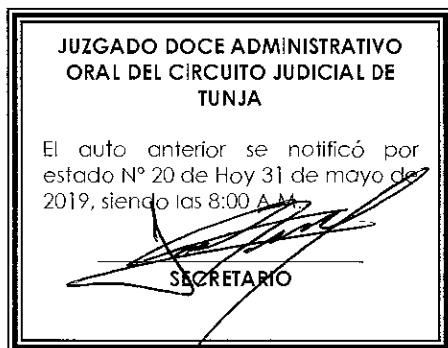
De manera pues que resulta dable concluir de las prescripciones legales transcritas que los Despachos que impongan condenas a las entidades que contengan el pago de sumas dinerarias, deben tener como etapa posterior a la sentencia, la verificación de su cumplimiento, lo que constituye una novedad de la Ley 1437 de 2011, en aras de lograr la garantía y protección efectiva de los derechos de las personas que acuden a la jurisdicción, motivo por el cual, este Estrado Judicial a fin de materializar tal derrotero, procederá a indagar el estado del trámite en razón al cumplimiento de las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, teniendo en cuenta que desde la fecha de su ejecutoria ya se superó el término de 10 meses consagrado en el artículo 192 de la citada ley.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA,**

RESUELVE

Oficiar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a fin de que dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la comunicación, se sirva informar a este Despacho, el estado en el cual se encuentra el cumplimiento de las órdenes impartidas en sentencia del 03 de agosto de 2017, proferida por este estrado judicial, a favor de la señora MARTHA LUCIA MARTINEZ SATOBA, identificada con C.C. No. 40.015.908.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los términos dados se encuentran ampliamente vencidos y que no se ha obtenido ningún tipo de pronunciamiento de su parte. Igualmente, deberá allegar a este estrado judicial las pruebas documentales con las cuales acredite las gestiones realizadas.



Notifíquese y Cúmplase.


EDITH MILENA RATIVA GARCIA
Juez



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: EJECUTIVO
Radicación No: 15001 3333 012 2014 0016500
Demandante: LILIA INÉS PÉREZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FNPSM

Ingresan las diligencias al Despacho, con informe secretarial del 17 de mayo de 2019, poniendo en conocimiento escrito que antecede, para proveer de conformidad (fl. 14).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Revisado el expediente, se observa que a través de auto del 04 de abril de 2019, se ordenó oficiar al Banco BBVA de esta ciudad, para que en el término de cinco (5) días contados a partir del recibo del respectivo oficio, informara la información que se detalla en ese auto.

Así mismo, se requirió a la parte ejecutante para que tramitara los oficios ante la entidad correspondiente, alleganda a este Despacho las constancias de su radicación.

Finalmente se dispuso, por secretaría se elaborara los respectivos oficios y abrir cuaderno separado para surtir el trámite de la medida cautelar (fl. 8).

Dando cumplimiento a lo anterior por secretaría se elaboró el oficio No. J012P-00543 del 23 de abril de 2019 (fl. 10), siendo tramitado por la parte actora.

A su turno la entidad oficiada en primer lugar, mediante oficio No. 0543 del 16 de mayo de 2019, suscrito por el Vicepresidente Ejecutivo de Ingeniería –Operaciones- Embargos-, informó que al realizar la consulta en la base de datos, el 09 de mayo de 2019, aparecen algunas cuentas pertenecientes a la entidad demandada, no obstante en la misiva no se hace claridad si las mismas son de naturaleza embargable o inembargable, y no se hace una correcta identificación a cerca de las naturaleza de las respectivas cuentas, es decir no se informó lo requerido por esta instancia judicial (fl. 13)

Además la misma entidad financiera, mediante oficio No. 000271 allegado 16 de mayo de 2019, suscrita por el Subgerente de Gestión Operativa, Banca Institucional de Bogotá, informó un listado de cuentas a nombre del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que administra la Fiduciaria la Previsora identificada con el NIT 860.525.148-5, las cuales son de naturaleza inembargable, sin realizar mayor descripción de las mismas cuentas (fl. 15)

Así las cosas, ante la falta de claridad de las cuentas que podrían ser objeto de la medida cautelar se **REQUIERE POR PRIMERA VEZ al Banco BBVA**, para que dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación informe puntualmente si la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FNPSM, posee productos bancarios administradas por la FIDUPREVISORA con No. NIT. 860525148-5 en esa entidad financiera, así mismo para que indiquen tipo de producto, número de cuenta, estado (activo/inactivo), denominación de la cuenta, saldo disponible a la fecha y origen de los dineros depositados en cada una de estas y si los mismos están protegidos con el beneficio de inembargabilidad o a qué clase de cuentas pertenecen.



Notifíquese y Cúmplase.

EDITH MILENA RATIVA GARCIA

Juez



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA
Tunja, treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación No: 15001 3333 012 2018 00070 00
Accionante: EDITHSON HUERTAS RIOS
Accionados: DIRECTOR Y AREA DE SANIDAD DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE ALTA SEGURIDAD DE CÓMBITA Y CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2017 (INTEGRADO POR FIDUPREVISORA Y FIDUAGRARIA)

Ingresan las diligencias al Despacho, con informe secretarial del veintisiete de mayo del año en curso, poniendo en conocimiento memorial obrante a folio 196 y siguientes. Para proveer de conformidad (fl. 202)

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Revisado el expediente se observa que a través de auto del dieciséis de mayo del año que avanza, se ordenó **por secretaría requerir** al Director del EPAMSCASCO para que dentro de los cinco días siguientes al recibo de la comunicación, remitiera la prueba que acreditara que a través de correo electrónico había solicitado la cita del actor por la especialidad de oftalmología al Hospital San Rafael de Tunja, para poder hacer seguimiento de la cita, igualmente, se puso en su conocimiento el escrito radicado por el actor visible a folio 169.

De otra parte, se dispuso **OFICIAR** al Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2017 (integrado por las sociedades Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A), para que dentro del **término de cinco** días siguientes al recibo de la comunicación, expidiera la **autorización para la consulta de control o seguimiento por la especialidad en medicina física y rehabilitación** que necesitaba el actor, la cual había sido solicitada por el EPAMSCASCO el 09/05/2019, procediera a su envío al área de sanidad y lo acreditara a este estrado judicial.

Finalmente, se ordenó poner en conocimiento del accionante el contenido de la providencia on cita (fl. 191)

Ahora bien, en diligencia de notificación personal realizada al actor el 24 de mayo de hogaña, éste manifestó lo siguiente: *"Señor Juez esta pendiente la cirugía de las vistas por Terijio crdenanoda (sic) por el Doctor Juan Baquero oftalmologo del Hospital San Rafael el cual no han realizado y tampoco la entrega de las gafas y medicamentos gracias" (fl. 201).*

De otra parte la apoderada del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019, a través de escrito enviado vía correo electrónico y físico el 25 y 27 de mayo de los corrientes, manifestó que conforme a lo ordenado expidió a favor del interno: autorización CFSU1000111 para consulta por primera vez en medicina física y rehabilitación de fecha 13 de mayo de 2019 en la IPS Hospital San Rafael de Tunja, el cual fue enviado por mensaje de datos al EPC combita el 22 del mismo mes y año, aportando pantallazo de la remisión.

Agregó que el encargado de practicar los servicios médicos y garantizar el traslado del actor a la cita es el INPEC, en virtud del manual específico de funciones, por lo que solicita la desvinculación del Consorcio y que se ordene al EPAMSCASCO el traslado a la cita, así como la materialización de las autorizaciones expedidas en favor del actor respecto de las patologías que sufre.

Aportó copia del contrato de fiducia mercantil; escritura pública No. 347 de 29 de marzo de 2019, autorización de servicio para la consulta y soporte de correo enviado el 22 de mayo de 2019 (fls. 195-198 y 203-207)

En ese orden de ideas y en atención a lo informado por el actor en su escrito, llama la atención del Despacho que dentro del expediente obra constancia de fecha 28/08/2018, en la cual se acredita la entrega de las gafas por parte de la IPS Bienestar Integral SAS, al accionante quien impuso firma y huella de recibido de las mismas¹; no obstante lo anterior, éste afirma que está pendiente su entrega.

Así las cosas, en primer lugar se recordarán cuáles fueron las órdenes impartidas el 15 de marzo de 2018 en el fallo proferido, para posteriormente adoptar decisiones tendientes a la verificación de cumplimiento de las mismas:

"{...}

TERCERO: ORDENAR al DIRECTOR Y AL ÁREA DE SANIDAD DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD DE CÓMBITA, que dentro de los cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo procedan a darle trámite a las autorizaciones de servicios expedidas por la FIDUPREVISORA el 20 de marzo de 2018 a favor del actor **EDITHSON HUERTAS RIOS**,

¹Vuelto del folio 175 y 189.

identificado con TD No. 28746, esto es, soliciten al Hospital San Rafael de Tunja agenda para la realización de los exámenes y valoraciones y una vez asignadas estas, se garantice el traslado del interno, allegando al Despacho la prueba respectiva de su gestión, para que en el menor tiempo posible le sea diagnosticado un tratamiento médico a las patologías que lo aquejan, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR al DIRECTOR Y AL ÁREA DE SANIDAD DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD DE CÓMBITA, que coordinen a través del **CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2017** (integrado por la Fiduprevisora S.A. y la Fiduagraria), los tratamientos ordenados por el médico tratante para mejorar las enfermedades diagnosticadas al actor.

QUINTO.- ORDENAR al DIRECTOR Y AL ÁREA DE SANIDAD DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD DE CÓMBITA, que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, dé respuesta clara, completa y de fondo a las peticiones presentadas por el interno **EDITHSON HUERTAS RIOS, identificado con TD No. 28746**, los días **15 de diciembre de 2017 y 15 de febrero de 2018**, dirigidas al área de sanidad del EPAMSCASCO, en lo relacionado con la realización de la plaqueta de la columna vertebral y el examen de su ojo derecho y aporte a este Despacho constancia de notificación de la respuesta dada en esos aspectos.

Se aclara desde ya que todas las decisiones que se adopten deberán ser notificadas al accionante y de ello se deberá informar a este Despacho, allegando las pruebas que acrediten su cumplimiento.

...”

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta la **incongruencia** entre lo manifestado por el actor en sus escritos y lo acreditado por la accionada, se hace necesario, en aplicación del principio de colaboración armónica, consagrado en la constitución nacional en el artículo 113; **OFICIAR a la Defensoría del Pueblo Regional Boyacá**, para que a través de uno de los Defensores Públicos asignados a la Cárcel de Cómbita y/o a quienes ellos designen, en un plazo máximo de **5 días**, con base en las órdenes impuestas en el fallo del 15 de marzo de 2018 y partiendo de la historia clínica del actor, se entreviste con este y con la accionada a fin de verificar personalmente el cumplimiento del fallo de tutela proferido, en especial si al interno ya le fueron entregadas las gafas, si tiene alguna intervención quirúrgica pendiente, en caso afirmativo cuál, así mismo, si tiene pendiente la entrega de medicamentos, la realización de valoraciones con especialistas y demás, es decir, todo lo relacionado con su situación real y actual. De la visita se rendirá informe por escrito y se aportará copia reciente de la historia clínica del actor. Por Secretaría alléguesele copia de la acción de tutela y del fallo proferido.

Una vez rendido el informe por la Defensoría del Pueblo, ingrese el proceso al Despacho para determinar cuál es el trámite a seguir.

Notifíquese y Cúmplase.


EDITH MILENA RÁTIVA GARCÍA
Juez

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

El auto anterior se notificó por estado N°
20 de hoy 31 de mayo de 2019, siendo
las 8:00 A.M.


SECRETARIO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA
Tunja, treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: EJECUTIVO
Radicación No: 150013333006-2016-00103-00
Demandante: CARLOS EDUARDO VELOZA SANTAMARÍA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FNPS

Ingresa el expediente al Despacho con informe secretarial del 20 de mayo de 2019. Para proveer de conformidad (fl. 46).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Mediante auto de fecha 30 de abril del año en curso, se ordenó oficial al Banco Bogotá de la ciudad de Bogotá, indicándole que la parte demandada era la Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, el NIT es 899.999.001-7 por lo que debía proceder a dar cumplimiento a lo ordenado en el oficio No. J012P-00237 de 27 de febrero de 2019; igualmente, se ordenó requerir al Banco BBVA de la ciudad de Bogotá, para que dentro de los cinco días siguientes al recibo de la comunicación, remitiera la información solicitada en el oficio No. J012P-00236 de 27 de febrero de 2019, anexándole copia del mismo (fl. 36)

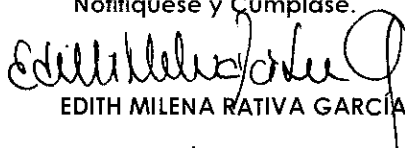
Por su parte, la Vicepresidenta Ejecutiva de Ingeniería-Operaciones-Embargos del BBVA, a través de escrito radicado el 16 de mayo de 2019, manifestó que de conformidad con la Circular Externa 031 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, las sumas depositadas en las cuentas de la entidad demandada, afectadas con la medida de embargo, gozan del beneficio de inembargabilidad y adjuntó la circular que citó (fls. 40-44) y solicitó se informara si se debía proceder a registrar la respectiva medida cautelar.

Ahora bien, el Jefe de Servicios de la oficina del Banco de Bogotá, mediante escrito radicado el 17 de mayo de 2019, informó que no era posible acatar la orden de embargo, debido a que en el Banco no existen cuentas creadas a nombre de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-FNPSM-, identificado con NIT 899999001-7, motivo por el cual no fue posible obedecer la orden en tal sentido (fl. 45).

En este orden de ideas, respecto de la contestación dada por el Banco BBVA, se informa que la medida cautelar solicitada por la parte ejecutante además de cumplir con los requisitos legales, es procedente por tratarse del cobro ejecutivo de una acreencia laboral contenida en un fallo judicial, según los criterios establecidos por la Corte Constitucional¹, acogidos por el Consejo de Estado² a la excepción a la regla general de inembargabilidad.

Así las cosas, se ordena por secretaría **REQUERIR** al **Banco BBVA** de la ciudad de Bogotá, para que dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que reciba la comunicación de cumplimiento a lo ordenado por este despacho en auto del 14 de febrero de 2019, para el efecto remítase copia de la mentada providencia y de la que hoy se notifica.

Finalmente, se ordena por estado, poner en conocimiento de la parte actora la documental obrante a folio 45.

Notifíquese y Cúmplase.

EDITH MILENA RATIVA GARCÍA
Juez



¹ Corte Constitucional, C-1154/2008, C. Vargas. Corte Constitucional, C-543/2013, J. Pretelt.

² Consejo de Estado, 8 de mayo de 2014 radicado. 11001-0327-000201200044-00 (19717), J. Ramírez. Consejo de Estado, 21 Jul.2017 (3679-2014), C. Perdomo.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA
Tunja, treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2014 00127 00
Demandante: FAUSTINO CÁCERES RODRÍGUEZ
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL-

Ingresó el proceso al Despacho con informe secretarial del veinte de mayo de los corrientes, para verificar cumplimiento de las sentencias proferidas. Para proveer de conformidad (fl. 272).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Revisado el plenario se advierte que a través de **sentencia del 12 de marzo de 2015** este Despacho accedió parcialmente, a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

PRIMERO. - Declarar la nulidad del Acto Administrativo contenido en el oficio No. 100876, 2013- 0068852, del 22 de noviembre de 2013, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", por medio del cual se negó la reliquidación de la Asignación de Retiro del señor Faustino Cáceres Rodríguez, Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, identificado con la cédula de ciudadanía N°88.199.233, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", reajuste la Asignación de Retiro del señor Faustino Cáceres Rodríguez, a partir del 30 de junio de 2012 (Fl.23-24), para lo cual se tendrá en cuenta, el 70% de salario básico o sueldo básico y el 38,5% adicional a título de prima de antigüedad, de conformidad con lo indicado a lo largo de este proveído.

TERCERO.- Condenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", a pagar la indexación de las sumas adeudadas, de conformidad con las previsiones del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., a efectos de que ésta pague su valor actualizado, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemáticas financieras acogida por el H. Consejo de Estado:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

CUARTO.-.- Denegar las demás pretensiones de la demanda

QUINTO.- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", debe cumplir la presente sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO.- Condenar en costas del proceso a la parte demandada, como ordenan los artículos 365 y 366 del CGP, por secretaría efectúese la liquidación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO.- Fijese como agencias en derecho conforme al artículo 3.1.2., del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, el tres por ciento (3%) **del valor que resulte liquidado por la respectiva entidad condenada** al momento de dar cumplimiento al presente fallo.

OCTAVO.- En firme, para su cumplimiento, por secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA; realizado lo anterior y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), archívese el expediente dejando las constancias respectivas" (fls. 100-108)

Ahora bien, el Tribunal Administrativo de Boyacá a través de providencia del **14 de noviembre de 2017** al analizar el fallo proferido por este estrado judicial dispuso:

"PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Administrativa Oral del Circuito Judicial de Tunja el doce (12) de marzo de dos mil quince (2015), que accedió a las pretensiones de la demanda, en el sentido de indicar lo siguiente:

"Sin lugar a prescripción de derecho pensional alguno, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído".

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia recurrida, en todo lo demás.

TERCERO.- Condenar en costas a la parte demandada. Tásense las agencias en derecho en segunda instancia en el equivalente al uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones, conforme lo señala el Acuerdo 1887 de 2003.

CUARTO.- En firme esta providencia, por Secretaria comuníquese a las partes en la forma prevista en el artículo 203 del CPACA.

QUINTO.- Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente al despacho de origen y de ello déjese registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

SEXTO.- RECONÓZCASE personería para actuar a la Abogada María Patricia Aldana Ospina, identificada profesionalmente con T.P. No. 197.033 del C.S. de la J., para que actúe como apoderada judicial de la entidad demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL, en los términos y para los efectos descritos en el poder especial visible a folio 237 del expediente " (fls. 247-258).

Esta providencia fue proferida el 14 de noviembre de 2017 (fls. 247-258); su notificación se surtió por estado No. 189 el 16 de noviembre de 2017, quedando debidamente ejecutoriada.

Ahora bien, debe decirse que el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece el procedimiento que deberán seguir las entidades, a las cuales les sea impuesta condena dentro del proceso judicial.

Indica el inciso 2 del mencionado artículo, que:

"ARTÍCULO 192. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O CONCILIACIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. (...)

Las **condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero** serán cumplidas en un **plazo máximo de diez (10) meses**, contados a partir de la **fecha de la ejecutoria de la sentencia**. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada. (Negrillas fuera de texto)

De lo anterior se extrae, que la normatividad contenciosa, indica un plazo máximo en que se deberá cumplir la orden dictada por el juez, dentro de procesos ordinarios, logrando distinguir, que para el caso de las condenas consistentes en sumas líquidas de dinero, hay un plazo de **diez (10) meses**, que se contarán a partir de la ejecutoria de la sentencia que la impusiere.

Articulando el contenido de la anterior disposición con lo prescrito en el artículo 298 del C.P.A.C.A., que regula el trámite que se llevará a cabo, dentro del proceso ejecutivo especial ante la jurisdicción contenciosa, es claro que impone una obligación al juez de instancia que profirió el fallo, al determinar:

"ARTÍCULO 298. PROCEDIMIENTO. En los casos a que se refiere el numeral 1 del artículo anterior [ARTÍCULO 297. TÍTULO EJECUTIVO. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo: 1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias. (...)], si transcurrido un (1) año desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria o de la fecha que ella señale, esta no se ha pagado, sin excepción alguna **el juez que la profirió ordenará su cumplimiento inmediata**" (Negrilla del Despacho)

De manera pues que resulta dable concluir de las prescripciones legales transcritas que los Despachos que impongan condenas a las entidades que contengan el pago de sumas dinerarias, deben tener como etapa posterior a la sentencia, la verificación de su cumplimiento, lo que constituye una novedad de la Ley 1437 de 2011, en aras de lograr la garantía y protección efectiva de los derechos de las personas que acuden a la jurisdicción, motivo por el cual, este estrado judicial a fin de materializar tal derrotero, procederá a indagar el estado del trámite en razón al cumplimiento de las sentencias proferidas dentro

del proceso de la referencia, teniendo en cuenta que desde la fecha de su ejecutoria ya se superó el término de 10 meses consagrado en el artículo 192 de la citada ley.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA,**

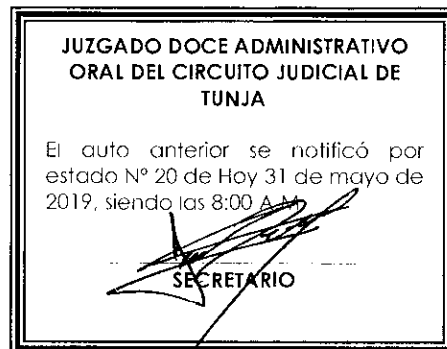
RESUELVE:

Oficiar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", a fin de que dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la comunicación, se sirva informar y documentar a este Despacho, el estado en el cual se encuentra el cumplimiento de las órdenes impartidas en sentencia del **12 de marzo de 2015** proferida por este estrado judicial (fs. 100-108), la cual fue confirmada y adicionada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante providencia del **14 de noviembre de 2017** (fs. 247-258), a favor del señor **FAUSTINO CÁCERES RODRÍGUEZ**, identificado con C.C. No. 88.199.233 de Cúcuta.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los términos dados se encuentran ampliamente vencidos y no se ha acreditado documentalmente el cumplimiento de las órdenes judiciales.

Notifíquese y Cúmplase.


EDITH MILENA RATIVA GARCÍA
Juez







REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA
Tunja, treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2015 00092 00
Demandante: GLORIA ESPERANZA SANABRIA MORENO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –

Ingresa el proceso al Despacho con informe secretarial del veinte de mayo de los corrientes, para verificar cumplimiento de las sentencias proferidas. Para proveer de conformidad (fl. 228).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Revisado el plenario se advierte que a través de **sentencia del 4 de agosto de 2016** este Despacho accedió parcialmente, a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de "inexistencia del derecho y de la obligación reclamada", "Improcedencia diferencial salarial de las mesadas" "Improcedencia de indexación", "improcedencia de intereses moratorios" "Cobro de lo no debido", "Buena fe de COLPENSIONES" y "Compensación", propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DECLARAR PROBADA la excepción de Prescripción Parcial propuesta por la parte demandada, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- DECLARAR la existencia del acto ficto o presunto originado en la petición radicada el día 23 de octubre de 2014 por parte de los demandantes, conforme se expresó en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo ficto o presunto configurado por el silencio administrativo negativo frente a la petición radicada por el apoderado de la parte demandante el 23 de octubre de 2014, a través de la cual solicitó la reliquidación de la pensión de sobrevivientes devengada por los demandantes Gloria Esperanza Sanabria Moreno y Jorge Armando Pinzón Sanabria, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó el señor Armando Pinzón Suarez durante el último año de servicios antes de su fallecimiento, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar la pensión de sobrevivientes de los demandantes Gloria Esperanza Sanabria Moreno y Jorge Armando Pinzón Sanabria, en las mesadas a que tengan derecho, a partir del 31 de enero de 2010, pero con **efectos fiscales a partir del 23 de octubre de 2011**, aplicando el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985, con base en el criterio de interpretación establecido por el Consejo de Estado, mediante providencia de unificación de fecha 4 de Agosto de 2010, proferida dentro del Expediente No. NI 0112-09, es decir, teniendo en cuenta el setenta y cinco por ciento (75%) de lo devengado por el causante **desde el 1 de febrero de 2009 al 31 de enero de 2010**, los cuales se encuentran debidamente certificados, esto es, que la referida pensión se deberá reliquidar incluyendo la **asignación básica, prima de servicios, bonificación por servicios, prima de navidad, subsidio de alimentación, auxilio de transporte y prima de vacaciones**, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO.- CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- a título de restablecimiento del derecho, a pagar a los señores Gloria Esperanza Sanabria Moreno y Jorge Armando Pinzón Sanabria, en las mesadas a que tengan derecho, el valor de la diferencia en las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el **31 de enero de 2010**¹⁷, pero con efectos fiscales a partir del **23 de octubre de 2011**, en atención a que operó de manera parcial el fenómeno de la **prescripción**, cifras que serán indexadas mes a mes con fundamento en lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

SEPTIMO.- La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 192 ibídem.

OCTAVO.- La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** deberá **DESCONTAR** de las anteriores sumas, los aportes correspondientes por los factores de **prima de servicios, bonificación por servicios, prima de navidad, subsidio de alimentación, auxilio de transporte y prima de vacaciones**, por el período comprendido entre el **1 de febrero de 2005 al 31 de enero de 2010** en el porcentaje que le correspondía al causante en su condición de empleado, dado el fenómeno prescriptivo expuesto, siempre y cuando, sobre éstos no se hayan efectuado la deducción legal; así mismo, sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a favor de los demandantes, se deberán efectuar los descuentos de ley, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud. Ello siempre y cuando, dichos valores no deben superar el monto de las diferencias causadas a favor de los demandantes, caso en el cual solamente hasta dicha suma se podrán realizar los descuentos ordenados.

NOVENO- NO CONDENAR en costas, conforme se expuso en la parte motiva de la providencia.

DÉCIMO.- En firme, para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA; realizado lo anterior y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), archívese el expediente dejando las constancias respectivas" (fls. 158-171)

Ahora bien, el Tribunal Administrativo de Boyacá a través de providencia del **20 de marzo de 2018** al analizar el fallo proferido por este estrado judicial dispuso:

"PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, proferida en audiencia inicial el 4 de agosto de 2016 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Informedad de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI". (fls. 209-216)

Esta providencia fue proferida el 20 de marzo de 2018 (fls. 209-216); su notificación se surtió por estado No. 46 el 22 de marzo de 2018, quedando debidamente ejecutoriada.

Ahora bien, debe decirse que el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece el procedimiento que deberán seguir las entidades, a las cuales es sea impuesta condena dentro del proceso judicial.

Indica el inciso 2 del mencionado artículo, que:

"ARTÍCULO 192. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O CONCILIACIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. (...)

Las **condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero** serán cumplidas en un **plazo máximo de diez (10) meses**, contados a partir de la **fecha de la ejecutoria de la sentencia**. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada. (Negrillas fuera de texto)

De lo anterior se extrae, que la normatividad contenciosa, indica un plazo máximo en que se deberá cumplir la orden dictada por el juez, dentro de procesos ordinarios, logrando distinguir, que para el caso de las condenas consistentes en sumas líquidas de dinero, hay un plazo de **diez (10) meses**, que se contarán a partir de la ejecutoria de la sentencia que la impusiere.

Articulando el contenido de la anterior disposición con lo prescrito en el artículo 298 del C.P.A.C.A., que regula el trámite que se llevará a cabo, dentro del proceso ejecutivo especial ante la jurisdicción contenciosa, es claro que impone una obligación al juez de instancia que profirió el fallo, al determinar:

"ARTÍCULO 298. PROCEDIMIENTO. En los casos a que se refiere el numeral 1 del artículo anterior [ARTÍCULO 297. TÍTULO EJECUTIVO. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo: 1. Las sentencias aebidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias. (...)], si transcurrido un (1) año desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria o

de la fecha que ella señale, esta no se ha pagado, sin excepción alguna el juez que la profirió ordenará su cumplimiento inmediato" (Negrilla del Despacho)

De manera pues que resulta dable concluir de las prescripciones legales transcritas que los Despachos que impongan condenas a las entidades que contengan el pago de sumas dinerarias, deben tener como etapa posterior a la sentencia, la verificación de su cumplimiento, lo que constituye una novedad de la Ley 1437 de 2011, en aras de lograr la garantía y protección efectiva de los derechos de las personas que acuden a la jurisdicción, motivo por el cual, este estrado judicial a fin de materializar tal derrotero, procederá a indagar el estado del trámite en razón al cumplimiento de las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, teniendo en cuenta que desde la fecha de su ejecutoria ya se superó el término de 10 meses consagrado en el artículo 192 de la citada ley.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA,**

RESUELVE:

Oficiar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, a fin de que dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la comunicación, se sirva informar y documentar a este Despacho, el estado en el cual se encuentra el cumplimiento de las órdenes impartidas en sentencia del **4 de agosto de 2016** proferida por este estrado judicial (fls. 158-171), la cual fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante providencia del **20 de marzo de 2018** (fls. 209-216), a favor de los señores **Gloria Esperanza Sanabria Moreno y Jorge Armando Pinzón Sanabria**, identificados con C.C. Nos. 46.370.545 y 19.079.548, respectivamente.

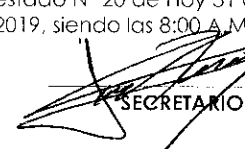
Lo anterior, teniendo en cuenta que los términos dados se encuentran ampliamente vencidos y no se ha acreditado documentalmente el cumplimiento de las órdenes judiciales.

Notifíquese y Cúmplase.


EDITH MILENA RATIVA GARCÍA
Juez

**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
TUNJA**

El auto anterior se notificó por estado N° 20 de Hoy 31 de mayo de 2019, siendo las 8:00 A.M.


SECRETARIO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. 07 de 2019

Tunja, jueves treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No.: 15001 3333 012-2017-00018-00
Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH.

I. ANTECEDENTES

1.1.- Objeto de la demanda

Mediante apoderado judicial, la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD solicitó la nulidad de las resoluciones No. 114 del 23 de mayo de 2016 "*por la cual se impone sanción administrativa*", y 186 del 03 de agosto de 2016, "*por la cual se resuelve recurso de reposición que confirmó en todas sus partes la resolución No. 114 del 23 de mayo de 2016*".

Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho solicitó que se condene al INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH, a restituir a la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, el pago de la multa impuesta equivalente a 200 SMLMV, es decir CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA MIL OCHOCIENTOS PESOS M/CTE (\$137.890.000) y al pago de costas y agencias en derecho.

1.2.- Hechos que dan lugar a la acción.

Para fundamentar las pretensiones el apoderado demandante relató lo siguiente:

Refirió que el ICANH, en uso de sus facultades legales, expidió la autorización de intervención arqueológica No.1167 del 23 de abril de 2009, para el proyecto denominado "*Reconocimiento arqueológico para modificación de licencia ambiental Bloque Moriche (Puerto Boyacá, Boyacá)*", a nombre de la arqueóloga Judith Hernández, que como resultado de la prospección arqueológica realizada como primera fase del Programa de Arqueología Preventiva que incluyó 30 áreas denominadas "prospectos", se propuso dentro del Plan de Manejo Arqueológico realizar el rescate arqueológico de los sitios con alto potencial arqueológico que la antropóloga denominó "prospecto 9" y "prospecto 21", así como de los sitios localizados en las fincas San Martín, El Castillo y La Vitrola. Dicho plan de manejo fue aprobado por el ICANH, previa evaluación del mismo, mediante radicado No. 1776 del 04 de agosto de 2009.

Señaló que el ICANH expidió la autorización de intervención arqueológica No. 3029 del 30 de octubre de 2012, para el proyecto denominado "*Prospección arqueológica para el plan de manejo ambiental del clúster CJ, ubicado en el departamento de Boyacá, municipio de Puerto Boyacá*" a nombre de la arqueóloga Janneth Panche Rodríguez en el campo de explotación de Hidrocarburos Moriche. Como una de las acciones del plan de manejo, la arqueóloga propuso realizar el monitoreo durante las labores de remoción de tierra. Dicho plan fue aprobado por el ICANH previa evaluación del mismo, la cual se comunicó mediante radicado No. 0572 del 08 de febrero de 2013.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 C12-2017-00018-00
Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

Que posteriormente, ICANH expidió la autorización de intervención arqueológica No. 4034 del 21 de marzo de 2014, para el proyecto denominado "Programa de arqueología preventiva. Fase Prospección de para (sic) las plataformas AB, G, H, I, J, K, L, N, O, P, S, U, V de campo Moriche, Municipio de Puerto Boyacá, Boyacá" a nombre del arqueólogo Alexander Andrés Franco Enciso. Dentro del plan de manejo se propusieron realizar actividades de capacitación y divulgación, el cual fue aprobado por el ICANH, previa evaluación del mismo, mediante radicado No. 0917 del 03 de marzo de 2015.

Mediante el radicado ICANH 130 – 0944 esa autoridad realizó una serie de solicitudes y apreciaciones respecto a asuntos relacionados con los planes de manejo arqueológico de campo Moriche, cuyas consideraciones fueron respondidas y aclaradas por la empresa demandante mediante el oficio Nro. 000576 del 10 de abril de 2015.

Manifestó que a través de la Resolución No. 153 de 2015, el ICANH decidió iniciar una actuación administrativa sancionatoria, que parte de unos hechos y supuestos relacionados con los planes de manejo arqueológico de Campo Moriche, e imputó cargos a la empresa demandante, informando que contaba con 15 días para presentar descargos.

Que mediante Resolución No. 199 del 09 de septiembre de 2015 se decretaron pruebas, a través de la Resolución 219 del 28 de septiembre de 2015, se fijó como fecha y hora para la práctica de inspección ocular los días 18, 19, 20 y 21 de octubre del mismo año; diligencia que se llevó a cabo y de la que se suscribió la respectiva acta.

Sostuvo que la entidad demandada profirió la Resolución No. 275 del 30 de noviembre de 2015 por la cual decidió revocar la Resolución 219 del 28 de septiembre de 2015 y su respectiva acta, aduciendo que en la diligencia de inspección ocular se verificaron ocho (8) puntos y debieron verificarse treinta (30) prospectos incluidos en la autorización de intervención arqueológica No. 1167, los predios San Martín, La Vitrola y El Castillo, el clóster CJ y su vía de acceso, el chaster Moriche Norte 18 y el cluster AB, cuando en realidad no era ese el objeto de la inspección, acto administrativo contra el cual se presentó recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 301 del 28 de diciembre de 2015.

Que mediante memorando interno No. 139 del 11 de marzo de 2016 se incorporó al expediente el informe de comisión No. 0040 de 2016, y que a través del memorando interno No. 140 del mismo mes y año, se incorporó un peritaje realizado a los elementos arqueológicos recolectados en el desarrollo de la comisión 0040 y 0042, los cuales fueron decretados como pruebas en el respectivo acto administrativo.

Manifestó que mediante Resolución No. 186 del 3 de agosto 2016 se declaró cerrada la etapa probatoria y que mediante Resolución Nro. 114 del 23 de mayo de 2016, "se resuelve sancionar a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, con la multa de DOSCIENTOS (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2016", decisión contra la cual se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante resolución Nro. 186 del 03 de agosto de 2016, en el sentido de confirmar la misma en todos sus apartes.

1.3.- Normas Violadas y Concepto de Violación.

Señaló que durante el proceso sancionatorio iniciado por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia - ICANH incurrió en flagrantes violaciones al principio de legalidad y el debido proceso de la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.

Dijo que el ICANH al carecer de un procedimiento administrativo sancionatorio especial, tenía la obligación de aplicar la Ley 1437 de 2011, sin embargo la aplicó de manera errada desconociendo los requisitos y diversas etapas establecidas para llevar a cabo un proceso de esta índole, lo que derivó en la ilegalidad de las resoluciones proferidas.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

Manifestó que existe una ilegalidad en los actos administrativos demandados, toda vez que durante la etapa probatoria la autoridad incurrió en diversos errores, de una parte, se omitió la realización de las etapas en su integridad, por cuanto se procedió con el inicio y formulación de cargos en un solo acto administrativo cuando, en realidad y por su naturaleza, deben tratarse como dos etapas independientes, cada una de las cuales debe cumplir con ciertas formalidades y requisitos.

Además, al momento de formular los supuestos cargos, el ICANH procedió a señalar de manera genérica algunos hechos de investigación, lo que demuestra aún más la confusión en la que se incurrió al unir las dos etapas. No obstante, en todo caso es necesario que los cargos que se formulen deben ser claros, precisos y específicos pues son ellos el punto de partida para el proceso sancionatorio y la defensa a la que tiene derecho el investigado, por lo que unos cargos mal formulados invalidan toda la actuación en tanto que no permiten una defensa suficiente y acorde a los intereses del investigado. Finalmente, existieron sendos vicios en cuanto a la práctica y decreto de las pruebas, tanto de aquellas que sirvieron supuestamente para el inicio y formulación de cargos como las que fueron efectivamente practicadas dentro del proceso y que sirvieron de sustento para los actos administrativos demandados. Lo anterior por cuanto el ICANH incluyó pruebas que no habían sido decretadas debidamente durante la etapa pertinente, así como valoró pruebas que no cumplían con el lleno de los requisitos legales, evitando así que se pudieran contradecir dichos medios probatorios como es debido.

Refiere que es necesario que en el marco de un proceso sancionatorio se observen plenamente los principios de legalidad y tipicidad, en la medida en que la sanción que se imponga guarde una estrecha relación con la conducta que se está investigando. Esto con el fin de que los actos administrativos que imponen la sanción se encuentren revestidos de legalidad y se logre salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso, defensa y contradicción de quien está siendo investigado. Como se observa en el caso que nos ocupa, el ICANH manifestó que la sanción a aplicar en razón a la actividad realizada por la empresa, es la contenida en el artículo 10 numeral 3 de la Ley 1185 de 2008 *"Si la falta consistiere en adelantar exploraciones o excavaciones no autorizadas de bienes arqueológicos se impondrá multa de doscientos (200) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes por parte del Instituto Colombiano de Antropología e Historia"*. En virtud de los principios de legalidad y tipicidad, es imperativo que esta sanción se aplique únicamente en aquellos casos en que se pueda demostrar que el investigado realizó la conducta allí descrita.

Dijo que en el presente caso no se evidencia el cumplimiento de los supuestos de hecho descritos anteriormente. En efecto, del análisis del caso se advierte claramente que no es cierto que la empresa hubiese adelantado excavaciones no autorizadas de bienes arqueológicos, pues en primera instancia, los lugares donde se expresa que esto fue realizado, no corresponden en modo alguno a los espacios donde se han adelantado obras en el Campo Moriche, y por otro lado en el evento que se hubiese adelantado algún tipo de actividad de movimiento de tierras en el polígono del proyecto, nunca se encontraron vestigios arqueológicos de ningún tipo que no hubieran sido reportados debidamente o que pudieran entenderse como una exploración o explotación de bienes arqueológicos no autorizada.

Finalizó diciendo que no existe correlación alguna con lo dispuesto en las normas que aplica el ICANH al caso concreto y la sanción que considera aplicable, pues las conductas endilgadas a la empresa, según se observa en lo expuesto en la resolución 153 de 2015, no se encuadran en norma alguna y no se relacionan con ninguna de las sanciones contempladas en la Ley 397 de 1997, modificada por la Ley 1185 de 2008, siendo posible afirmar que, para el caso puntual, la conducta que supuestamente ha realizado la empresa adolece de atipicidad, lo cual desemboca en una violación flagrante al principio de legalidad.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la entidad demandada INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA – ICANH a folios 104 a 124, contestó la demanda oponiéndose a todas las

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

pretensiones, señalando que los actos administrativos demandados fueron expedidos por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia-ICANH en el marco del proceso sancionatorio en contra de la empresa MANSAROVAR ENERGY LTD., emitidos en el ejercicio de sus funciones legales y constitucionales, garantizando el principio de legalidad, debido proceso y contradicción.

Manifestó que es importante mencionar que el patrimonio arqueológico cuenta con un régimen especial de protección, establecido en la Ley General de Cultura, Ley 397 de 1997, modificada por la Ley 1185 de 2008, así como los Decretos Reglamentarios 833 de 2002 y 763 de 2009, compilados en el Decreto único del sector cultura, Decreto 1080 de 2015. Es así como la Ley 397 de 1997, modificado por la Ley 1185 de 2008, establece en el artículo 15, entre las faltas contra el patrimonio cultural de la Nación, adelantar exploraciones o excavaciones no autorizadas de bienes arqueológicos, cuya sanción se estableció con la imposición de una multa, que de acuerdo a lo establecido en el numeral 3 del artículo 10 de la ley 1185 de 2008 que modificó el artículo 15 de la ley 397 de 1997, será de doscientos (200) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes por parte del Instituto Colombiano de Antropología e Historia. De igual manera, el Decreto 763 de 2009, compilado por el Decreto 1080 de 2015, establece en su artículo 54, el régimen especial de protección del patrimonio arqueológico y en su artículo 55, delegó al ICANH como la única entidad facultada por las disposiciones legales para aplicar el régimen de manejo del patrimonio arqueológico tanto en el nivel nacional, como en los diversos niveles territoriales. En ese mismo sentido, el numeral 11 del precitado artículo, estipula que es competencia del ICANH, aplicar el régimen de sanciones de su competencia, según lo previsto en el artículo 15 de la Ley 397 de 1997, modificado por el artículo 10 de la Ley 1185 de 2008.

Que la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., aduce que ese Instituto infringió la norma en que debió fundarse para realizar el procedimiento administrativo sancionatorio la cual es una de las causales de nulidad consagradas en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011, en este sentido establecen en el escrito de demanda que el ICANH omitió la práctica de algunas de las etapas previstas legalmente pues a juicio el inicio de la actuación administrativa y la imputación de cargos en un proceso sancionatorio deben ser adelantados de manera independiente y no en un mismo acto administrativo.

Al respecto se aclara que, las indagaciones preliminares, son una actuación facultativa de comprobación, desplegada por el operador, cuya finalidad es determinar el grado de probabilidad o de la existencia de una falta, identificar a los presuntos responsables o recabar elementos de juicio que permitan efectuar una estimación clara, precisa y circunstanciada. Esta actuación permite determinar si existe mérito suficiente para iniciar un Procedimiento Administrativo sancionatorio eficaz, eficiente y efectivo.

Señaló que dicha etapa, tiene como objetivo aclarar las dudas que persisten, pero para este caso, una vez analizado el informe técnico mediante el cual el Instituto tuvo conocimiento de la ocurrencia de la posible falta que se obtuvo en cumplimiento de sus facultades de seguimiento, se encontraron de forma clara los hechos y posibles responsables. De tal manera, que la demandante tuvo conocimiento cierto, desde la fecha de la visita, realizada los días 10, 11,12 y 13 de febrero de 2015, en la cual participaron delegados de la empresa, de las irregularidades cometidas, ratificadas en la comunicación del 5 de marzo de 2015, en la cual el ICANH le informa a MANSAROVAR:

"3. Con base en la información existente sobre los Programas de Arqueología Preventiva para campo Moriche se concluyó que se adelantaron obras sin implementar nuevas prospecciones puntuales a excepción de las contempladas en las autorizaciones 1704 (Clúster BS, AE y AZ) y 3029 (Clúster CJ). Las autorizaciones 4034, 4070 y 4600 corresponden a la prospección de ampliaciones de plataformas existentes.

4. Durante la visita técnica realizada a los campos Moriche y Jazmín, se evidenció que algunas ampliaciones se realizaron sin contar con la aprobación del informe final de la prospección y su respectivo Plan de Manejo Arqueológico.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012-2017 00018 00
Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

Se pudo verificar que no se implementaron las medidas propuestas en el Plan de Manejo Arqueológico de las autorizaciones 1167, 1704, 3029, 4034, 4070 ni 4600. Esta omisión generó una presunta afectación a los sitios arqueológicos localizados en el clúster Moriche Norte 18, en la ampliación del clúster AB, y en la vía de acceso al clúster CJ. Durante la visita técnica el arqueólogo del ICANH encontró fragmentos de cerámica y lítico en el cluster Moriche Norte 18, 1 lítico en la plataforma AB y se verificó que la vía de acceso al clúster c) cruzó por el predio San Martín. En estos momentos se requería un rescate arqueológico”.

La empresa MANSAROVAR, ante tales juicios de reproche por haber omitido unas acciones a las cuales estaba obligado, no desvirtuó lo señalado por el ICANH, a pesar del tiempo transcurrido entre estas actuaciones y la fecha del pliego de cargos, es decir, el 9 de julio de 2015. Por tal razón no considera este despacho haber conculcado el debido proceso, pues su ejercicio y plena garantía, implica la ejecución del derecho de representación, defensa y contradicción, que se ejerce en todos los momentos procesales. Es decir, que la parte investigada si contó con estas garantías dentro del presente proceso, tal como se puede ver con las actuaciones adelantadas.

Que frente a la afirmación de la empresa demandante sobre que no es clara la actuación administrativa, que formuló cargos y por medio de la cual se dio inicio al proceso administrativo sancionatorio, considera que dentro de dicho acto se señalaron los aspectos requeridos en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011: La mención de la persona natural o jurídica objeto de investigación, para este caso **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA**, las disposiciones vulneradas enmarcadas en el considerando del acto, tanto del deber constitucional y legal de protección respecto al patrimonio arqueológico, incluyendo el artículo 7 de la Ley 1185 de 2008 compilado hoy por el artículo 2.6.2.2 del Decreto 1080 de 2015, las sanciones o medidas procedentes previstas en el artículo 10 de la Ley 1185 de 2008: "De las faltas contra el patrimonio cultural de la Nación". "Las personas que vulneren el deber constitucional de proteger el patrimonio cultural de la Nación, incurrirán en las siguientes faltas: Si la falta consistiere en adelantar exploraciones o excavaciones no autorizadas de bienes arqueológicos se impondrá multa de doscientos (200) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes por parte del Instituto Colombiano de Antropología e Historia", y finalmente, los hechos por los que se inició la actuación, siendo estos la omisión de la ejecución del Plan de Manejo Arqueológico propuesto como resultado de las prospecciones arqueológicas autorizadas por el ICANH.

Todo lo anterior, permitió concluir que hubo una afectación del patrimonio por no ejecutar el programa de arqueología preventiva en debida forma; causando así la pérdida de información arqueológica. Teniendo en cuenta los anteriores aspectos, se puede inferir que se cumplió con el contenido y requisitos de la formulación de cargos. Se ha establecido que las actuaciones del ICANH en materia sancionatoria se encuentran tipificadas en la Ley General de Cultura y sus Decretos Reglamentarios, por ende no se ha extralimitado esta entidad en el ejercicio de la facultad sancionatoria que le asiste.

Señaló que en la hoja No. 11 de la demanda, la empresa demandante establece que las pruebas obtenidas dentro del proceso administrativo sancionatorio no fueron recaudadas adecuadamente y afirma que "no existió un procedimiento que permitiera observar objetivamente, de donde se estaban recolectando las pruebas físicas". Al respecto es importante aclarar que en el acta de inspección ocular están plenamente identificados los lugares donde se halló material arqueológico, adicionalmente en dicha diligencia estuvo presente el apoderado de la empresa investigada donde al final de la diligencia se leyó el acta frente a todos los participantes y no hubo observación alguna acerca de la práctica de la prueba.

Además se considera que no es la oportunidad procesal para controvertir una prueba añadida al proceso, teniendo en cuenta que esta observación no hizo parte del recurso de reposición presentado por la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., contra la resolución 114 del 23 de mayo de 2016.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
Demandante: MANSARÓVAR ENERGY COLOMBIA LTD
Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

Arguyó que en la página 13 de la demanda, la empresa argumenta que se transgredió el derecho al debido proceso porque no tuvo oportunidad para controvertir las pruebas incluidas en el proceso. En este sentido, el ICANH informa que el 9 de septiembre de 2015, se le notificó en debida forma el acto administrativo por medio del cual se decretó la fecha de apertura y cierre de la etapa probatoria a la empresa investigada, con el fin de que la misma tuviera la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, pero no se presentó ningún recurso, en consecuencia se considera que no es esta la oportunidad procesal para manifestar desacuerdo con las pruebas aportadas al procedimiento administrativo sancionatorio.

Frente a la afirmación "Se omitió la realización de las etapas en su integridad, por cuanto se procedió con el inicio y formulación de cargos en un solo acto administrativo" realizada por la empresa, manifestó que el artículo 47 de la ley 1437 de 2011, establece que el acto administrativo que da inicio a la actuación administrativa es el que formula cargos.

Frente a la afirmación "(...) El ICANH incluyó pruebas que no habían sido decretadas debidamente durante la etapa pertinente (...)" aclaró que los informes son el resultado de la inspección ocular realizada por los profesionales de campo y según el procedimiento establecido por el Instituto, los resultados de dichas visitas, deben ser presentados de manera técnica, pues hacen parte del mismo acervo probatorio, ya que versan sobre los mismos hechos, puntos o sitios visitados y de las actividades realizadas durante la inspección ocular.

Manifestó que el peritaje es resultado de la facultad otorgada por la Ley general de Cultura al Instituto para determinar la pertenencia de los materiales al patrimonio arqueológico de la nación, actividad que recae de manera exclusiva en el laboratorio de arqueología y en ningún momento se hizo la controversia de la prueba, antes de la resolución de la sanción, por tal razón se considera que no es el momento procesal para exponer dicha argumentación, teniendo en cuenta que se hallan en el expediente, del cual tuvo conocimiento la parte.

Seguidamente en el escrito de demanda la empresa argumenta que existe una violación al principio de legalidad, ya que a su parecer "no es cierto que la empresa hubiese adelantado excavaciones no autorizadas de bienes arqueológicos", al respecto resaltó que se encontró mérito para iniciar la actuación administrativa por causar afectación al patrimonio arqueológico de la nación, por la no aplicación de los planes de manejo arqueológicos aprobados por el Instituto como resultado de las prospecciones autorizadas, lo que llevó a que se adelantaran intervenciones, exploraciones o excavaciones no autorizadas que causaron la pérdida de contextos arqueológicos e información cultural importante.

Señaló que es importante aclarar que antes de iniciar las obras civiles, debió solicitarse la autorización de intervención arqueológica que aprobara la ejecución del Plan de Manejo Arqueológico, monitoreo, y el eventual rescate en caso de hallarse material; actividades que fueron resultado de las prospecciones aprobadas por el Instituto; pero, esta actividad no fue ejecutada por la sociedad investigada y se iniciaron obras sin autorización y sin ejecución del plan de manejo. La intervención se corroboró mediante el resultado de inspección ocular realizada, además se presentó el hallazgo de materiales pertenecientes al patrimonio arqueológico, que comprueban el alto potencial con que cuenta la zona y la afectación sobre los mismos por la implementación de la plataforma moriche Norte 18 y las ampliaciones del clúster CJ y su vía de acceso.

Respecto a lo manifestado por la sociedad que contaba con autorizaciones de intervención arqueológicas N° 1167 y N° 3029 por lo tanto no se encuadra en la conducta típica, el Instituto presenta el siguiente análisis:

El programa de arqueología preventiva es la investigación científica dirigida a identificar y caracterizar los bienes y contextos arqueológicos existentes en el área de aquellos proyectos, obras o actividades que requieren licencia ambiental, registros o autorizaciones equivalentes ante la autoridad ambiental o que, ocupando áreas mayores a una hectárea,

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

requieren licencia de urbanización, parcelación o construcción. El propósito es evaluar los niveles de afectación esperados sobre el patrimonio arqueológico por la construcción y operación de las obras, proyectos y actividades anteriormente mencionados, así como formular las medidas a que haya lugar dentro del Plan de Manejo Arqueológico. Esta actividad se cumple mediante la solicitud de autorización de intervención arqueológica, otorgada al profesional para que adelante actividades de prospección que permitan identificar la existencia de patrimonio y las medidas que se deben implementar según los resultados respecto al patrimonio existente.

Dijo que el plan de manejo arqueológico como resultado de las investigaciones y/o prospecciones es presentado dentro del informe final que cierra la autorización de intervención arqueológica otorgada y esta actividad es de obligatorio cumplimiento y debe ejecutarse tal y como se planteó. Por lo anterior, se requiere una nueva solicitud de autorización de intervención arqueológica que apruebe dichas intervenciones sobre el patrimonio, estas actividades se deben realizar antes de iniciar las obras civiles.

Manifestó que la sanción se impone por incurrir en la afectación del patrimonio arqueológico de la Nación, lo que constituye una falta administrativa, tipificada entre las intervenciones, excavaciones o exploraciones de bienes arqueológicos sin autorización, es decir, que la empresa MANSAROVAR al realizar la implementación de la plataforma moriche Norte 18 y las ampliaciones del clúster CJ y su vía de acceso, realizó remociones de tierra que contribuyeron a la intervención o excavación de materiales arqueológicos, situación comprobada por la existencia en el suelo de éstos y por el resultado de las prospecciones que arrojó la verificación de existencia de material y su alto potencial. Por lo tanto, al no solicitar la autorización de intervención que ejecutara el plan de manejo arqueológico, incurrió en falta contra el patrimonio, realizando actividades no autorizadas y omitiendo el plan de manejo.

Se debe entender por intervención todo acto que cause cambios al bien o afecte el estado del mismo, comprende a título enunciativo actos de conservación, restauración, recuperación, remoción, desmembramiento, desplazamiento o subdivisión y para esto se deberá cumplir con los respectivos lineamientos de protección establecidos por la Ley General de Cultura (Ley 397 de 1997) y el Decreto Único Reglamentario del Sector Cultura (Ley 1080 de 2015), para evitar la afectación y deterioro de los contextos arqueológicos.

III. TRASLADO DE EXCEPCIONES

La entidad demandada dentro de su contestación de la demanda no presentó ninguna excepción.

IV. AUDIENCIA INICIAL

Mediante proveído del 19 de octubre de 2017 (fl. 522) se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 180 del CPACA.

Dicha diligencia se llevó a cabo el 15 de diciembre de 2017, (fls. 527-529 y DVD fl.530) y se desarrolló dentro de los parámetros consagrados en dicho artículo, saneando el proceso, fijando además el litigio en torno a los hechos y pretensiones.

En cuanto a la fijación de las pretensiones, se advirtió que no existe consenso alguno entre las partes de manera que el litigio se circunscribió a las pretensiones 1, 2, 3 y 4 vistas a folios 38 y 39 de la demanda.

Una vez las partes manifestaron su acuerdo en la fijación del litigio, se prosiguió a agotar la etapa de conciliación y a decretar las pruebas solicitadas por las partes.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

Como quiera que se accedió a las solicitadas por las partes y se decretaron pruebas de oficio se fijó fecha para llevar a cabo audiencia para su práctica.

V. AUDIENCIA DE PRUEBAS

De conformidad con lo previsto en el artículo 181 del CPACA, el 03 de abril de 2018, se practicaron las pruebas decretadas en la audiencia inicial, (fls. 589-590). Igualmente se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y se informó tanto a las partes como al Ministerio Público la posibilidad de presentar sus alegaciones por escrito dentro de los 10 días siguientes al finalizar la diligencia.

VI. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1.- De la parte Demandante:

A folios 543 a 596, el apoderado de la Empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, señaló que ha quedado demostrado la forma en que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH incurrió en sendas violaciones al debido proceso y al principio de legalidad con ocasión de su actuar a lo largo de todo el proceso sancionatorio, con el desconocimiento de las etapas procesales establecidas en la Ley 1437 de 2011. Esto teniendo en cuenta que mediante el mismo acto administrativo que dio inicio a la actuación administrativa se dio paso directamente a la formulación de cargos sin que en dicha actuación se evidenciara con precisión y claridad qué se estaba imputando, qué disposiciones jurídicas se estaban vulnerando, y qué sanciones serían las procedentes en concreto.

Manifestó que de las piezas procesales obrantes en el expediente del proceso sancionatorio allegado como prueba y de la lectura de los artículos 47 y 48 de la Ley 1437 de 2011, se desprende una clara violación al debido proceso de la empresa materializada en la falta de aplicación de las ritualidades procesales en el proceso sancionatorio por parte de la entidad demandada situación que conlleva a la ilegalidad de los actos administrativos demandados.

6.2.- De la parte Demandada:

A folios 598 a 604, el apoderado de la entidad demandada presentó alegatos de conclusión explicando aspectos sobre la tipicidad y legalidad de la sanción impuesta como el principio de proporcionalidad de la sanción.

Haciendo alusión al cargo de falta de tipicidad señaló que para la correcta aplicación del artículo 10 numeral 3 de la Ley 1185 de 2008, se debe tener en cuenta, el concepto de “*exploraciones o excavaciones no autorizadas de bienes arqueológicos*” de tal manera que se debe entender por intervención todo acto que cauce cambios al bien o afecte el estado del mismo, actos de conservación, restauración, remoción, desmembramiento, desplazamiento o subdivisión y para esto se deberá cumplir con los respectivos lineamientos de protección establecidos en la Ley General de Cultura.

Dijo que si bien el ICANH aprobó el plan de manejo arqueológico, mediante radicado 1776 de 2009 y las autorizaciones de intervención arqueológica Nos. 1167, 1704, 3029, 4034, 4070 y 4600 entre otras, MANSAROVAR no solicitó las correspondientes autorizaciones de monitoreo y rescate, iniciando obras civiles sin contar con estas licencias que eran obligatorias conforme al plan metodológico expuesto por la empresa y aprobado por el ICANH en las autorizaciones de intervención produciéndose un deterioro al contexto arqueológico por intervención indebida que produjo pérdida valiosa de información arqueológica.

Refirió que el Coordinador del Grupo de Arqueología del ICANH, mediante comunicación del 05 de marzo de 2015, dirigido al representante legal de la empresa para asuntos

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

judiciales le informó que se evidenciaron algunas ampliaciones sin contar con la aprobación del informe final de la prospección y su respectivo plan de manejo, omisión que generó una presunta afectación a la información arqueológica, por lo que se inició actuación administrativa en contra de la empresa demandante, proceso que culminó en la Resolución del ICANH, No. 114 del 23 de mayo de 2016 "*Por la cual se impone una sanción administrativa*".

Frente a la sanción pecuniaria manifestó que se graduó de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011. Resaltó que el patrimonio arqueológico cuenta con un régimen especial de protección establecido en la Ley General de Cultura.

VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Delegada ante este despacho, dentro del término concedido guardó silencio.

VIII. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho reunidos los presupuestos procesales y ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de *Litis*.

8.1. Problema jurídico.

De acuerdo con la fijación del litigio realizado en la audiencia inicial celebrada el 15 de mayo de 2018, el Despacho concretó los siguientes problemas jurídicos a resolver en el presente asunto:

Si la entidad demandada vulneró los principios de tipicidad y legalidad al sancionar pecuniariamente a la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., por no solicitar la autorización de intervención que ejecutara el plan de manejo arqueológico; sanción contenida en la Resolución No. 114 del 23 de mayo de 2016.

Determinar si la empresa demandada vulneró el principio de proporcionalidad a partir de la ponderación de los factores concurrentes y necesarios para graduar la sanción, en orden a adecuarla a los hechos que la originaron.

8.2.- TESIS ARGUMENTATIVA DEL DEMANDANTE:

La entidad demandada al expedir los actos demandados vulneró el debido proceso y el principio de legalidad porque desconoció las normas propias de un proceso sancionatorio. Efectivamente al imponer la sanción que se demanda el Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH pretermitió algunas de las etapas previstas en la norma aplicable a este tipo de procedimientos lo que causó la vulneración al principio de tipicidad. Insiste que la cadena de custodia que se le impartió a las pruebas recaudadas en el trámite procesal, no fue la adecuada vulnerando el principio de formalidad y legitimidad de la prueba lo que generó la invalidez de la misma.

Que la sanción pecuniaria impuesta es injustificado, no tiene sustento fáctico ni probatorio por cuanto la empresa no adelantó excavaciones no autorizadas de bienes arqueológicos.

8.3.- TESIS ARGUMENTATIVA DEL DEMANDADO:

Sostiene que las resoluciones No. 114 del 23 de mayo de 2016 y 186 del 03 de agosto de 2016, expedidas por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH en el marco del proceso sancionatorio en contra de la empresa MANSAROVAR ENERGY LTD, fueron emitidos en el ejercicio de sus funciones legales y constitucionales, garantizando el principio

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

de legalidad, debido proceso y contradicción a la sociedad sancionada, aplicando las normas generales y especiales sobre el régimen de protección al Patrimonio Arqueológico.

Que la empresa demandante afectó el patrimonio arqueológico de la nación al no solicitar la autorización de intervención que ejecutara el plan de manejo arqueológico, lo que constituye una falta administrativa tipificada entre las intervenciones, excavaciones o exploraciones de bienes arqueológicos sin autorización; situación debidamente comprobada a través del material probatorio recaudado en el trámite procesal impartido.

8.4.- TESIS ARGUMENTATIVA PROPUESTA POR EL DESPACHO

Los actos administrativos demandados no se encuentran viciados de nulidad en tanto que la empresa demandante MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., no logró desvirtuar su presunción de legalidad, contrario sensu estudiado uno a uno de los cargos expuestos por la parte actora se logró determinar que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH respetó el debido proceso dentro del proceso administrativo sancionatorio seguido en contra de la entidad demandante.

8.5. Resolución del Caso

Para resolver el problema jurídico, el despacho seguirá la siguiente metodología: (i) marco legal y jurisprudencial del derecho al debido proceso; (ii) poder sancionatorio, función y elementos; potestad, y iii) del caso concreto.

(i). Del derecho al debido proceso respecto del procedimiento administrativo sancionatorio.

El debido proceso tiene una amplia protección en el ordenamiento jurídico colombiano; en la Constitución Política de Colombia encontramos referencias directas en el artículo 29 e indirectas, por vía del artículo 93 ibídem, en la Convención Americana de Derechos Humanos¹, específicamente en el artículo 8, normativas complementadas a nivel legal, para el caso de los procedimientos administrativos, por el Decreto 01 de 1984 -hoy Ley 1437 de 2011- y en las normas que regulan las actuaciones especiales.

El artículo 8 de la mentada convención respecto de las garantías del proceso, dispone:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

¹ Otros instrumentos internacionales lo contemplan como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 en los artículos 7, 8, y 9; la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículos 10 y 11; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año artículo 18; el Pacto Interamericano de Derechos Políticos y Civiles de 1966, artículo 14; el Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, artículos 8 y 9; la Convención de los Derechos del niño de 1989, artículo 40.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00

Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

A su turno, en el artículo 29 de la Constitución Política se encuentra consagrado el derecho al debido proceso, en los siguientes términos:

"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."

Como se puede observar, el derecho al debido proceso lo constituye una serie de reglas que los operadores jurídicos deben seguir para garantizarle a los asociados sus derechos y asegurar, en términos generales, que las partes puedan acceder ante la justicia en caso de desconocimiento o confrontación con miras a obtener una decisión acorde a su situación particular y a las normas jurídicas aplicables al caso concreto.

Es así que la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio hace parte del núcleo esencial del derecho en mención, al punto que, cuando las autoridades públicas no siguen los actos y procedimientos establecidos en la ley y los reglamentos, se entiende configurada una violación que compromete la validez de la actuación².

Ahora, sin perjuicio de las particularidades propias del derecho sancionador, los elementos que materializan este derecho son i) la aplicación de una ley preexistente; ii) el juez

² Artículo 365 Constitución Política.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

competente; iii) la sujeción a las normas de cada juicio; iv) la solicitud y presentación de pruebas y la posibilidad de controvertir las pruebas ; v) la presunción de inocencia; vi) el non bis in ídem, vii) la impugnación de las decisiones y viii) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable y sin dilaciones injustificadas.

La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos.

En relación con el debido proceso administrativo, debe recordarse que su función es la de permitir un desarrollo adecuado de la función pública, persiguiendo el interés general y sin desconocer los derechos fundamentales, bajo los principios orientadores del artículo 209 de la Carta Política. Ello explica, como lo ha señalado la Corte Constitucional, que el debido proceso administrativo deba armonizar los mandatos del artículo 29 Superior con los principios del artículo 209, *ibídem*.³ Y, en términos concretos, que las garantías deban aplicarse asegurando también la eficacia, celeridad, economía e imparcialidad en la función pública.

Estas consideraciones fueron planteadas tanto en la sentencia C-610 de 2012⁴ como en la C-640 de 2002⁵. Por su importancia, se transcriben los apartes centrales de esas decisiones, a pesar de su extensión:⁶

"(...) podría interpretarse la demanda en el sentido que lo que el demandante quiso exponer en su censura fue que resultaba contrario al artículo 29 de la Carta que consagra el debido proceso también para las actuaciones administrativas, el que no se previeran recursos para controvertir el acto proferido por una autoridad administrativa en relación con solicitudes probatorias en el marco de una actuación de esta índole. (...) Un planteamiento de esta naturaleza debe partir de la identificación del tipo de procedimiento administrativo de que se trata (general)⁷, y tomar en cuenta las específicas exigencias que plantea el debido proceso administrativo (art. 29 C.P.) en conjunción con los principios que rigen la función pública (Art. 209 C.P.), aspectos que claramente no se mencionan en la demanda. (...) Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que las garantías mínimas propias del derecho fundamental al debido proceso, son aplicables al procedimiento administrativo (...), también ha advertido sobre las importantes diferencias que existen entre uno y otro procedimiento, derivadas de las distintas finalidades que persiguen.

En este sentido ha indicado que *'Mientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de*

³ Constitución Política, Artículo 209. "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. (...) Las autoridades administrativas deben coadyuvar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de las fines del Estado. La administración pública, en todas sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

⁴ MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵ MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶ En la sentencia C-640 de 2002 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), la Sala Plena se declaró inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad del aparte normativo demandado. En esa oportunidad, la demanda planteaba que la inexistencia de recursos contra el acto que negaba una solicitud de pruebas en el *procedimiento contencioso* implicaba una violación al debido proceso, en sus facetas de prueba y contradicción.

La Corte consideró que la demanda carecía de certeza, al confundir el procedimiento administrativo con el judicial. Y añadió que ese defecto implicaba también ausencia de *pertinencia* y *suficiencia*, pues en virtud de la incomprensión del contenido normativo demandado, el actor basaba sus argumentos exclusivamente en el alcance que la Constitución le otorga al debido proceso judicial. Explicó a Sala que esa diferenciación resultaba indispensable para adelantar el juicio de constitucionalidad propuesto en la demanda, porque los fines de la actuación administrativa no son idénticas a las de los procedimientos judiciales, y como consecuencia de ello, el debido proceso administrativas debe satisfacer a la vez las exigencias del artículo 29 (garantías del debido proceso) con que requiere el adecuado ejercicio de la función pública.

⁷ El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, introducida por la Ley 1437 de 2011, no solamente establece dos partes con contenidos específicos y diferenciados en las que regula el procedimiento administrativo (Parte Primera), y la organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Parte segunda), sino que en su primera parte (Título III) desarrolla varios tipos de procedimientos de índole administrativa: (i) El procedimiento Administrativo General (Capítulo I); El procedimiento administrativa sancionatorio (Capítulo III); y el procedimiento administrativo de coacción (Título IV).

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00

Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTRÓPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública. No obstante, paralelamente a esta finalidad particular que persigue cada uno de los procedimientos, ambos deben estructurarse como un sistema de garantías de los derechos de los administrados, particularmente de las garantías que conforman el debido proceso”⁸.

La imposibilidad de realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al debido proceso administrativo se fundamenta en que este último se encuentra regido por una doble categoría de principios rectores de rango constitucional que el legislador debe tener en cuenta a la hora de diseñar los procedimientos administrativos, de un lado, las garantías adscritas al debido proceso (art. 29) y de otra, los principios que gobiernan el recto ejercicio de la función pública (Art. 209). Al respecto la jurisprudencia de esta Corte señaló: *‘a partir de una concepción del procedimiento administrativo que lo entiende como un conjunto de actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado final que es la decisión administrativa definitiva, cada acto, ya sea el que desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios, el que le pone fin, el que comunica este último y los destinados a resolver los recursos procedentes por la vía gubernativa, deben responder al principio del debido proceso. Pero como mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa, el mismo, adicionalmente a las garantías estrictamente procesales que debe contemplar, debe estar presidido por los principios constitucionales que gobiernan la función pública y que enuncia el canon 209 superior. Estos principios son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”⁹.*

De lo expuesto, es posible concluir que (i) el debido proceso se desarrolla a partir del conjunto de exigencias y condiciones previstas por la ley para adelantar un procedimiento administrativo y judicial; (ii) está provisto de garantías mínima definidas en la Carta Política y la jurisprudencia constitucional, las cuales deben ser observadas por el Legislador al regular cada procedimiento; (iii) la extensión del debido proceso al ámbito de la administración es una característica de especial relevancia en el diseño constitucional del año 1991, de manera que en todas las actuaciones de las autoridades públicas debe asegurarse la participación del interesado, y sus derechos de defensa y contradicción; pero (iv), a pesar de ello no es posible trasladar irreflexivamente el alcance de las garantías judiciales a las administrativas porque en el segundo ámbito existe una vinculación a dos mandatos constitucionales, que deben ser armónicamente satisfechos. De una parte, las del artículo 29 Constitucional y de otra parte, las del debido proceso administrativo, definidas en el artículo 209 de la Carta Política (y actualmente desarrolladas por el Legislador en el artículo 3° del CPACA). Por ello, el segundo es más ágil rápido y flexible.

El debido proceso judicial se encuentra ligado a la materialización de los derechos, la protección de la Constitución o de la ley; en tanto que la actuación administrativa atañe al adecuado ejercicio de funciones públicas de diversa naturaleza para la satisfacción de los intereses de toda la comunidad. Por ello, también ha puntualizado la Corte, la segunda debe ceñirse a la vez a los artículos 29 y 209, Superiores.

Además, los procesos judiciales deben otorgar una respuesta definitiva a los conflictos sociales, en tanto que las actuaciones administrativas son susceptibles de control ante la jurisdicción. Por ello, aunque el debido proceso se aplica en toda actuación administrativa o judicial, en la actuación administrativa ocurre bajo estándares más flexibles para asegurar la eficiencia, eficacia, celeridad y economía por parte de la Administración.

⁸ En la sentencia C-640 de 2002 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹ *Ibidem*.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00

Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

Ahora bien, otro aspecto relevante es el tema de las pruebas. En todo procedimiento es de vital importancia, pues solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite, puede el funcionario administrativo o judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial. En la sentencia C-1270 de 2000,¹⁰ la Corte Constitucional se refirió al alcance del derecho a presentar y controvertir pruebas, en el escenario de los conflictos propios del derecho laboral:

"3.2. Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

3.3. Siendo el proceso un conjunto sucesivo y coordinado de actuaciones en virtud del cual se pretende, hacer efectivo el derecho objetivo, restablecer los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro y garantizar los derechos fundamentales de las personas, resulta razonable que el legislador haya determinado unas oportunidades dentro del proceso en donde las partes puedan presentar y solicitar pruebas, y el juez, pronunciarse sobre su admisibilidad y procedencia, e incluso para ordenarlas oficiosamente y, además, valorarlas".

En la sentencia C-537 de 2006 la Corte Constitucional hizo una amplia referencia al alcance del derecho a probar. Aunque la providencia se ocupaba del ámbito penal, donde las garantías judiciales irradian su mayor fuerza normativa, con el propósito de prevenir restricciones injustificadas de la libertad personal, sus consideraciones son relevantes como marco ilustrativo del alcance de este derecho:

"El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra del procesado. Se trata de una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa, en el sentido de poder utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales. En tal sentido, la Corte ha considerado que (i) el juez sólo puede condenar con base en pruebas debidamente controvertidas que lo lleven a la certeza de la responsabilidad del procesado¹¹; (ii) se trata de una garantía¹² que debe ser respetada en cualquier variedad de proceso judicial o administrativo; (iii) para la validez y valoración de las pruebas deberá garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas dentro del proceso en el que se pretenda hacerlas valer¹³; (iv) el funcionario judicial vulnera el derecho de defensa y desconoce el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales deja de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, aquellas pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa¹⁴; (v) en virtud del derecho de contradicción, el procesado tiene derecho a oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra, vulnerándose esta garantía cuando "se impide o

¹⁰ MP. Antonio Barrera Carbonell.

¹¹ Sentencia C-609 de 1996 (MPs. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz. SV. Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo).

¹² Sentencia C-830 de 2002 (MP. Jaime Araujo Rentería).

¹³ Sentencia C-798 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño. SV. Rodrigo Escobar Gil. SPV y AV. Jaime Araujo Rentería).

¹⁴ Sentencias T-055 de 1994 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-442 de 1994 (MP. Antonio Barrera Carbonell); T-324 de 1996 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-329 de 1996 (MP. José Gregorio Hernández Galindo. AV. Hernando Herrera Vergara) y T-654 de 1996 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTHROPOLOGIA E HISTORIA ICANH

niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso"¹⁵; por otro lado, se refiere a la facultad que tiene la persona para participar efectivamente en la producción de la prueba, "por ejemplo interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador"¹⁶ y exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba; y (vi) el núcleo esencial del derecho de defensa comprende la posibilidad real y efectiva de controvertir las pruebas.¹⁷

En ese sentido, es posible concluir que la pluralidad de principios del debido proceso administrativo involucra los derechos de defensa y contradicción, ambos con naturaleza y estructura autónoma de derecho fundamental. En tal sentido, en sentencia T-1341 de 2001, la Corte sentenció: "i.) La efectividad de ese derecho en las instancias administrativas supone la posibilidad de que el administrado interesado en la decisión final que se adopte con respecto de sus derechos e intereses, pueda cuestionarla y presentar pruebas, así como controvertir las que se alleguen en su contra (CP, art. 29), pues, a juicio de la Corte, de esta forma se permite racionalizar el proceso de toma de decisiones administrativas, en tanto que <ello evidentemente constituye un límite para evitar la arbitrariedad del poder público".¹⁸

ii) Poder sancionatorio, función y elementos¹⁹.

El derecho administrativo sancionatorio es una regulación específica concerniente a un género más amplio que abarca una multiplicidad de disciplinas jurídicas -el derecho sancionatorio-. Esta rama especializada del derecho público, debido a su genética normativa dual: punitiva y, a la vez, administrativa, ha desarrollado su propia dogmática a través de la construcción de fundamentos, categorías y concepciones propias de esa especial técnica de juzgamiento, encargada de determinar el régimen de responsabilidad ante la comisión de conductas antijurídicas en diversas actividades públicas y privadas.

Al igual que las normas en materia penal, las disposiciones administrativas que establecen conductas sancionables, deben satisfacer el principio de legalidad y, en consecuencia, el principio de tipicidad que le es inmanente. Esto es, que la norma administrativa sancionatoria debe prescribir la conducta objeto de sanción con la previsión de todos sus elementos estructurales.

El principio de legalidad alude a que una norma con fuerza material de ley establezca la descripción de las conductas sancionables, así como las clases y cuantías de las sanciones a ser impuestas. En materia sancionatoria, este principio también se materializa en la **tipicidad**, pero con una aplicación distinta a la que opera en materia penal, por no versar sobre conductas que impliquen una incursión tan significativa en el núcleo duro de los derechos fundamentales. Es decir, que sus implicaciones más gravosas no se extienden a la restricción de derechos como la libertad.

Al respecto, en Sentencia C-242 de 2010, por la cual se declaró exequible el inciso tercero del Artículo 175 de la Ley 734 de 2002, la Corte Constitucional sostuvo:

"En el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de legalidad se aplica de modo menos riguroso que en materia penal, por las particularidades propias de la normatividad sancionadora, por las consecuencias que se desprenden de su aplicación, de los fines que persiguen y de los efectos que producen sobre las personas. Desde esta perspectiva, el derecho administrativo sancionador suele contener normas con un grado más amplio de generalidad, lo que en sí mismo no implica un quebrantamiento del principio de legalidad si existe un marco de referencia que permita precisar la determinación de la infracción y la sanción en un asunto particular. Así, el derecho administrativo sancionador es compatible con la Carta Política si las normas que lo

¹⁵ Sentencia T-461 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Sentencia SU 014 de 2001 (MP. Martha Victoria Sánchez Méndez).

¹⁸ [Cita del aparte transcrito] Sentencia T-165 de 2001 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

¹⁹ Texto tomado de la Sentencia C-699 de 2015 MP Alberto Rojas Ríos.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

integran –así sean generales y denoten cierto grado de imprecisión– no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Bajo esta perspectiva, se cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando se establecen: (i) “los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada”; (ii) “las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta”; (iii) “la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad.”

De allí que en esta disciplina sancionatoria, por razones de especialidad sea posible asignar a los actos administrativos la descripción detallada de las conductas, cuyos elementos estructurales han sido previamente fijados por el legislador, sin que en ningún caso las normas de carácter reglamentario puedan modificar, suprimir o contrariar los postulados legales y, menos aún, desconocer las garantías constitucionales de legalidad y debido proceso.

El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma *-lex scripta-* con anterioridad a los hechos materia de la investigación *-lex previa-*.

Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2º del artículo 29 de la Constitución Política que consagra el principio de legalidad, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)”, es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación.

Por su parte, el principio de tipicidad implícito en el de legalidad hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutivo de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que le permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión.²⁹

Sobre el alcance de este principio, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-343 de 2006, se pronunció en los siguientes términos:

“Uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política es el principio de tipicidad, que se manifiesta en la “exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras.”

De esta manera para satisfacer el principio de tipicidad, deben concurrir los siguientes elementos: (i) Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) Que exista una sanción cuyo contenido material este definido en la ley; (iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción;³⁰ (Subrayas propias)

En este orden de consideraciones, son elementos esenciales del tipo sancionatorio administrativo: (i) la descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción; (ii) la determinación de la sanción, incluyendo el término o la cuantía de la misma, (iii) la autoridad competente para aplicarla y (iv) el procedimiento que debe seguirse para su imposición.

Todo lo cual, apunta a la garantía de que es la ley, y no el operador jurídico, quien determina cuáles conductas son sancionables y, para lo cual, los tipos sancionatorios

²⁹ Sentencia C-271 de 2003.
³⁰ Sentencia C-110 de 2010.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA ICAANH

deben ser redactados con la mayor claridad posible, de tal manera, que tanto su contenido como sus límites se deduzcan del tenor de sus prescripciones.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-635 de 2012:

"En virtud de los principios de legalidad y tipicidad el legislador se encuentra obligado a establecer claramente en qué circunstancias una conducta resulta punible y ello con el fin de que los destinatarios de la norma sepan a ciencia cierta cuándo responden por las conductas prohibidas por la ley. No puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de remplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público, postulado esencial del Estado de Derecho."

Postura jurisprudencial confirmada por virtud de la Sentencia C-713 de 2012:

"Esta Corporación ha señalado que el principio de legalidad exige: "(i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que éste señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no solo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable" y tiene como finalidad proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial, asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y en su materialización participan, los principios de reserva de ley y de tipicidad."

Por regla general las conductas prohibidas deben ser estipuladas por el legislador y cuando se remite su descripción detallada a una norma de menor nivel jerárquico, como el reglamento, se debe delimitar su contenido a través de la configuración legal de los elementos estructurales del tipo.

El legislador en ejercicio de su libertad de configuración normativa, puede tipificar las conductas constitutivas de transgresión al orden jurídico, a través de tipos abiertos "numerus apertus", caracterizados por descripciones amplias y genéricas en cuya textura abierta no se agotan los términos de su propia prescripción, sino que admiten la acumulación o inclusión de nuevas categorías, que permiten un amplio margen de adecuación por parte del operador sancionatorio. Del mismo, el legislador puede estipular las conductas antijurídicas en el sistema "numerus clausus", que se caracterizan porque las normas que las regulan impiden que se pueda alterar la descripción inicialmente determinada.

Dado que la naturaleza especial de los asuntos regulados en el campo administrativo normalmente no versa sobre situaciones que impliquen una incursión en el núcleo duro de los derechos fundamentales y ante la imposibilidad de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas, el legislador sancionatorio está facultado para tipificar las conductas en el sistema "numerus apertus", sin que en ningún caso pueda permitir que el grado de oscilación de la norma sancionatoria sea completamente indeterminado.

Este criterio jurisprudencial es visible en las consideraciones de la Sentencia C-350 de 2009:

"Se viola la prohibición de tipos sancionatorios disciplinarios indeterminados cuando éstos emplean conceptos que no tienen un 'grado de indeterminación aceptable constitucionalmente', en especial, cuando se trata de normas que tipifican como faltas conductas que no tengan una relación con las exigencias propias del desempeño profesional ni afecten la integridad de la profesión como tal."

La norma indeterminada se utiliza para indicar de manera imprecisa un supuesto de hecho que varía dependiendo de circunstancias exógenas al ámbito normativo, lo cual no la exonera de satisfacer el principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador, que exige del legislador establecer como mínimo: "(i) los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada; (ii) las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar con claridad la

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

conducta; (iii) la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad.”²²

De ese modo se consigue que las normas que se valen de la estructura “*numerus apertus*” sean suficientemente dúctiles, a través del carácter impreciso de su enunciada, sin dejar de indicar aquello que es esencial. La función del concepto indeterminado es, precisamente, expresar lo que el legislador desconoce en el momento de dictar la ley.

En cuanto al procedimiento administrativo sancionatorio, es preciso señalar que si no se encuentra definido en una ley especial o existan vacíos normativos, por remisión²⁷¹ expresa al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se aplican los Artículos 47 al 49 de ese cuerpo normativa.

“Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en la no previsto por dichas leyes.

Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.

Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.

Parágrafo. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.”

Del mismo modo, la graduación de las sanciones, en caso de ausencia de norma especial o vacío normativo, se aplica el Artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 que dispone:

“Artículo 50. Graduación de las sanciones. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:

1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.
2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.
3. Reincidencia en la comisión de la infracción.
4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.
5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.
6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.
7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente
8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.”

²² Ibidem.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandada: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

iii) Procedimiento Sancionatorio en vigencia del C.P.A.C.A.

El inciso 2º del artículo 3 del Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo indica que "Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.", con lo cual se envía un mensaje claro y contundente a la Administración Pública sobre la forma en que le resulta lícito actuar y por ende, lo que le estaría prohibido. Estas disposiciones resultan concordantes con lo previsto en el artículo 29 de la Carta Política en concordancia también con el artículo 209 superior.

De la misma manera, el numeral 1 del artículo 3 ya mencionado, en su inciso 1º hace referencia al estricto cumplimiento del debido proceso y consecuentemente a que las actuaciones administrativas se deben adelantar de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y en la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción, es decir, que en todo procedimiento administrativo el administrado tendrá derecho a acudir directamente o a hacerse representar, además de ejercer plenamente la defensa de sus intereses y a controvertir los hechos, imputaciones que se le endilguen, discutir los elementos probatorios y a pedir o aportar los que considere apropiados, así como interponer los medios de impugnación que resulten procedentes contra las decisiones de la Administración.

Y, concretamente para el procedimiento administrativo sancionatorio, el inciso 2 del numeral 1º del artículo 3º del Estatuto dispone que "... se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in ídem", lo cual se traduce en que, además de lo ya indicado (debido proceso), tratándose de procedimientos administrativos sancionatorios, sólo puede sancionarse por un hecho tipificado previamente como falta (Principio de legalidad de las faltas), sólo puede imponerse la sanción prevista previamente en el ordenamiento (Principio de legalidad de las sanciones), no puede agravarse la sanción impuesta al apelante único (*no reformatio in pejus*) y nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho en una misma modalidad de derecho sancionatorio (*non bis in ídem*).

Como se puede observar en la codificación, el procedimiento administrativo se encuentra regulado en un conjunto de disposiciones incluidas en su Primera Parte, denominada "Procedimiento Administrativo" pero el nuevo Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula en los artículos 47 a 52 un procedimiento administrativo sancionatorio como mecanismo para materializar el poder de la administración.

En este orden de ideas el proceso administrativo sancionatorio cuenta con las siguientes etapas: indagación preliminar, formulación de cargos, presentación de descargos, periodo probatorio, traslado para alegatos y decisión.

Así las cosas los elementos que conforman la potestad sancionatoria, son **i)** una Ley previa que determine los supuestos que dan lugar a la sanción así como la definición de los destinatarios de la misma; **ii)** que exista proporcionalidad entre la conducta o hecho y la sanción prevista de tal forma que se asegure tanto al administrado como al funcionario competente un marco de referencia que permita la determinación de la sanción en el caso concreto y **iii)** que el procedimiento administrativo se desarrolle conforme a la normativa existente en procura de garantizar el debido procesos²³.

²³ Corte Constitucional, 1 de julio de 2015, Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos (C-412/2015)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

iii). Del caso concreto

El demandante centra su incanformismo en cuatro aspectos: a) omisión de la investigación preliminar; b) el pliego de cargos no cumple con los requisitos del artículo 47 del CPACA; c) vicios en cuando a la práctica y decreto de pruebas; y d) atipicidad de la conducta.

Teniendo en cuenta lo anterior esta instancia resolverá cada uno de los inconformismos del demandante, no sin antes advertir que el artículo 47 del CPACA indicó que "Las procedimientos administrativos sancionatorios no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta primera parte del código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no prevista por dichas leyes".

En materia del patrimonio cultural de la Nación, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, es la entidad encargada de declarar áreas protegidas en las que existan bienes que integran el patrimonio cultural de la Nación y aprobar el respectivo Plan de Manejo Arqueológico, así como vigilar y sancionar las faltas administrativas que tengan ocurrencia sobre bienes del Patrimonio Cultural (artículos 55 y 55 No. 11 del Decreto 763 de 2009).

Las sanciones antes referidas, se encuentran reguladas en el artículo 15 la Ley General de Cultura, **Ley 397 de 1997, modificada por el artículo 10 de la Ley 1185 de 2008**, que tuvo por objeto desarrollar los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura y se crea el Ministerio de la Cultura.

Así las cosas y teniendo en cuenta que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia no cuenta con norma especial que regule el tema sancionatorio y de los hechos que se encuentran acreditados en el expediente, no se discute que tuvieron ocurrencia en el año 2015, es evidente que se debe aplicar el procedimiento establecido en el CPACA, previsto en los artículos 47, 48 y 49 en tanto que su aplicación es de naturaleza residual y complementario habida cuenta de que el artículo 47 establece lo siguiente:

"Artículo 47.- Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en la no previsto por dichas leyes.

(...)"

a) Omisión de la investigación preliminar

El C.P.A.C.A., prevé en el artículo 47 lo siguiente:

"(...)

Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesada. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que la originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso (negrilla fuera de texto).

(...)"

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

La entidad demandada debe cumplir con varias obligaciones impuestas por la Ley con el objeto de velar por la protección y conservación del patrimonio arqueológico de la Nación, dentro de las cuales encontramos la de realizar seguimiento a la ejecución de las obras una vez expida autorizaciones de intervención arqueológica²⁴.

De conformidad con el objeto social de la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, relacionado con la exploración, explotación, producción y transporte de petróleo, gas, hidrocarburos y sus derivados así como la exploración y explotación minera, el ICANH previa solicitud de la empresa demandante expidió las siguientes intervenciones arqueológicas:

- Intervención arqueológica No. 1167 del 23 de abril de 2009, para el proyecto denominado "Reconocimiento arqueológico para modificación de licencia ambiental Bloque Moriche Puerto Boyacá, la cual propuso como plan de manejo arqueológico realizar el rescate arqueológico de los sitios con alto potencial arqueológico "prospecto 9" y "prospecto 21" así como de los sitios localizados en las fincas San Martín, El Castillo y la Vitrola (fl.28 del anexo 1).
- A folio 163 del expediente se encuentra la intervención arqueológica No. 3029 del 30 de octubre de 2012, para el proyecto denominado "Prospección arqueológica para el plan de manejo ambiental del clúster CJ, ubicado en el Departamento de Boyacá, Puerto Boyacá", la cual propuso como plan de manejo arqueológico realizar un monitoreo durante las labores de remoción de tierra.
- A folio 167 del expediente se encuentra la intervención arqueológica No. 4034 del 21 de marzo de 2014, para el proyecto denominado "Programa de arqueología preventiva. Fase Prospección de para (sic) las plataformas AB, G, H, I, J, K, L, N, O, P, S, U, V de campo Moriche municipio de Puerto Boyacá, Boyacá", la cual propuso como plan de manejo realizar actividades de capacitación y divulgación.

El ICANH, realizó seguimiento a la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., con el fin de verificar si estaba cumpliendo con los planes de manejo arqueológicos aprobados mediante las autorizaciones de intervención arqueológica Nros. 1167 del 23 de abril de 2009, 4034 del 21 de marzo de 2014 y 3029 del 30 de octubre de 2012, y para el efecto comisionó a un investigador del grupo de arqueología del mentado instituto para verificar la implementación del programa de arqueología preventiva en los campos de exploración de hidrocarburos Jazmín y Moriche operados por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA.

La visita se llevó a cabo los días 10, 11, 12 y 13 de febrero de 2015, tal como consta a folios 136 y s.s. del expediente donde se lee a modo de conclusión lo siguiente:

"En el campo Moriche en el clúster Moriche Norte 18, en el clúster AB y en la vía de acceso al clúster CJ **se afectaron contextos arqueológicos**. Lo anterior se fundamenta en el hallazgo de fragmentos de cerámica y líticos en Moriche Norte 18 y de 1 lítico en AB. Además para ambos sitios se debía implementar un rescate previo al inicio de obras: construcción de Moriche Norte 18 y ampliación del clúster AB. Por su parte la vía de acceso al clúster CJ, cruza por el sitio arqueológico identificado en el predio San Martín que requería también de un rescate". (fl.145). Negrillas del despacho.

En virtud de lo anterior, el Instituto demandado decidió iniciar actuación administrativa en contra de la empresa demandante mediante Resolución Nro. 153 del 9 de julio de 2015 con el fin de establecer las consecuencias jurídicas pertinentes y la imposición de sanciones de que trata la Ley 397 de 1997 modificada por la Ley 1185 de 2008.

En el sub lite la parte actora insiste en que se trasgredió su derecho al debido proceso, como quiera que dentro del proceso sancionatorio, se omitió la realización de las etapas

²⁴ Ley 397 de 1997 modificada por la Ley 1185 de 2008 y el Decreto 1080 de 20158.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 D12-2017-00018-00
Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

en su integridad por cuanto se dio inicio a la formulación de cargos sin que previamente se hubiese realizado la investigación preliminar.

En este punto cabe recordar que el procedimiento administrativo sancionatorio tiene prevista de manera facultativa, una etapa preliminar o indagación preliminar la cual es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación y sólo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la falta²⁵.

Así las cosas, la inconformidad alegada por la empresa demandante carece de sustento fáctico y jurídico toda vez que, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia una vez recibió el informe como consecuencia de la visita realizada los días 10, 11, 12 y 13 de febrero de 2015 por el antropólogo Juan Manuel Díaz Ortiz – Investigador grupo de arqueología del ICANH, la cual se llevó a cabo con el fin de verificar la implementación del programa de arqueología preventiva en los campos de explotación de hidrocarburos Jazmín y Moriche operados por Mansarovar Energy Colombia, y del formato de peritaje de piezas arqueológicas o réplicas de fecha 15 de abril de 2015, en donde se determinó que las piezas encontradas en dicha visita, pertenecen al Patrimonio Arqueológico de la Nación las cuales debían estar en custodia del ICANH (fls. 193 a 198), descartó la posibilidad de agotar etapa previa, por el contrario formuló cargos a la empresa demandante, pues consideró que debía adelantarse una investigación al parecer por la ocurrencia de hechos contrarios a la conservación del patrimonio arqueológico de la Nación, motivo suficiente para acudir a la formulación de cargos.

Cabe aclarar que la procedencia de la indagación preliminar tiene como primer aspecto a resolver, la duda de la futura procedencia de la investigación disciplinaria o para el caso que nos ocupa, investigación sancionatoria; en segundo lugar, habrá de establecerse la ocurrencia de la conducta o si existen causas que excluyan de responsabilidad y como tercer motivo, la identificación o individualización del autor.

Para el caso que mueve a esta Jurisdicción, ha de señalarse de manera puntual, que no existía en la entidad demandada obligación o sujeción alguna para adelantar una indagación preliminar, pues de una serie de informes previos recaudados por el ICANH, se pudo concluir que habían razones suficientes para proferir pliego de cargos en contra de la empresa ahora demandante, pues no existía duda de la procedencia de la investigación respectiva.

Efectivamente tal como se explicó en precedencia, i) existían hechos palmarios con fuerte evidencia de la ocurrencia de una conducta contraria a la conservación del patrimonio arqueológico de la Nación, ii) no se evidenciaba una causa de exoneración y iii) para la época en la que se rindieron los respectivos informes, se tenía certeza del autor de dichas conductas; razones más que suficientes para acudir de plano a la formulación de cargos los cuales quedaron contenidos en la Resolución No. 153 del 09 de julio de 2015.

En conclusión, para que una autoridad administrativa ejerza el poder sancionatorio, no se antepone como requisito previo pasar por la vía de la indagación preliminar, pues si de la información recaudada, se puede establecer la identificación del posible autor y se genera un grado de certeza para dar inicio a la investigación, se formula el pliego de cargos respectivo.

Ahora bien, la investigación preliminar que refiere el demandante no es requisito indispensable para realizar la defensa, porque ésta se ejerce durante el trámite de la investigación y su ejercicio se concreta a partir de la notificación del pliego de cargos, momento a partir del cual puede contra argumentar lo endiligado, pedir y aportar pruebas, y por tanto establecer la estrategia de defensa que ha bien tenga, sin perder de vista que

²⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia de 16 de noviembre de 2017, expediente 11001-03-25-000-2010-00054-00 (0432-10)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

en efecto esa actuación se ha servido de una serie de elementos de convicción que le dan el carácter y la pertinencia para adecuarse como inicio formal de la investigación.

Así las cosas la entidad demandada no pretermitió alguna instancia del proceso sancionatorio, y su actuación se ajustó a derecho, en tanto que el mismo artículo 47 del CPACA, advierte: "Concluidas las averiguaciones preliminares, **si fuere del caso**, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serán procedentes (...)" (Subrayado por fuera del texto), indicando esto sin lugar a alguna duda, que no hay una forzosa exigencia de la indagación preliminar, desvirtuando la naturaleza del primer cargo formulado por la parte demandante.

b) El pliego de cargos no cumple con los requisitos del artículo 47 del CPACA

Concluida la etapa preliminar u obviándose la misma, el procedimiento administrativo sancionatorio establece que la administración debe proferir el acto administrativo de formulación de cargos, salvo que proceda el archivo de las diligencias.

Es importante señalar cuáles son los presupuestos que debe contener el pliego de cargos en virtud del artículo 47 del CPACA:

- Hechos que lo originaron relatados con precisión y claridad.
- Personas naturales o jurídicas objeto de investigación
- Disposiciones presuntamente vulneradas.
- Sanciones o medidas que serán procedentes
- Así como también las pruebas que se hayan practicado o se pretenden practicar, esto último que sin mencionarlo expresamente el inciso 2º de la norma en cita, debe entenderse como obvio.

El pliego de cargos vincula la integración de unos elementos formales contenidos en la norma en cita, pero no establece un rigorismo en cuanto al orden de su composición, bastara entonces que contenga los elementos que prescribe como necesarios para que adopte la forma genérica de pliego de cargos.

Lo anterior en virtud de los principios de legalidad, publicidad y contradicción, que deben revestir todas las actuaciones administrativas sancionatorias dentro del marco del debido proceso en un estado social de derecho.

El apoderado de la empresa demandante señaló que la entidad demandada vulneró su debido proceso porque en el pliego de cargos "no se señaló con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serán procedentes"; situación que dificultó su derecho a la defensa.

De la lectura de la resolución No. 153 del 09 de julio de 2015, expedida por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, por la cual se da inicio a una actuación administrativa se observa que allí se resolvió lo siguiente (fls.200 a 202 vto):

PRIMERO. Declarar formalmente iniciada la actuación administrativa constitutiva de proceso administrativa, dirigida a decidir en el sentido que corresponda sobre la imposición de sanciones de que trata el artículo 15 de la Ley 397 de 1997, modificado por el artículo 10 de la ley 1185 de 2008, **contra la sociedad MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.**, con Nit No. 800249313-2, representada legalmente por el señor HUIMIN YE, persona mayor de edad e identificado con la cédula de extranjería No. 344.475 y domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., o por quien haga sus veces temporal o definitivamente.

SEGUNDO. (...)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00

Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

TERCERO. Vincular a esta actuación administrativa a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., con Nif No. 800249313-2, representada legalmente por el señor HUIMIN YE, persona mayor de edad e identificado con la cédula de extranjería No. 344.475 y domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., o por quien haga sus veces temporal o definitivamente, quien podrá presentar descargos y solicitar o aportar pruebas que pretenda hacer valer dentro del proceso.

CUARTO. (...)

QUINTO. (...)

SEXTO. Sin perjuicio de lo anterior se tendrán como pruebas de esta actuación, la documentación que se integra al expediente administrativo de conformidad con el numeral segundo.

SÉPTIMO. (...)

(...)"

Revisada la estructura que contiene la resolución 153 del 9 de julio de 2015 esta instancia concluye que reúne los presupuestos formales exigidos en la Ley 1437 de 2011 que debe contener todo pliego de cargos:

I) Los hechos que sustentan las razones por las cuáles, el ICANH declaró formalmente iniciada la actuación administrativa.

Efectivamente el acto administrativo es claro y preciso en indicar que la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., incurrió en las siguientes actuaciones que finalmente se convirtieron en infracciones a los planes de manejo arqueológico propuesto y aprobado a favor de la mentada empresa:

- "(...) adelantó obras sin implementar las medidas propuestas en los Planes de Manejo Arqueológico propuestos y aprobados ..." y más adelante expresa: "(...)
- Que la omisión a la ejecución de los Planes de Manejo Arqueológico propuestos, ocasionó la pérdida de información arqueológica, puesto que en el clúster Moriche Norte 18 (que podría corresponder al denominado "prospecto 9" y en la vía de acceso al clúster CJ se afectaron contextos arqueológicos."
- Que "(...) Además para este sitio se debía implementar un rescate previo a la construcción del "prospecto 9". Sumado a ello no se monitoreo durante la construcción de la vía de acceso al clúster CJ; esta vía cruzo por el sitio arqueológico identificado en el predio San Martín, que requería también de un rescate".
- Que respecto al clúster AB, durante la visita técnica por parte del ICANH el arqueólogo encontró un elemento lítico en la superficie de la plataforma y documento que la ampliación contemplada en la autorización de intervención arqueológica No. 4034, ya se había realizaco sin la aprobación del informe final ni del plan de manejo arqueológico correspondiente.

ii) Las personas naturales o jurídicas objeto de investigación fueron individualizadas plenamente en tanto que los hechos se endilgan exclusivamente a la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.

iii) Disposiciones presuntamente vulneradas.

El acto administrativo por el cual dio inició a la actuación administrativa en contra de la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., citó las normas generales sobre patrimonio arqueológico, en las cuales se vinculan disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias (artículo 63 y 72 CP 1991, artículo 6 ley 397 de 1997 modificado por el artículo 3 de la Ley 1185 de 2008, decreto 1080 de 2015, artículos 2.6.2.2).

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

En torno a las disposiciones posiblemente vulneradas por la demandante, señaló el artículo 2.6.2.2 del decreto 1080 de 2015 y el artículo 10 numeral 3 de la Ley 1185 de 2008, por no solicitar las correspondientes autorizaciones de monitoreo y rescate iniciando obras sin contar con las licencias que eran obligatorias conforme al plan metodológico aprobado por el ICANH.

iv) Sanciones o medidas que serán procedentes

De la misma manera, la Resolución 153 de 2015 estipuló las sanciones o medidas que serían procedentes en el evento de demostrar que efectivamente la empresa investigada, hubiere incurrido en las infracciones ya mencionadas. Efectivamente ésta indicó: "(...) Que el artículo 10 numeral 3 de la Ley 1185 de 2008, incluye entre las faltas administrativas, la exploración o excavación no autorizadas (...).

Y más adelante indicó lo siguiente: "(...) Que por lo anterior es procedente de conformidad con el artículo 2.6.2.23 del decreto 1080 de 2015, adelantar la actuación administrativa pertinente para decidir las consecuencias jurídicas pertinentes y la imposición de las sanciones de que trata el artículo 15 de la ley 397 de 1997, modificado por el artículo 10 de la ley 1185 de 2008."

Artículo 10. El artículo 15 de la Ley 397 de 1997 quedará así: "**Artículo 15.** De las faltas contra el patrimonio cultural de la Nación.

(...)

Las que constituyen faltas administrativas y/o disciplinarias:

(...)

3. Si la falta consistiere en adelantar exploraciones o excavaciones no autorizadas de bienes arqueológicos se impondrá multa de doscientos (200) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes por parte del Instituto Colombiano de Antropología e Historia.

(...) "Negrillas del despacho.

De la lectura de las normas antes señaladas, especialmente el artículo 2.6.2.2 del decreto 1080 de 2015 y el artículo 10 numeral 3 de la Ley 1185 de 2008, se puede concluir sin equivocación que estas disposiciones normativas contienen una serie de cláusulas complementarias entre sí, que en un conjunto normativo constituyen el tipo y la sanción.

Al respecto el artículo 2.6.2.2 señala como imperativo, la necesidad de autorización del ICANH tratándose de intervenciones al patrimonio arqueológico, señalando a renglón seguido, los tipos de intervención al patrimonio arqueológico (...) 2. Intervenciones en proyectos de construcción de redes de transporte hidrocarburos, minería, embalses, infraestructura vial, así como en los demás proyectos, obras o actividades que requieran licencia ambiental registros o autorizaciones equivalentes ante la autoridad ambiental, o que ocupando áreas mayores a una hectárea requieran licencia de urbanización, parcelación o construcción. Previo al inicio de las obras o actividades, el interesado deberá poner en marcha un Programa de Arqueología Preventiva que permita en una primera fase formular el Plan de Manejo Arqueológico correspondiente. Como condición para iniciar las obras, dicho Plan deberá ser aprobado por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH. Sin perjuicio de lo anterior, para cada una de fases del Programa de Arqueología Preventiva que impliquen actividades de prospección o excavaciones arqueológicas, el interesado deberá solicitar ante el ICANH la respectiva autorización intervención".

En este contexto, la resolución 153 del 9 de julio de 2015, señaló de manera individual las disposiciones vulneradas por la empresa demandante, de igual explicó las consecuencias jurídicas de su inobservancia; de esta manera es evidente que se cumplió con este presupuesto exigido en la norma general dentro del pliego de cargos.

El cargo no está llamado a prosperar.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

v) Pruebas que se hayan practicado o se pretenden practicar

Revisado el expediente se tiene que a folios 137 a 146 obra informe de comisión No. 0086, rendido con ocasión de la visita realizada los días 10, 11, 12 y 13 de febrero de 2015 por el antropólogo Juan Manuel Díaz Ortiz – Investigador grupo de arqueología del ICANH, con el fin de verificar la implementación del programa de arqueología preventiva en los campos de explotación de hidrocarburos Jazmín y Moriche operados por Mansarovar Energy Colombia.

Dicha comisión fue ordenada por el ICANH con el fin de verificar la implementación del programa de arqueología preventiva en los campos de explotación de hidrocarburos Jazmín y Moriche operado por Mansarovar Energy Colombia (fl. 136).

En dicha comisión, se concluyó lo siguiente:

“En términos generales los dos campos tienen alto potencial arqueológico, aunque en el campo jazmín se han reportado más sitios. Para este campo se realizó una prospección y luego se implementó un monitoreo. Es necesario que Mansarovar Energy Colombia nos entregue diagnóstico similar al que realizó para el campo Moriche donde nos aclare la situación actual del campo, pues con seguridad varias plataformas se construyeron sin implementar el correspondiente Programa de Arqueología Preventiva, ya que solo algunas plataformas estaban contempladas en la autorización de intervención xxx(prospección) y xxx(monitoreo).

Durante la visita se encontró un lítico en superficie en la fuente de materiales AQ y en la plataforma Jazmín CM; sin embargo no se pudo documentar con suficiencia una afectación.

Para el campo Moriche en el clúster Moriche Norte 18, en el clúster AB y en la vía de acceso al clúster CJ se afectaron contextos arqueológicos. Lo anterior se fundamenta en el hallazgo de fragmentos de cerámica y litios en Moriche Norte 18 y de 1 lítico en AB. Además para ambos sitios se debía implementar un rescate previo al inicio de obras: construcción de Moriche Norte 18 y Ampliación del clúster AB. Por su parte la vía de acceso al clúster CJ cruzó por el sitio arqueológico identificado en el predio San Martín que requería también de un rescate”.

Información corroborada por el peritaje de piezas arqueológicas o réplicas de fecha 15 de abril de 2015, en donde se determinó que las piezas encontradas en dicha visita, pertenecen al Patrimonio Arqueológico de la Nación y deben estar en custodia del ICANH (fls. 193 a 198).

De la misma manera la Resolución No. 153 del 09 de julio de 2015, tomó como referencia todas y cada una de las autorizaciones de intervención arqueológica expedidas por esa entidad a favor de la empresa demandante para el proyecto denominado “Reconocimiento arqueológico para modificación de licencia ambiental Bloque Moriche (Puerto Boyacá) las que posteriormente sirvieron para evidenciar las irregularidades en las que incurrió Mansarovar Energy, que originaron la sanción pecuniaria objeto de Litis.

Así las cosas, el ICANH ante los hallazgos contenidos en el mentado informe, resolvió, en uso de las facultades que le correspondían en tanto fue quien expidió las autorizaciones de intervención a la empresa demandante, abrir formalmente la respectiva investigación en contra de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA con el fin de esclarecer las posibles faltas y/o irregularidades e imponer las sanciones del caso.

En este orden de ideas, la conclusión a la que llega esta instancia, es que el pliego de cargos contenido en la Resolución 153 del 09 de julio de 2015 expedida por el ICANH contiene los elementos materiales y jurídicos que ordena el artículo 47 del C.P.A.C.A., por lo que en este punto de la controversia, no se observa una falencia de orden material, estructural y jurídico que invalide la resolución de apertura de la investigación.

c) Vicios en cuanto a la práctica y decreto de pruebas.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 1.5001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

De conformidad con lo previsto en el artículo 48 del CPACA, podrá o no haber período probatorio. En caso de que deban practicarse pruebas, se señalará un término de treinta (30) días, salvo que se trate de un asunto en donde existan tres (3) o más investigados o deban practicarse pruebas en el exterior, eventos éstos en los que el período probatorio podrá hasta doblarse, ello es, podrá extenderse hasta sesenta (60) días.

No habiendo período probatorio o vencido el mismo, la Administración correrá traslado al investigado para alegar de conclusión, por el término de 10 días.

Revisado el expediente administrativo aportado al presente proceso, se observa que la empresa demandante una vez notificada de la Resolución Nro. 153 del 09 de julio de 2015 "Por la cual se da inicio a una actuación administrativa" (fl. 204 a 219) procedió a través de apoderado judicial a presentar escrito de descargos donde contrargumentó uno a uno los cargos endilgados por la entidad demandante y en acápite separado solicitó las siguientes pruebas (fl.260):

"III. PRUEBAS

Se solicita se tenga como pruebas todas aquellas que obren en el expediente, y las que aquí se aportan y se solicitan

1. Documentales

ANEXO I

Un (1) CD

Anexo1: Copia Oficio radicado el 10 de abril de 2015 con número 1497

Anexo2: Copia de las actas de capacitaciones sobre patrimonio arqueológico al personal de construcción y operaciones.

Anexo3: Planos".

El ICANH vencido el término para presentar los respectivos descargos, mediante Resolución Nro. 199 del 9 de septiembre de 2015 decretó pruebas refiriéndose a las solicitadas por la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., de la siguiente manera (fl. 282 vto y 283):

"RESUELVE

PRIMERO: Téngase como prueba documental la aportada por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., en su escrito de descargos y relacionada en la parte motiva de la presente resolución, a saber:

1. Documentales:

CD con los siguientes anexos:

-Copia oficio radicado el 10 de abril de 2015 con número 1497.

-Copia de las actas de capacitaciones sobre patrimonio arqueológico al personal de construcción y operaciones.

-Planos.

SEGUNDO: Téngase como prueba documental la existente en el expediente constitutivo del presente trámite administrativo y que se relacionó en la parte motiva de la presente resolución. Para expedición de copias el solicitante deberá consignar en la cuenta corriente del Banco de Bogotá No. 05106930-0 el valor correspondiente a las mismas.

TERCERO: Decrétese de oficio la Verificación en Campo, inspección ocular, en los 30 prospectos incluidos en la autorización de intervención arqueológica 1167, los predios San Martín, La Vitrola y El Castillo, el clúster C.J y su vía de acceso, el clúster Moriche Norte 18 y el clúster AB para lo cual se comisiona a la oficina jurídica y a un Investigador del Grupo de Arqueología del ICANH, diligencia que se comunicará mediante acto administrativo y se comunicará de manera oportuna al investigado y que deberá contar con la

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

participación del Representante legal de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., o su apoderado.

CUARTO: Oficiese a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales — ANLA-, para que allegue la documentación presentada, respecto de los Programas de Arqueología Preventiva, por la sociedad MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., para el trámite de la licencia ambiental y sus modificaciones en el marco del proyecto de Hidrocarburos Campo Moriche, en el municipio de Puerto Boyacá.

QUINTO: Para la práctica de pruebas decretadas fijese un término de treinta (30) días vencidos los cuales se proferirá decisión sobre esta actuación administrativa.

SEXTO: Notifíquese la presente resolución de acuerdo con lo previsto en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, al representante legal de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., señor HUIMIN YE, o quien haga sus veces temporal o definitivamente, en la Calle 100 No. 13 — 76 Piso 11 de la ciudad de Bogotá, e-mail de notificación judicial: mansarovar_colombia@mansarovar.com.co.

SEPTIMO: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición ante quien proferió la decisión, el cual deberá interponerse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación".

Posteriormente al evidenciar el ICANH una irregularidad en la etapa probatoria consistente en que la práctica de la inspección ocular decretada mediante Resolución ICANH 219 de 2015 y llevada a cabo de forma irregular los días 19 y 20 de octubre de 2015, expidió la Resolución Nro. 18 del 01 de febrero de 2016 donde resolvió lo siguiente (fls.364 y 365):

"RESUELVE

PRIMERO: Fijar fecha de ejecución de la prueba decretada en el numeral TERCERO de la resolución No. 199 de 2015 y para ello comisionese a la Oficina Jurídica y a un investigador del Grupo de arqueología del ICANH para llevar a cabo diligencia los días 04, 05, 06, 07, 08 y 09 de febrero de 2016.

SEGUNDO: Comunicar la presente resolución al representante legal de la investigada, señor HUIMIN YE, persona mayor de edad e identificado con la cédula de extranjería No. 344.475 y domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., o quien haga sus veces temporal o definitivamente, al correo de notificación autorizado mansarovar_colombia@mansarovar.com.co.

TERCERO: Contra la presente resolución no procede recurso alguno."

Seguidamente, el 5 de febrero de 2016 se expidió la Resolución Nro. 19 donde el ICANH prorrogó el periodo de pruebas y fijó fecha para la ejecución de la prueba decretada en el numeral 3° de la Resolución Nro. 199 de 2015 los días 15, 16, 17, 18 y 19 de febrero de 2016 (fl. 381 a 383).

Así las cosas, se llevó a cabo la inspección ocular decretada en la fecha dispuesta para tal efecto que de acuerdo al acta respectiva (fl. 399) asistieron funcionarios del ICANH y representantes de la empresa MANSAROVAR ENERGY LTD., situación que se corrobora con el informe de comisión obrante a folio 419 y s.s., del expediente, donde tuvieron participación activa en lo allí ocurrido y se llegó a las siguientes conclusiones:

"(...) siendo las 18 de febrero de 2016 a la 1:10 p.m. nos reunimos en las instalaciones de MANSAROVAR estando presentes JULIO CRUZ, YADI RODRIGUEZ, ALEJANDRA CORPOS, LUISA MENDOZA, ALCOZAR SANCHEZ, PAOLA MONTENEGRO, CATALINA CASTILLO, ZULMA AYALA, con el fin de sacar conclusiones de la diligencia:

1. Los puntos que no tienen coordenadas exactas son prospecto 2, 3, 30, 4, 27, 22, 24, 23, 20, 13, 18, 11, 13, 12, 15, 16, 29.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

2. En la vitrola no se tiene claridad cuáles son los límites más sin embargo se hizo recolección superficial de material arqueológico al momento de la inspección ocular (ver G1P1).
3. Conclusión de arqueólogas del ICANH Luisa Mendoza y Alcizar Sánchez: Se realizó la inspección de 36 puntos de los 36 puntos programados se realizó la inspección 30 prospectos y 7 áreas asociadas son: la vitrola, cj, vía de acceso cj, Moriche norte 18, AB, San Martín y el Castillo y en 3 de ellos se recuperaron materiales arqueológicos en superficie los cuales son: la vitrola vía de acceso a cj, y clúster cj teniendo en cuenta que en la vitrola no se tiene claridad cuáles son los límites (ver conclusión 2). Es importante precisar que los sitios arqueológicos no corresponde a puntos si no corresponden a áreas más extensas que corresponde a los contextos arqueológicos, así mismo se debe tener en cuenta que es lo que se entiende por intervención: es tipa de actividades que generan alteración en el suelo y en el subsuelo por tanto cualquier tipo de modificación sobre elementos y evidencias de carácter arqueológico.
4. En el informe a presentar por parte del arqueólogo Alcizar Sánchez, se especificara (sic) que tipo de coordenada y que origen corresponde especificando los puntos o prospecta tomados por él"

En informe de comisión No. 040 de 2016, rendido por el arqueólogo del ICANH visto a folios 419 a 430 del expediente, se concluyó lo siguiente:

"En lo concerniente a los puntos evaluados por el Grupo 2, se recuperaron materiales arqueológicos en superficie en el predio el Castillo, sin embargo, en este predio no se identificaron alteraciones asociadas con la construcción de infraestructura petrolera. Sin embargo, tales hallazgos sugieren el alto potencial arqueológico que puede presentar el área, por tanto, la necesidad de caracterizarla y proponer las medidas de manejo arqueológico antes de que se realice cualquier tipo de intervención en la misma, bien sea para la exploración y explotación de hidrocarburos a para otro tipa de actividades que impliquen la intervención de suelo y el subsuelo.

Es importante anotar que algunos de los prospectos visitados por el Grupo 2 no tenían datos exactos de localización (i.e. Prospectos 4, 2, 11 y 12), por tanta, se tomó como referencia la información suministrada por Manzarovar para poder inspeccionarlos (coordenadas aproximadas).

Llama la atención que aunque algunas de los prospectos inspeccionados no presentaron infraestructura petrolera, en alguno casos a no más de 500 m se identificaron plataformas petroleras algunas, incluso, abandonadas. Dado este panorama, sería pertinente que el ICANH le solicitara a Manzarovar datos precisos sobre el número de clúster que existen en "Campo Moriche" (activas y abandonadas) y los Programas de Arqueología Preventiva implementados en cada uno de ellas. Así, el ICANH podrá conocer que actividades arqueológicas se han llevada a cabo en el área y en qué sectores específicamente.

Finalmente los materiales recuperados durante la diligencia fueron enviados al Laboratorio de Arqueología del ICANH para realizar el respectivo peritaje".

Ahora bien del peritaje realizado por el ICANH, visto a folios 444 a 459 del expediente se observa que el profesional que realizó el mismo llegó a la siguiente conclusión:

"La muestra cerámica analizada está compuesta por un total de 27 fragmentos. En general, los materiales presentaron superficies con acabado burdo y en menor cantidad superficies lisas. Ocho (8) elementos presentaron superficies erosionadas y cinco (5) alteraciones en el color de la superficie debido a factores posdeposicionales tanto naturales como antrópicos, la cual en algunos casos limitó la observación del conjunto de atributos formales establecidos para su análisis. Seis (6) fragmentos presentaron decoración incisa (líneas y puntos) y siete (7) fragmentos superficies internas y/o externas ennegrecidas por acción del fuego; característica que sugiere que algunos de los materiales cerámicos pudieron

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

corresponder a piezas utilizadas en labores domésticas. Los materiales cerámicos presentaron un tamaño pequeño, no mayor a 5 cm, incluso, se registraron fragmentos de 1 cm.

El conjunto de materiales cerámicos analizados presentan características que permiten asociarlos con tres secuencias cronológicas establecidas para la región del Magdalena Medio, específicamente, con algunos complejos cerámicos propuestos por diferentes investigadores; a saber: el complejo cerámico Arrancaplumas (Cifuentes 1991, 1993; Peña 2010) asociado al periodo Temprano que se extiende del siglo V a.C. al I a.C. Un segundo periodo denominado como Intermedio que se extiende entre el siglo II d.C. y el siglo VI d.C. Por último, los complejos cerámicos La Giralda (Otero 2002), Colorados (Castaño y Dávila 1984) y Carare (López 1991) que se ubica cronológicamente entre los siglos XVII d.C. y XIV d.C. En la muestra analizada cinco (5) fragmentos se asocian probablemente al periodo Temprano, siete (7) al Intermedio y doce (12) al Tardío.

Ahora bien, tres (3) de los 27 fragmentos cerámicos no pudieron asociarse a ningún complejo cerámico en particular, ya que presentaban rasgos formales característicos de distintos complejos y periodos; lo anterior, no obstante, puede ser sugerente acerca de la existencia de variaciones locales en la producción cerámica.

La muestra lítica analizada está compuesta por 15 artefactos, todos producto de procesos de talla simple, tratándose de rocas talladas con percusión directa y mal controlada. Para su elaboración el tallador no necesitaba contar con un alto grado de experticia. La materia prima utilizada fue en la mayoría de casos rocas silíceas, generalmente chert amarillo característico de la región del Magdalena medio. Las particularidades de la muestra no permiten indicar con certeza la cronología en que fueron elaborados éstos materiales, aunque es posible corroborar que se trata de elementos líticos muy comunes entre los grupos humanos que en tiempos prehispánicos poblaron la región.

Se observaron tres instrumentos recuperados en las áreas construidas por la empresa Mansarovar, que son muy comunes en el Magdalena Medio; éstos han sido descritos en varias oportunidades por distintos autores que han estudiado la zona. Algunas investigaciones arqueológicas indican que éste tipo de instrumentos aparecieron hace 10.000 años en la región del Magdalena medio (López 1991, 1999).

No es posible realizar mayores inferencias de los materiales analizados, ya que los contextos en los que se encontraban originalmente fueron intervenidos mediante la realización de obras civiles para la construcción de infraestructura petrolera y otras actividades antrópicas; **intervenciones que lamentablemente borrarón otro tipo de evidencias y correlatos arqueológicos que permitirían desarrollar un buen análisis e interpretación de las distintas dinámicas culturales de los grupos humanos que ocuparon las áreas inspeccionadas en el pasado prehispánico.**

En conclusión, el Grupo de Arqueología del ICANH conceptúa que 27 fragmentos cerámicos y 15 elementos líticos que fueron recolectados durante la diligencia de inspección ocular realizada los días 16, 17 y 18 de febrero de 2016, son en efecto elementos pertenecientes al patrimonio arqueológico de la Nación y están sujetos a las especiales regulaciones que sobre los bienes arqueológicos establece la normatividad colombiana (ver Ley 397 de 1997, Decreto 833 de 2002, Ley 1185 de 2008, Decreto 763 de 2009 y Decreto 1080 de 2015)".

La empresa demandante alega como causal de nulidad que el ICANH impuso la sanción contenida en los actos demandados basándose en pruebas que no fueron decretadas dentro del proceso y de las cuales no se le dio la oportunidad de contradecir refiriéndose específicamente a:

- Informe de comisión Nro. 0040 de 2016
- Peritaje realizado a los elementos arqueológicos recolectados en el desarrollo de la comisión 040 y 042.

Dentro del expediente igualmente obra la siguiente documental:

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

- Acta de diligencia de inspección ocular llevada a cabo los días 15, 16, 17, 18 y 19 de febrero de 2016 donde participó entre otros, la apoderada de Mansarovar Ltd.(fl. 399 a 418 C2)
- Memorando interno Nro. 0119 del 4 de marzo de 2016 donde consta la entrega de materiales hallados en la inspección ocular al laboratorio de arqueología con el fin de verificar si corresponden o no a elementos arqueológicos. (fl. 431)
- Memorando interno Nro. 0139 del 11 de marzo de 2016 donde se hace la entrega del informe de Comisión Nro. 0040 de 2016 (fl.442).
- Informe de Comisión 0040 de 2016 donde se dejó la constancia al finalizar la lectura del documento lo siguiente: "Finalmente, los materiales recuperados durante la diligencia fueron enviados al Laboratorio de Arqueología del ICANH para realizar el respectivo peritaje." (fls.419 a 430vto)
- Memorando Interno Nro. 0140 del 11 de marzo de 2016 donde se hace entrega del resultado de peritaje de los elementos arqueológicos recolectados durante la comisión 0040 y 0042 en Puerto Boyacá (fl.443).
- Constancia secretarial del 23 de marzo de 2016 por medio de la cual se cierra etapa probatoria y se corre traslado para alegar de conclusión dentro del proceso administrativo sancionatorio contra MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. (fl.460)
- Constancia de notificación de dicha decisión a la empresa investigada del 29 de marzo de 2016 (fl.461)

Tal como quedó expuesto, el reparo que alega la empresa sancionada es el hecho de que el ICANH no decretó el dictamen pericial ni el informe de la inspección ocular y que ésta solo tuvo conocimiento de esa documental hasta el 30 de abril de 2016 al revisar el respectivo expediente; situación que puso de presente en los respectivos alegatos de conclusión de la siguiente manera: "el día 30 de marzo de 2016 se revisó el expediente del proceso sancionatorio que cursa en contra de la empresa y se evidenció que obran en este algunos documentos que no fueron decretadas como prueba dentro del proceso y de los cuales no se tenía conocimiento (fl.463).

Por su lado el ICANH en el acto por medio del cual sancionó administrativamente a la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., expuso lo siguiente: "aciara que dichos informes son el resultado de la visita (inspección ocular) realizada por los profesionales a campo y que según el procedimiento establecido por el Instituto deben ser presentados de manera técnica los resultados de dichas visitas; pues hacen parte del mismo acervo probatorio, ya que versan sobre los mismos, hechos, puntos o sitios visitados y de las actividades realizadas durante la inspección ocular, pero presentan los conceptos técnicos verificados por el investigador del grupo de arqueología"²⁶.

Al respecto vale decir que las pruebas en todo procedimiento son esenciales, pues solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite, puede el funcionario administrativo o judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial.

Sin embargo, tal como quedó expuesto en párrafos anteriores, en términos de la Corte Constitucional, la actuación administrativa goza de unos privilegios que lo convierten en un procedimiento más ágil que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública y es por ello que ésta se desarrolla bajo estándares más flexibles para asegurar la eficiencia, eficacia, celeridad

²⁶ Folio 483 vto

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

y economía por parte de la Administración. No obstante, paralelamente a esta finalidad particular que persigue cada uno de los procedimientos, ambos deben estructurarse como un **sistema de garantías de los derechos de los administrados, particularmente de las garantías que conforman el debido proceso.**

Efectivamente y de lo observado dentro del expediente administrativo el ICANH decretó una inspección ocular realizada a campo abierto, donde si bien se levantó un acta (fls.399 a 418), de acuerdo a los protocolos de la misma entidad, seguidamente debe rendirse el informe respectivo donde debe constar lo que allí ocurrió y como quiera que se encontraron piezas que posiblemente podrían ser elementos arqueológicos, pues es más que obvio que dicha entidad, como veedora del patrimonio cultural de la Nación y en cumplimiento de la función administrativa que la ley le impone, debía enviar a su laboratorio tales hallazgos para determinar técnicamente su materialidad. De dicho se informó dentro de esa inspección ocular, tal como quedó consignado en el acta respectiva, como se puede leer a folio 417: "(...) 4.- En el informe a presentar por parte del arqueólogo Alcizar Sánchez se especificará qué tipo de coordenada y qué origen corresponde, especificando los puntos o prospectos tomados por él. (...)".

El numeral 4 del artículo 2.6.1.2., del Decreto 1080 de 2015 establece que el ICANH debe emitir el concepto técnico y científico, a través del cual se establece que un bien o conjunto de bienes determinados son de carácter arqueológico.

Por lo anterior, era su deber enviar, una vez se recolectaron las piezas encontradas, al laboratorio para establecer su origen; no obstante, una vez fueron allegados tanto el informe de la inspección como los resultados del laboratorio, se anexaron al expediente administrativo, con el fin de que las partes interesadas, consultaran dichas actuaciones, tal como lo hizo la empresa demandante²⁷, sin que se entienda que se trataran de medios probatorios adicionales, máxime como ya se hizo alusión, de esto fueron informados todos los intervinientes en la inspección ocular, dentro de ellos el apoderado de la entidad demandante.

Así las cosas, tanto el informe de comisión 0040 de 2016 como el peritaje de los elementos arqueológicos, son actuaciones que devienen necesariamente de la prueba decretada mediante Resolución Nro. 19 del 05 de febrero de 2016 (fl.381) donde se ordenó la inspección ocular la cual se llevó a cabo respetando el debido proceso del investigado.

En este orden de ideas para esta instancia no existe ninguna circunstancia que avizore alguna prueba subrepticia por parte de la administración que permita concluir violación al debido proceso de la entidad demandante. El actor confunde el procedimiento posterior propio a la inspección ocular con la omisión de decretar nuevas pruebas para realizar lo mismo.

Ahondando en razones, si MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., hubiese querido controvertir los resultados del laboratorio, estaba en libertad de aportar pruebas durante todo el resto de la actuación e incluso al momento de ejercer el recurso de reposición contra el acto definitivo²⁸, en el evento de que ésta hubiese sido determinante de la

²⁷ Así lo afirmó en el escrito de alegatos de conclusión (fl. 463).

²⁸ Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. "**ARTÍCULO 77. REQUISITOS.** Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos.

Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos: (...)

3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.

(...)

ARTÍCULO 79. TRÁMITE DE LOS RECURSOS Y PRUEBAS. Los recursos se tramitarán en el efecto suspensivo.

Los recursos de reposición y de apelación deberán resolverse de plano, a no ser que al interponerlos se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio.

Cuando con un recurso se presenten pruebas, si se trata de un trámite en el que interviene más de una parte, deberá darse traslado o los demás por el término de cinco (5) días.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

decisión definitiva, consideraciones que se desprenden del alcance literal del artículo 40 del CPACA, teniendo en cuenta que la norma no prevé una etapa preclusiva para el efecto.

Ahora bien, si la entidad demandante consideraba que la inspección ocular, que comprende: acta de visita, informe de visita y pericial, contenía aspectos que podían ser desvirtuados con otros elementos probatorios, pudo interponer recurso de reposición contra el auto que cerró la etapa probatoria y alegar lo propio o, incluso posteriormente atacar la decisión definitiva aportando nuevos elementos probatorios. Inclusive solicitando o aportando los medios probatorios conducentes a través de la presente demanda, con el objeto de evidenciar el yerro posiblemente cometido por el ICANH dentro del proceso sancionatorio; sin embargo MANSAROVAR asumió una actitud pasiva en el manejo probatorio tanto en la respectiva investigación en sede administrativa como judicial.

La Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 17 de marzo de 2000, Rad. No. 5583, C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, indicó respecto a esta situación lo siguiente:

"...Finalmente, en lo que concierne a la aducida violación del derecho de defensa en la vía gubernativa, porque no se decretaron ni practicaron las pruebas solicitadas por la actora, estima la Sala que la prosperidad de dicho cargo está condicionada a que en la instancia jurisdiccional, en la que obviamente se tiene franca la oportunidad para ello, se pidan y practiquen esas mismas pruebas, u otras pertinentes, con el objeto de que en el proceso respectivo quede evidenciado que la importancia o trascendencia del supuesto fáctico que se echa de menos era tal que resultaba imprescindible considerarlo para efectos de inclinar, en uno u otro sentido, la decisión administrativa controvertida. Resulta, empero, que esa eventual incidencia en el caso presente no se puede medir o ponderar, pues la demandante no solicitó ni aportó pruebas con ese propósito..."²⁹

De igual forma se ha pronunciado la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia más reciente proferida el 6 de julio de 2016, en la que se demandó el acto administrativo en razón a la negativa de pruebas en el procedimiento administrativo, reiterando así el criterio vigente:

*"...Además, debe resaltarse en esta oportunidad, que la parte demandante **no realizó ningún esfuerzo probatorio** ni en sede administrativa **ni ante esta jurisdicción**. La Sala ha precisado que: «2.11 En la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el administrado **puede desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado con nuevas o mejores pruebas que las aportadas en sede administrativa, pues, legalmente no existe ningún impedimento para que no se puedan apreciar pruebas diferentes a las valoradas por la Administración.** Además, es carga de las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (artículo 177 C.P.C.)»³⁰..."³¹ (Resaltado fuera de texto).*

Y, en pronunciamiento posterior reiteró que "Si bien la Administración no se pronunció frente a la solicitud de la prueba antes relacionada, ello no tiene la virtualidad, en este evento, de generar la ilegalidad del acto administrativo, toda vez que los hechos que fundamentaron la glosa en discusión **están debidamente probados** para la DIAN (...) Si el contribuyente consideraba necesaria dicha prueba debió (...) **en su defecto solicitarla en la**

Cuando sea del caso practicar pruebas, se señalará para ello un término no mayor de treinta (30) días. Los términos inferiores podrán prorrogarse por una sola vez, sin que con la prórroga el término exceda de treinta (30) días. En el acto que decreta la práctica de pruebas se indicará el día en que vence el término probatorio".

²⁹ Criterio reiterado entre otras en las sentencias de 26 de julio de 2001 (expediente 6549), 14 de febrero de 2002 (expediente 7346) y 31 de enero de 2003 (expediente 6689)

³⁰ Sentencia 06 de agosto de 2015, exp. 20130, M.P. Dr. JORGE OCAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ.

³¹ Radicación: 68001-23-33-000-2012-00049-01 (20134), M.P. Dra. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, actor Luis Eugenio Portilla Portilla.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

vía judicial... (...) No obstante, en vía judicial, el demandante no solicitó prueba alguna al respecto...³²

Tales consideraciones también aplican para desvirtuar el argumento alegado por la entidad demandante en el sentido que el ICANH violó la cadena custodia de los elementos encontrados durante la inspección ocular, sin identificarlas y sin dejar claro el lugar de dónde se estaban extrayendo y sin contar con ningún tipo de metodología para su conservación, generando una clara violación al principio de la formalidad y legitimidad de la prueba y causando la invalidez de la misma; en tanto que la entidad demandante no hizo reparo alguno al momento en que se recolectaron las piezas arqueológicas halladas como quiera que dentro de la respectiva acta y el informe de comisión 040 no aparece reparo alguno frente a dicha situación.

Por el contrario a folio 431 reposa memorando interno Nro. 0119 del 04 de marzo de 2016 donde el arquitecto Ancizar Sánchez y Luisa Fernanda Mendoza quienes fueron los responsables de los hallazgos analizados, hacen entrega del material encontrado de la siguiente manera:

"(...) Los elementos se entregan en bolsas marcadas con rótulos indicando el nombre del sitio donde se tomó la muestra, la coordenada, la cantidad de elementos que contiene y la palabra "Mansarovar". Estos elementos fueron recolectados durante la diligencia de inspección ocular realizados los días 16, 17 y 18 de febrero de 2016 en el campo Moriche, municipio de Puerto Boyacá, Boyacá". A continuación se describe el contenido de cada bolsa: (...)"

Así las cosas, esta instancia concluye que, de acuerdo al marco jurisprudencial expuesto anteriormente, el ICANH dentro del proceso sancionatorio adelantado en contra de la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD donde se declaró que incurrió en falta contra el patrimonio cultural de la Nación, durante la ejecución de obras en el clúster CJ, su vía de acceso y en la plataforma Moriche Norte 18; respetó las exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben aplicarse al adelantar todo proceso administrativo. Entre estas se evidenció la garantía al principio de legalidad, el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del juez natural, la garantía de los derechos de defensa y contradicción, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a ser escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en ese procedimientos; respetando de esta manera el derecho al debido proceso constitucional; por lo que este cargo no está llamado a prosperar.

d) Atipicidad de la conducta

Afirmó la empresa demandante que el ICANH infringió las normas en que debió fundar los actos administrativos demandados vulnerando el principio de legalidad y tipicidad en tanto que no existió una correlación directa entre la conducta y la respectiva sanción.

Que no se evidenció que MANSAROVAR ENERGY LTD., hubiese incurrido en exploraciones o excavaciones no autorizadas de bienes arqueológicos, toda vez que los lugares donde se concluyó que se llevó a cabo este tipo de intervenciones, no corresponden a los espacios donde se adelantaron las obras en el campo Moriche y que de ser así allí, tampoco se encontraron vestigios arqueológicos de ningún tipo, por lo que la sanción impuesta no guarda correlación con la realidad de los hechos.

³² Sentencia de 13 de octubre de 2016, C.P.Dr. JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ, radicación No. 25000-23-37-000-2012-00206-01 (20585).

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

De acuerdo al marco jurisprudencial expuesto con antelación se debe comprender que cualquier decisión sancionatoria de las autoridades en aplicación de la ley debe incluir, como parte fundamental de su motivación, un proceso de subsunción típica de la conducta de la persona investigada bajo la norma sancionatoria aplicable. El proceso de subsunción típica –o adecuación típica- de la conducta, entendido como la secuencia lógica expresa de razonamiento jurídico encaminada a determinar si una determinada realidad fáctica encuadra bajo las definiciones y prescripciones establecidas en la Ley escrita, es una de las piezas indispensables de todo acto que manifieste el poder represor del Estado, y por lo mismo uno de los pre- requisitos necesarios de la legalidad y juridicidad de toda sanción. La subsunción típica es, en suma, uno de los pasos indispensables uno de los pasos indispensables en el proceso de aplicación de la ley, cuya omisión o in- debida realización impiden la estructuración de un acto jurídico sancionatorio conforme a Derecho y le hacen derivar de una vía de hecho de la autoridad.

En esa medida, el proceso de subsunción típica de la conducta de quien es sometido a un proceso administrativo sancionatorio constituya uno de los componentes de legalidad de las actuaciones de la autoridad pública. Sólo luego de haber surtido de manera expresa y detallada dicho proceso de razonamiento lógico jurídico en el texto mismo de la decisión sancionadora, podrá llegarse a la conclusión de que la conducta investigada es típica. La subsunción típica se vincula así directamente, en tanto componente necesario, al principio de tipicidad en el derecho sancionador.

Lo anterior, presupone que la legislación sancionadora que se invoca haya sido debidamente interpretada en todos sus componentes de conformidad con los distintos métodos hermenéuticos que operan en el sistema colombiano, y que las pruebas que obran en el proceso demuestren en forma contundente la ocurrencia de los hechos y la culpabilidad del investigado.

Descendiendo al caso concreto vemos que lo decidido por el ICANH se soporta en la situación fáctica investigada y el material probatorio recolectado dentro de la respectiva actuación administrativa, como se detalla:

El ICANH mediante Resolución Nro. 114 del 23 de mayo de 2016, resolvió lo siguiente (fl. 23 vto):

" (...)

PRIMERO. Declárese MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, identificada con Nit. 800249313-2 y domicilio en la ciudad de Bogotá representada legalmente por el señor HUMIN YE, persona mayor de edad e identificado con la cédula de extranjería No. 3444.475 y domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., o quien haga sus veces temporal o definitivamente, para cual se procede analizar los siguientes, **incurrió en falta contra el patrimonio cultural de la Nación, durante la ejecución de obras el clúster CJ, su vía de acceso y en la plataforma Moriche Norte 18**, con base en la fundamentación que obra en el expediente y que ha sido analizada en la presente resolución.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior se sanciona a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, identificada en el numeral anterior, con la multa **mínima** de DOSCIENTOS (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2016.

Por haber incurrido en la falta establecida en el numeral tercero (3), artículo decimo (10) de la ley 1185 de 2008, recopilado hoy por el decreto 10820 de 2015 que reza: Las personas que vulneren el deber constitucional de proteger el patrimonio cultural de la Nación, incurrirán en las siguientes faltas (...) 3. Si la falta consistiere en adelantar exploraciones o excavaciones no autorizadas de bienes arqueológicos se impondrá multa de doscientos (200) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes por parte del Instituto Colombiano de Antropología e Historia.

(...)" . Negritas del despacho.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

Decisión que fue objeto de recurso de reposición y el cual fue resuelto mediante la Resolución Nro. 186 del 03 de agosto de 2016 donde se decidió lo siguiente (fl. 32):

" (...)

PRIMERO. NEGAR la solicitud presentada por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, en recurso de reposición, dirigida a obtener la revocatoria de los numerales 1, 2 y 3 de la decisión impuesta dentro del proceso administrativo sancionatorio.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todas sus partes la resolución No. 114 del 24 de mayo de 2016 "por medio de la cual se impone sanción administrativa", contra MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, por haber incurrido en falta administrativa contra el patrimonio cultural de la Nación. (...)".

De la misma manera y de acuerdo a la reseña expuesta en el acápite donde se analizó el primer cargo de la presente demanda denominado "**Omisión de la investigación preliminar**"³³, es evidente que la apertura de la actuación administrativa en contra de la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., fue producto de unos hallazgos contenidos en el informe de comisión 0086 llevada a cabo los días 10, 11, 12 y 13 de febrero de 2015 por parte del ICANH donde se determinó lo siguiente (fl. 137 a 145):

"(...)

En términos generales los dos campos tienen alto potencial arqueológico, aunque en el campo Jazmín se han reportado más sitios. Para este campo se realizó una prospección y luego se implementó un monitoreo. Es necesario que Manzarovar Energy Colombia nos entregue diagnóstico similar al que realizó para el campo Moriche donde nos aclare la situación actual del campo, pues con seguridad varias plataformas se construyeron sin implementar el correspondiente Programa de Arqueología Preventiva, ya que solo algunas plataformas estaban contempladas en la autorización de intervención xxx(prospección) y xxx (monitoreo).

Durante la visita se encontró un lítico en superficie en la fuente de materiales AQ y en la plataforma Jazmín CM; sin embargo no se pudo documentar con suficiencia una afectación.

Para el campo Moriche en el clúster Moriche Norte 18, en el clúster AB y en la vía de acceso al clúster CJ se afectaron contextos arqueológicos. Lo anterior se fundamenta en el hallazgo de fragmentos de cerámica y litios en Moriche Norte 18 y de 1 lítico en AB. Además para ambos sitios se debía implementar un rescate previo al inicio de obras: construcción de Moriche Norte 18 y Ampliación del clúster AB. Por su parte la vía de acceso al clúster CJ cruzó por el sitio arqueológico identificado en el predio San Martín que requería también de un rescate".

Así las cosas, de acuerdo a lo anterior la situación fáctica que motivó a iniciar la investigación fueron los siguientes:

- Omisión a la ejecución de los Planes de Manejo Arqueológico propuestos según autorizaciones 167 y 3029.
- Pérdida de la información arqueológica.
- Afectación de contextos arqueológicos.
- Omisión de monitoreo durante la construcción de la vía de acceso al clúster CJ lo que impidió realizar el rescate del sitio arqueológico identificado en el predio San Martín.
- Realizar intervención sin la aprobación del informe final ni plan de manejo arqueológico en el clúster AB.

Ahora bien el Decreto 1080 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Cultura" regula una serie de situaciones que se deben traer a

³³ Ver folio 20 de esta sentencia.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017 00018 00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

colación para desarrollar el aspecto de la atipicidad alegada por la empresa demandante.

En primer lugar establece el artículo 2.3.1.3 en su numeral II que el ICANH es la autoridad encargada de aplicar con exclusividad en todo el territorio nacional el Régimen Especial del Patrimonio Arqueológico, y radica en cabeza de esa entidad la competencia para imponer sanciones.

En el capítulo V de la norma en cita, se describen claramente las faltas contra el patrimonio cultural, y en su artículo 2.4.1.5.1 establece:

“Artículo 2.4.1.5.1. Aplicación inmediata e información Ministerio de Cultura. Las autoridades competentes descritas en el Título I de este decreto, que cuentan con facultades para imposición de las sanciones administrativas a que se el artículo 15 de la Ley 397 de 1997, modificado por el artículo 10 de la Ley 1185 de 2008, darán aplicación a las disposiciones y principios de la actuación administrativa acorde con la Primera y demás pertinentes del Código Contencioso Administrativo.

La imposición de sanciones por parte de las autoridades territoriales, el Archivo General la Nación, o Instituto Colombiano de Antropología e Historia, en la de sus respectivas competencias, se informará al Ministerio de Cultura en cada caso puntual sanción. La información contendrá cuando menos:

1. Nombre de la persona a quien se impone sanción.
2. Bien de Interés Cultural sobre cual se cometió la falta.
3. Sanción adoptada.”

Se entiende por patrimonio arqueológico lo siguiente en virtud del artículo 2.6.1.3., ibídem:

“Artículo 2.6.1.3. Integración del Patrimonio Arqueológico. Los bienes muebles e inmuebles de carácter arqueológico, la información arqueológica y/o en general contexto arqueológico integran el patrimonio arqueológico, el cual pertenece a la Nación, es inalienable, imprescriptible e inembargable.”

En ese orden de ideas es evidente que la misma norma impone al ICANH el deber de protección, cuidado y conservación del patrimonio arqueológico como bien de interés cultural³⁴, ahora BIC, y en ejercicio de esa función debe expedir una serie de autorizaciones cuando los particulares quieran realizar intervenciones como las contenidas en el artículo 2.6.2.2 del Decreto 1085 de 2015³⁵ que dice:

“Tipos de intervención sobre el patrimonio arqueológico. Son tipos de intervenciones sobre el patrimonio arqueológico, las cuales requieren autorización del ICANH:

1. Intervenciones en desarrollo de investigaciones de carácter arqueológico que impliquen actividades de prospección, excavación o restauración.

Previo al inicio de las actividades, el interesado deberá presentar un proyecto de investigación ante el ICANH.

2. Intervenciones en proyectos de construcción de redes de transporte de hidrocarburos, minería, embalses, infraestructura vial, así como en los demás proyectos, obras o actividades que requieran licencia ambiental registros o autorizaciones equivalentes ante la autoridad ambiental, o que ocupando áreas mayores a una hectárea requieran licencia de urbanización, parcelación o construcción.

Previo al inicio de las obras o actividades, el interesado deberá poner en marcha un Programa de Arqueología Preventiva que le permita en una primera fase formular el Plan de Manejo

³⁴ Según el artículo 5 de la Ley 1185 de 2008 entiéndase BIC como: Bienes de Interés Cultural del ámbito territorial las declaradas como tales por la ley, el Ministerio de Cultura o el Archivo General de la Nación, en su competencia especial de Interés especial y el bien movible en la comunidad cultural del territorio nacional.

³⁵ El Decreto 1080 de 2015 fue modificado por el Decreto 138 de 2019.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00

Demandante: MANSAROYAR ENERGY COLOMBIA LTD

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

Arqueológico correspondiente. Como condición para iniciar las obras, dicho Plan deberá ser aprobado por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Sin perjuicio de lo anterior, para cada una de las fases del Programa de Arqueología Preventiva que impliquen actividades de prospección o excavaciones arqueológicas, el interesado deberá solicitar ante el ICANH la respectiva autorización de intervención.

3. Intervenciones en proyectos, obras o actividades dentro de Áreas Arqueológicas Protegidas y Áreas de influencia, las cuales deberán hacerse acorde con el Plan de Manejo Arqueológico aprobado.

Previo al inicio de intervenciones materiales u obras, el solicitante deberá tener en cuenta los niveles permitidos de Intervención y los lineamientos previstos en el Plan de Manejo Arqueológico que acompañó la declaratoria del Área Arqueológica Protegida y la determinación del área de Influencia si la hubiere, o el Plan de Ordenamiento Territorial cuando este hubiere incorporado debidamente los términos del correspondiente Plan de Manejo Arqueológico.

Las intervenciones u obras a que se refiere este numeral se refieren a cualquiera que requiera o no licencia ambiental, como acciones de parcelación, urbanización o construcción.

4. Intervenciones de bienes muebles de carácter arqueológico que se encuentran en calidad de tenencia legal.

La persona natural o jurídica que en calidad de tenedora legal se encuentre en poder de bienes muebles del patrimonio arqueológico y requiera adelantar actividades de conservación o restauración de los mismos, deberá solicitar previamente al ICANH la autorización de intervención.

Para la obtención de esta autorización el ICANH podrá solicitar la presentación de un Plan de Manejo Arqueológica ajustado a las características del bien o bienes muebles a intervenir.

Parágrafo 1°. Las intervenciones descritas en los numerales 1 a 3, sólo podrán realizarse bajo la supervisión de profesionales en materia arqueológica debidamente acreditados ante el ICANH.

Parágrafo 2°. El ICANH reglamentará las acreditaciones, requisitos documentales y aspectos técnicos necesarios para solicitar y expedir las autorizaciones de intervención sobre el patrimonio arqueológico y podrá definir términos de referencia mínimos para la realización de los Programas de Arqueología Preventiva y la elaboración y aplicación de los Planes de Manejo Arqueológico". Negrillas del despacho.

De manera que para poder intervenir zonas declaradas como patrimonio arqueológico debe el particular contar no solamente con las respectivas autorizaciones expedidas por el ICANH para afectar el contorno ambiental por el ejercicio de su actividad sino que también debe hacerlo única y exclusivamente en aquellas zonas donde le es legítimamente permitido so pena de incurrir en alguna de las conductas que de acuerdo a la norma referida, constituye una **falta** contra el patrimonio arqueológico.

Efectivamente, el artículo 10 de la Ley 1185 de 2008 tipifica como faltas contra el patrimonio arqueológico las siguientes:

"Las que constituyen conducta punible:

(...)

Las que constituyen faltas administrativas y/o disciplinarias:

1. Exportar desde el territorio aduanero nacional bienes de interés cultural sin autorización de la autoridad cultural competente, o sustraerlos, disimularlos u ocultarlos de la intervención y control aduanera, o no reimportarlos al país dentro del término establecido en la autorización de exportación temporal. En cualquiera de estos eventos se impondrán sanciones pecuniarias entre cinco (5) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

El bien de interés cultural que intente exportarse sin la respectiva autorización, o exportado sin esta, o que sea objeto de las acciones anteriores, será decomisado y puesto a órdenes del Ministerio de Cultura, el ICANH en el caso de los bienes arqueológicos, el Archivo General de la Nación en el caso de los bienes archivísticos o de la autoridad que lo hubiere declarado como tal, por el término que dure la actuación administrativa sancionatoria, al cabo de la cual se decidirá si el bien es decomisado en forma definitiva y queda en poder de la Nación.

2. Si la falta consiste, ya sea por acción o por omisión, en la construcción, ampliación, modificación, reparación o demolición, total o parcial, de un bien de interés cultural, sin la respectiva licencia, se impondrán las sanciones previstas en el artículo 66 de la Ley 9ª de 1989 y en los artículos 103 y 104 de la Ley 388 de 1997, o en las normas que las sustituyan o modifiquen, aumentadas en un ciento por ciento (100%), por parte de la entidad competente designada en esa ley.

3. Si la falta consistiere en adelantar exploraciones o excavaciones no autorizadas de bienes arqueológicos se impondrá multa de doscientos (200) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes por parte del Instituto Colombiano de Antropología e Historia.

4. Si la falta consiste en la intervención de un bien de interés cultural sin la respectiva autorización en la forma prevista en el numeral 2 del artículo 11 de este título, se impondrá multa de doscientos (200) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes por parte de la autoridad que hubiera efectuado la respectiva declaratoria. En la misma sanción incurrirá quien realice obras en inmuebles ubicados en el área de influencia o colindantes con un inmueble de interés cultural sin la obtención de la correspondiente autorización, de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 11 de este título.

También será sujeto de esta multa el arquitecto o restaurador que adelante la intervención sin la respectiva autorización, aumentada en un ciento por ciento (100%).

La autoridad administrativa que hubiera efectuado la declaratoria de un bien como de interés cultural podrá ordenar la suspensión inmediata de la intervención que se adelante sin la respectiva autorización, para lo cual las autoridades de policía quedan obligadas a prestar su concurso inmediato a efectos de hacer efectiva la medida que así se ordene. En este caso, se decidirá en el curso de la actuación sobre la imposición de la sanción, sobre la obligación del implicado de volver el bien a su estado anterior, y/o sobre el eventual levantamiento de la suspensión ordenada si se cumplen las previsiones de esta ley.

Lo previsto en este numeral se aplicará sin perjuicio de la competencia de las autoridades territoriales para imponer sanciones y tomar acciones en casos de acciones que se realicen sin licencia sobre bienes inmuebles de interés cultural en virtud de lo señalado en el numeral 2 del mismo.

5. Si la falta contra un bien de interés cultural fuere realizada por un servidor público, ella será tenida por falta gravísima, de conformidad con la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único, o las que la sustituyan o modifiquen.

6. Los bienes del patrimonio arqueológico son decomisables en forma definitiva por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia y se restituirán a la Nación, ante la realización de cualquier acto de enajenación, prescripción o embargo proscrito por el artículo 72 de la Constitución Política, o ante la ocurrencia de cualquiera de los eventos previstos en el artículo 19 del Decreto 833 de 2002, mediante el procedimiento previsto en el artículo 20 del mismo decreto.

En el caso de los bienes del patrimonio arqueológico decomisados, se dará aplicación a lo previsto en el Decreto 833 de 2002 y demás disposiciones que lo complementen o modifiquen.

(...)"

Analizada la prueba que soportó la decisión demandada, la cual se corroboró con el informe de comisión Nro. 0040 de 2016 visto a folio 419 y s.s. del expediente, producto de la

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

inspección ocular llevada a cabo los días 16, 17 y 18 de febrero de 2016 se colige lo siguiente:

“(…)

- **Clúster CJ**

Se recorrió e inspeccionó toda el área donde se encuentra emplazada la infraestructura petrolera. Inicialmente todo el grupo recorrió el talud que se localiza al sur del Clúster. El arqueólogo Sánchez observó material lítico en un costado de uno de los taludes artificiales que se realizaron en el área para la construcción del Clúster; este punto exacto no presentaba cobertura vegetal. El material se registró como RS1 en las coordenadas E 0950894 — N 1175854 (Fotografía 1 y Fotografía 3). En el sector superior del talud, que corresponde a la superficie original de la colina que fue modificada (cortada) para el desarrollo de las obras de ingeniería, también se registraron dos fragmentos cerámicos en un sector con escasa cobertura-vegetal. El material se registró como RS2 y RS3 en las coordenadas E 0950827-N1175818.

(…)

- **Vía de acceso al Clúster CJ**

La vía inicia en las coordenadas E 0950914 - N 1175944 y finaliza en las coordenadas E 0951033 y N 1176122. Inicialmente se inspeccionaron los taludes al costado derecho e izquierdo de la vía. Ambos taludes presentaron sectores desprovistos casi por completo de cobertura vegetal (Fotografía 8 Fotografía 9). También se recorrió la vía, cerca al final de la misma se registró material lítico en las coordenadas E 0618768 - N 1177314 (Fotografía 10), este material se rotuló como RS 7. Los elementos arqueológicos identificados en la Vía de acceso se registraron en fotografías y se embalaron en bolsas plásticas con sus respectivos datos de localización.

(…)

- **Plataforma Moriche Norte 18**

Plataforma abandonada, localizada en las coordenadas E 0951258 — N 1176579. Para el emplazamiento de la infraestructura petrolera se modificó la parte superior de la colina donde se ubica la plataforma (i.e. se realizaron cortes y taludes) (Fotografía 12). Se inspeccionó con cuidado el área, especialmente los puntos en los que se habían registrado materiales arqueológico durante la diligencia de inspección ocular llevada a cabo por Juan Manuel Díaz del ICANH en octubre de 2015 para dar cumplimiento a la resolución 219 de 2015, no obstante, no se observaron evidencias arqueológicas en superficie dentro de la plataforma ni en la parte media y baja de la misma.

(…)

- **Predio El Castillo**

Localizado en las coordenadas E 951195 — N 1182219. No se observó infraestructura petrolera en el área (Fotografía 23). Se inspeccionó el lugar y en un sector erosionado que no presentaba cobertura vegetal se registraron fragmentos cerámicos y líticos en superficie (Fotografía 24, Fotografía 25 y Fotografía 26), cerca de los puntos en los que la antropóloga Judith Hernández y colegas hallaron materiales arqueológicos durante la prospección llevada a cabo en el año 2009 en este predio. Se tomaron fotografías del sector del hallazgo y del material arqueológico en superficie. Dado que se trata de un área de pastoreo el pisoteo de los animales puede producir fracturas en los restos artefactuales y, posiblemente, la dispersión espacial de los mismos. Este hallazgo sugiere el alto potencial arqueológico de la zona, por tal razón, se indicó a los representantes de Mansarovar que en caso de que a futuro se vayan a realizar obras de infraestructura en el área se debe poner en marcha el respectivo Programa de Arqueología Preventiva. El material se recuperó entre las coordenadas E0951198 – n1182229 Y e-0951157-N1182227”.

(…)

Conclusiones de la Visita:

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandada: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

Se llevó a cabo la inspección ocular de 30 prospectos seis áreas asociadas (Predio el Castillo, La Vitrola, Clúster CJ y su vía de acceso, Predio San Martín, Moriche Norte 18), ubicados en el "Campo Moriche". En la inspección ocular realizada por todo el equipo de trabajo se identificaron materiales arqueológicos en superficie en el Clúster CJ y su vía de acceso. Dado que el área fue intervenida años atrás para la construcción de la infraestructura petrolera y la vía de acceso no fue posible identificar, registrar y conocer el contexto original de depositación de los materiales registrados. Las intervenciones realizadas probablemente generaron el desplazamiento de los materiales de su contexto de origen y modificaciones en los mismos (fragmentación), en consecuencia, la pérdida de información arqueológica importante. Dado que los restos arqueológicos son recursos "no renovables" la pérdida de información asociada a ellos y de los contextos de los cuales derivan, suponen una pérdida irreparable para el conocimiento de nuestra historia prehispánica.

En lo concerniente a los puntos evaluados por el Grupo 2, se recuperaron materiales arqueológicos en superficie en el Predio el Castillo, sin embargo, en este predio no se identificaron alteraciones asociadas con la construcción de infraestructura petrolera. Sin embargo, tales hallazgos sugieren el alto potencial arqueológico que puede presentar el área, por tanto, la necesidad de caracterizarla y proponer las medidas de manejo arqueológico antes de que se realice cualquier tipo de intervención en la misma, bien sea para la exploración y explotación de hidrocarburos o para otro tipo de actividades que impliquen la intervención del suelo y el subsuelo.

Es importante anotar que algunos de los prospectos visitados por el Grupo 2 no tenían datos exactos de localización (i.e. Prospectos 4, 2, 11 y 12), por lo tanto, se tomó como referencia la información suministrada por Mansarovar para poder inspeccionarlos (coordenadas aproximadas).

(...)"

Y las consideraciones expuestas por el ICANH para sustentar la decisión aquí demandada, fueron las siguientes:

" (...)

Una vez analizados por este despacho, todos los hechos constitutivos de la presente actuación, así como del acervo probatorio aportado dentro del mismo, procede el despacho a decidir sobre la procedencia respecto a la imposición de la sanción prevista en el artículo 10 de la ley 1185 de 2008, correspondiente a la falta administrativa en que incurrió el investigado, para el presente caso la **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD**, al adelantar exploraciones o excavaciones no autorizadas por el ICANH, durante la implementación de la plataforma moriche Norte 18 y las ampliaciones del clúster CJ y su vía de acceso, teniendo en cuenta que al realizar estas actividades no se garantizaron las medidas propuestas en los planes de manejo, resultados de la etapa inicial de prospección arqueológica ni las demás medidas de protección necesarias, previstas por la ley General de cultura que son de obligatorio cumplimiento, y que tienen como propósito, garantizar la conservación, protección y divulgación del patrimonio cultural de la nación.

(...)

De esta manera y según lo verificado en las visitas de seguimiento e inspección ocular, se pudieron evidenciar las intervenciones realizadas por **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD** en la plataforma moriche norte 18, para la cual no se ejecutó ninguna labor arqueológica es decir no se contó con un programa de arqueología preventiva, que realizara la investigación sobre la incidencia que tendría el proyecto sobre los materiales arqueológicos existentes y por lo tanto no se generó un plan de manejo arqueológico; durante la visita de seguimiento realizada en el 2015, se encontró una concentración de cerámica y líticos, que evidentemente fueron removidas de su contexto original, como consecuencia de las actividades de intervención. Se generó así una falta contra el patrimonio arqueológico de la nación por la intervención exploración o excavación de bienes arqueológicos sin contar con la debida autorización, además la existencia de bienes arqueológicos comprueba el alto potencial con que cuenta la zona.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

Es importante precisar, que las intervenciones no finalizan con la perforación del pozo, pues posteriormente se realizan intervenciones durante la operación, mantenimiento del clúster y durante el desmantelamiento de la infraestructura. Además, se infiere de la información de la placa, y según los procedimientos previstos en hidrocarburos, que aun así después de la fecha implícita en ella como fecha de abandono, se realizan actividades de intervención, tales como el mejoramiento, desmantelamiento de construcciones, limpieza y restauración ambiental, donde se hubiere realizado exploración, explotación, evaluación o producción.

(...)"

La actividad de explorar o excavar corresponde en el entender de este despacho a una intervención humana que afecta el patrimonio arqueológico, acciones que deben contar con la autorización de la autoridad competente, en este caso el ICANH, y en el caso que nos compete, la entidad estatal pudo determinar que MANSAROVAR intervino zonas con alto potencial arqueológico y que afectaron contextos arqueológicos, como se desprende del informe de comisión 0086, documento producido con ocasión de las visitas de campo de los días 10, 11, 12 y 13 de febrero de 2015 en el municipio de Puerto Boyacá y que tenía como objetivo verificar la implementación del Programa de Arqueología Preventiva en los campos de explotación de Hidrocarburos Jazmín y Moriche, operados por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA (fls. 137 a 146).

De la misma manera, es evidente que en el trámite administrativo sancionatorio el ICANH adelantó una serie de visitas a la zona concesionada a la empresa ahora demandante, las que arrojaron como resultado una posible intervención de prospectos arqueológicos; no obstante la Empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, nunca puso en duda la calidad de los hallazgos encontrados y recolectados durante las visitas adelantadas por funcionarios del ICANH ni tampoco aportó pruebas adicionales en sede judicial para desvirtuar tal situación.

Los bienes arqueológicos per se deben comprender un lugar, una zona, en fin un ámbito geoespacial donde se hallen, por lo que en estricto rigor, la expresión "adelantar exploraciones o excavaciones no autorizadas de bienes arqueológicos" contenida en el artículo 15 numeral 3 de la Ley 397 de 1997 modificado por el artículo 10 de la Ley 1185 de 2012, debe comprender la intervención en zonas donde existen potenciales arqueológicos, sin la autorización de la autoridad competente, es decir, no se puede limitar la expresión al hecho de excavar o explorar el bien arqueológico propiamente dicho, porque en su contexto, este se haya en un espacio que previamente ha delimitado la autoridad competente, y que haya sustento en lo previsto en el artículo 2.4.1.1.6., del decreto 1080 de 2015: "Zona de Influencia. Demarcación del contexto circundante o próximo del inmueble, necesario para que los valores del mismo se conserven. Para la delimitación la zona influencia, se debe realizar un análisis de las potencialidades y de las amenazas o riesgos que puedan afectar al bien, en términos paisaje, ambiente, contexto urbano o rural e infraestructura."

Definido lo anterior, se concluye entonces que este concepto corresponde a una actividad física, solo imputable a actividades del ser humano, las cuales deben adoptar unos planes de manejo arqueológico con el fin de preservar el patrimonio arqueológico de la Nación, aprobados por la autoridad competente, para este caso el ICANH, desarrolladas por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA, como ejecutor de actividades relacionadas al campo de los hidrocarburos, en cuyo contexto espacial, se hayan prospectos arqueológicos, motivo por el cual deben adoptar programas de arqueología preventiva.

Bajo este panorama, la norma trae unas obligaciones expresas susceptibles de contrariarse por vía de acción u omisión, si la intervención a la que se hace referencia desconoce los programas de arqueología preventiva desarrollados a través de sus correspondientes planes de manejo arqueológico.

Así las cosas, en este asunto se observa que las disposiciones normativas expuestas por el ICANH como sustento del proceso sancionatorio en contra de MANSAROVAR ENERGY

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

COLOMBIA LTD. y que san finalmente la norma que ampara la sanción, canlienen las elementos descriptivos apropiados para encuadrar las conductas imputadas, es decir describen en farma específica y concreta una conducta, que para el caso en estudio, quedaron plenamente evidenciadas, todas ellas desatendiendo los programas de arqueología preventiva desarrolladas a través de las planes de maneja arqueológico, caso puntual las obras civiles desarralladas par la empresa ahara demandante en lugares declarados como prospectos arqueológicos sin las autorizaciones de la entidad estatal, y que praduieron un resultado lesiva al patrimonio arquealógica de la Nación, en tanta que se perdió información arqueológica valiosa que impidió refinar aspectos de la cronología y tipología cerámica para la región.

Debe decirse entances, que la adecuación típica de la conducta, consiste en verificar si las supuestas fácticos que se investigan encajan en las definiciones y prescripciones establecidas en la Ley como faltas. La tipicidad es un requisito de legalidad de toda sanción, toda vez que de la misma depende, la materialización del derecho de defensa y el debida procesa, ya que a partir de esta, el investigada tiene conocimiento plena acerca de las razones del par qué su comportamiento violó la ley³⁶.

Así las cosas y una vez realizado el procesa de razonamiento lógico jurídico entre el texto de la decisión sancionadora, se concluye que la conducta atribuida a la empresa demandante es típica, porque quedá debidamente demaistrado que con su actuar amisiva e imprudente, ocasioná daños a un bien jurídicamente tutelado de carácter general y colectiva par tratarse de bienes de interés cultural BIC, la que indefectiblemente genera, la impasición de la sanción cuestionada tal coma la establece el artículo 10 numeral 3 de la Ley 1185 de 2008.

Bajo los anteriores argumentas, la pretensión de empresa demandante can ocasión de su alegación de violación del principio de legalidad par atipicidad, se desvirtúa, en consecuencia, el carga na puede prosperar.

En este arden de ideas y resolvienda el problema jurídico planteado, el despacho concluye que la entidad demandada no vulneró el debida procesa y los principios de tipicidad y legalidad al sancionar pecuniariamente a la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., por incurrir en serias y graves acciones y/o omisiones que atentaran contra el patrimonio histórico cultural de la región por adelantar exploraciones o excavaciones no autorizadas de bienes arquealógicas.

En consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.

De las Costas del Proceso

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 188 del Código de Procedimienta Administrativa y de la Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

*"ART. 188. **Condena en costas.** Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

Canfarme al artículo 365 del CGP., el despacho resolverá en relación con la candena en costas bajo el siguiente supuesto normativo: "Se condenará en costas **a la parte vencida en el proceso**, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja,

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Bogotá, D.C. 26 de marzo de 2014. Radicación: 11001-03-25-000-2013 00117-00 (0263-13). Actor: Fabio Alonso Salazar Jaramillo. Demandado: Nación, Procuraduría General de la Nación. Además, la corte Constitucional ha señalado que la tipicidad va ligada al principio de legalidad en tanto este « [...] como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, hace parte de las garantías del debido procesa, pues permite conocer previamente las conductas prohibidas y las penas aplicables, tanta en materia penal como disciplinaria. Este principio además protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y administrativa y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionatorio del Estado [...]». Sentencia C-653 de 2001.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012-2017-00018-00
 Demandante: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD
 Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH

súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

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

Con fundamento en lo anterior y atendiendo lo dispuesto en los artículos 188 del C.P.A.C.A y 365 del C.G.P., el Despacho impone condenar en costas a la parte demandante, extremo vencido dentro del proceso de la referencia, las cuales se liquidarán por secretaría, siguiendo el trámite contemplado en el artículo 366 del C.G.P. En lo que atañe a las Agencias en Derecho, teniendo en cuenta la tarifa prevista en el Acuerdo 10554 de 2016, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Con base en lo anterior y teniendo en cuenta el valor de las pretensiones; así como la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por los apoderados de las entidades demandadas, se fija como agencias en derecho, a su favor la suma correspondiente al tres (3%) del valor de las pretensiones negadas en la presente providencia.

Por su parte la abogada Natalia Urzola Gutiérrez, apoderada sustituta de la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., el 24 de septiembre de 2018 vía mensaje de datos, presentó renuncia al poder conferido, sin anexar la comunicación enviada al poderdante, presupuesto exigido por el artículo 76 del C. G. P. En este orden de ideas, al no cumplir con los requisitos contemplados en la norma en cita, no se aceptará la renuncia presentada por la precitada abogada.

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, incoadas por la empresa **MANSAROVAR ENERGY LTD.** contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA - ICANH**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas a la parte demandante, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia, a favor de las entidades demandadas. Por Secretaría, Liquidense.

TERCERO.- Se fijan como agencias en derecho la suma correspondiente al 3% por ciento del valor de las pretensiones negadas, a favor de la entidad demandada. Por Secretaría, Liquidense.

CUARTO.- NO ACEPTAR la renuncia de poder presentada por la abogada Natalia Urzola Gutiérrez, identificada con C.C. No. 1.047.390.358 de Cartagena y T.P. No. 200.682 del C.S. de la J. como apoderada sustituta de la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., por las razones expuestas.

QUINTO.- En firme y realizada la liquidación de costas; por Secretaría archívese el proceso. Déjese las constancias respectivas.

Notifíquese y Cúmplase,


EDITH MILENA RATIVA GARCÍA

Juez





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. 06 de 2019

Tunja treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No. 15001 3333 012 – 2017 – 00005 – 00
Demandante: JULIO ROBERTO SANCHEZ HERNANDEZ
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por el señor **JULIO ROBERTO SANCHEZ HERNANDEZ**, en contra del **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**.

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la acción.

Mediante apoderado judicial, el señor **Julio Roberto Sánchez Hernández**, solicita se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. **20156800265891 de 24 de noviembre de 2015** y **20156800289091 del 21 de diciembre de 2015**, proferidos por el Director Jurídico del Departamento de Boyacá, a través de los cuales se le negó el reconocimiento y pago de sus derechos laborales y resolvió el recurso de reposición presentado, confirmando el acto primigenio. Igualmente, solicita se declare que entre el actor y el departamento de Boyacá –Secretaría de Salud- existió una relación laboral que inició el 24 de junio de 2011.

A título de restablecimiento solicita se condene a la demandada al pago de cada uno de los derechos laborales dejados de percibir desde el 24 de junio de 2011 hasta el 26 de diciembre de 2014 con la inclusión de todos los factores prestacionales por año cumplido (cesantías, intereses a las cesantías, primas de vacaciones, navidad, servicios y subsidio familiar), aportes a seguridad social integral y demás derechos; que se condene a la entidad durante ese mismo periodo al reembolso de las sumas de dinero que tuvo que cotizar al sistema general de seguridad social en salud y pensión, la retención en la fuente, el pago de pólizas de seguro de cumplimiento y la sanción moratoria.

Adicionalmente, que se ordene el reintegro sin solución de continuidad en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o superior categoría al momento de su retiro en su condición de discapacitado; que se condene a cancelar los derechos salariales y prestacionales dejados de percibir durante el tiempo de retiro eficaz y hasta que se genere el reintegro efectivo; que se ordene pagar a su favor la sanción establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; que se ordene cancelar cada uno de los aportes al sistema de seguridad social de conformidad con los cálculos actuariales y sanciones que determinen cada una de las administradoras; que las sumas reconocidas a su favor sean actualizadas de conformidad con el IPC; que la sentencia se liquide tal como lo establece el CPACA y condenar en costas y agencias en derecho a la entidad (fls. 1-3)

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Teniendo en cuenta la fijación del litigio realizada dentro de la audiencia inicial llevada a cabo el 24 de octubre de 2017 obrante a folios 286-289 y vto, los hechos referenciados por el apoderado son los siguientes:

Adujo que el actor inició a trabajar al servicio del Departamento de Boyacá –Secretaría de Salud del Departamento-, desde el **24 de junio de 2011** en calidad de médico veterinario y hasta el **26 de diciembre de 2014**, fecha a partir de la cual se dispuso su retiro sin tener en

cuenta la enfermedad que padecía, así mismo, que la actividad laboral fue desempeñada bajo la modalidad de presuntas órdenes de prestación de servicios de tiempo completo.

Afirmó que dentro de las principales actividades desempeñadas se encuentran; acciones de inspección, vigilancia y control de comercialización, expendios y transporte de productos cárnicos; asistencia técnica del manejo integral de la exposición rábica y leptospirosis y zoonosis; diligenciamiento y notificación de las fichas epidemiológicas; salud ambiental en el departamento; prevención, vigilancia y control de las enfermedades transmitidas por vectores y zoonosis; seguimiento y evaluación de los planes de contingencia municipal para el control de expendios y comercialización de carnes; coordinación con autoridades municipales, para el cumplimiento de la normatividad para la comercialización de productos cárnicos; realización de censo de población canina y felina en los municipios; jornadas de vacunación antirrábica; acciones IVC a establecimientos veterinarios; prevención de eventos epidemiológicos; control de zoonosis; capacitación y asistencia técnica directa a expendedores y manipuladores de carne y leche y brindar apoyo técnico al programa de control de roedores, entre otras.

Agregó que las anteriores actividades fueron desarrolladas en por lo menos 30 municipios del departamento de Boyacá; Moniquirá, Chitaraque, San José de Pare, Santa Ana, Togui, Samacá, Sora, Cucaita, Chiquiza, Muzo, Quípama, La Victoria; Coper, Puerto Boyacá, Motavita, Sutamarchán, Ráquira, Santa Sofía, Villa de Leyva, Tunja, Gachantiva, Paipa, Tuta, Toca y Sotaquirá; de conformidad con las necesidades del servicio y el objeto social de la Secretaría de Salud del departamento de Boyacá.

Que debía dar cumplimiento al cronograma de actividades dado por su superior; aplicar protocolos de manejo de atención de la Secretaría de Salud del departamento, correspondiéndole: la consolidación del censo de expendios de carne y caracterización del mismo en los más de 30 municipios asignados; la capacitación y asistencia técnica directa a expendedores y manipuladores de carnes identificados; la consolidación y caracterización del censo de transportadores de carne a nivel departamental; la formulación del plan de contingencia municipal para el control de expendios y comercialización de carnes; la identificación y definición de modelos de intervención de los factores de riesgo para la salud pública en lo relacionado con el expendio y comercialización de carnes y la capacitación en manipulación de alimentos a personal en establecimientos gastronómicos identificados como de alto y mediano riesgo en manipulación de carnes; entre otras.

Que el horario de prestación de servicios como médico veterinario era de tiempo completo en jornadas diarias de no menos de 9 horas, de lunes a viernes, más 6 horas adicionales diarias en promedio por concepto de desplazamientos; que excepcionalmente, debía desarrollar actividades laborales los días sábados y domingos por necesidades del servicio; sin que se generara en su favor, durante la prestación de sus servicios derecho al descanso.

Señaló que durante el tiempo en que prestó sus servicios, no recibió ningún llamado de atención por falta a sus deberes u obligaciones y que se caracterizó por cumplir fiel y cabalmente las funciones asignadas por su Jefe inmediato; así mismo se caracterizó por ser eficiente y cumplidor de su deber.

Que no fue afiliado al sistema general de seguridad social al momento de su vinculación laboral ni durante el tiempo de ejecución de los contratos; que la vinculación al sistema de Seguridad Social se realizó como si se tratara de un trabajador independiente, asumiendo el 100% de la cotización.

Que la prestación de sus servicios fue subordinada a órdenes y directrices del departamento, a través de la Secretaría de Salud, por intermedio del doctor Luis Antonio Muñoz Suárez del área de alimentos y Manuel Medina como Coordinador del Programa de Zoonosis y ETV enfermedades transmitidas por Vectores. Agregó que al accionante no se le ha cancelado el mínimo de derechos salariales y prestacionales; que la última asignación básica mensual percibida fue por valor de \$3.191.361,00.

Refirió que en ejecución de su relación de trabajo y en los primeros meses del año 2014 le fue diagnosticado al demandante cáncer de tiroides (Carcinoma papilar de tiroides); situación que demandó exámenes y tratamiento, los cuales fueron puestos en conocimiento de su empleador – departamento de Boyacá — Secretaría de Salud- a través del secretario Guillermo Orjuela Robayo y de su superior Manuel Alfonso Medina en calidad de Coordinador del Programa de Zoonosis y ETV.

Que dentro de los principales procedimientos y tratamientos se le efectuaron: el 1 de abril del año 2014 citología de líquidos tiroideos bacaf obteniendo como diagnóstico nódulo lóbulo derecho categoría BETHESDA VI. Maligno-compatible con carcinoma papilar de tiroides; el 19 de mayo de 2014 cirugía "TIROIDECTOMIA TOTAL CON VACIAMIENTO CENTRAL" generándole una incapacidad de 30 días; biopsia que luego fue enviada a patología con los siguientes resultados: VACIAMIENTO: GANGLIOS LINFATICOS POSITIVOS PARA CARCINOMA (1/4) ordenándose terapia de Yodo Radiactivo 131.

Adujo que en oposición al ordenamiento jurídico y desconociendo la especial protección que la Constitución otorga a personas discapacitadas para trabajar, la entidad conminó a la prestación de los servicios pese a encontrarse con incapacidad para trabajar; que las presiones se materializaron con amenazas de liquidación de su contrato, suspensión del mismo y no continuidad finalizado el término estipulado para el año 2014; presiones que obligaron al actor a posponer sus tratamientos para garantizar su fuente de ingresos.

Señaló que a partir del 26 de diciembre de 2014 la entidad dispuso el retiro del servicio del actor sin considerar la enfermedad catastrófica que lo aquejaba, por lo que dicho acto de retiro es ineficaz como quiera que no se tuvo en cuenta su condición de estabilidad laboral reforzada.

Que el departamento de Boyacá —Secretaría de Salud- no realizó ante el Ministerio del trabajo gestión alguna para la desvinculación del actor; que las funciones desarrolladas por este persisten con posterioridad a la fecha de su retiro del 26 de diciembre de 2014; que con posterioridad al año 2014 la vinculación de personal por parte de la entidad territorial demandada, fue aumentada con el fin de desarrollar las actividades que en su momento tuvo a su cargo el accionante.

Que el 19 de octubre de 2015 radicó derecho de petición ante el departamento de Boyacá – Secretaría de Salud-, tendiente a la reclamación de sus derechos laborales conculcados; que mediante acto administrativo contenido en el oficio No. 20156800265891 de 24 de noviembre de 2015 la accionada atendió de manera desfavorable la misma; que contra la anterior decisión se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio el de apelación; que a través de oficio No. 20156800289091 de 21 de diciembre de 2015, notificado por aviso en enero de 2016, el departamento de Boyacá – Secretaría de Salud, resolvió negativamente los recursos interpuestos confirmando el acto primigenio (fls. 3-6)

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

De conformidad con los hechos narrados, considera el apoderado de la parte demandante que se vulneraron las siguientes normas:

CONSTITUCIONALES: 6, 13, 25, 47, 48, 53, 121, 122, 123, 124, 125.

LEGALES: Ley 80 de 1993

Manifestó el apoderado que el departamento de Boyacá-Secretaría de Salud- actuó contraviniendo normas de rango constitucional, como quiera que desconoció la realidad institucional en cuanto a las actividades y cargo desempeñado por el actor, desamparándolo sin tener en cuenta su estado de salud -cáncer de tiroides-, el cual lo coloca en situación de debilidad manifiesta; igualmente, aduce que se desconocieron principios tales como la primacía de la realidad sobre las formalidades, la estabilidad en el empleo y por supuesto la "protección especial a los trabajadores discapacitados", la cual goza de estabilidad reforzada.

Así mismo, señaló que con la expedición de los actos administrativos enjuiciados, se vulneraron normas legales, teniendo en cuenta que el contrato de Prestación de Servicios Profesionales fue utilizado por la entidad, para disfrazar la existencia de la relación de trabajo que cobijó la relación entre las partes entre el 24 de junio de 2011 y el 26 de diciembre de 2014, es decir, que la demandada vinculó "Supuestos Contratistas" vulnerando los presupuestos sobre los cuales se edifica la figura legalmente constituida del contrato de prestación de servicios profesionales, con el fin de quebrantar tanto su regulación legal como la legislación laboral aplicable a los trabajadores públicos.

Afirmó que las siguientes circunstancias particulares sirven para desvirtuar la relación del contrato de prestación de servicios; que el actor fue vinculado al Departamento de Boyacá —Secretaría de Salud-, como consecuencia de las necesidades permanentes existentes para efecto de la prestación del servicio que se requería, prueba de ello es la duración de su contrato, casi cuatro años; que las funciones desempeñadas fueron sin solución de continuidad y en acatamiento de órdenes; horarios y directrices fijadas por las directivas de la demandada; que el objeto contractual era la realización de actividades inherentes al objeto social del Departamento de Boyacá -Secretaría de Salud-; que nunca existió autonomía e independencia para la prestación de sus servicios; que nunca se dispuso un margen de discrecionalidad respecto de las funciones subordinadas desempeñadas y que la relación no fue temporal.

Señaló que como quiera que el demandante prestó un servicio personal bajo continuada subordinación de la entidad, recibiendo un pago como retribución del servicio, se debe dar aplicación al mandato legal que indica que una vez acreditada tanto la prestación personal del servicio como la contraprestación a la prestación del mismo y el salario, se entiende que existe relación de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Citó una sentencia del Consejo de Estado¹ y de la Corte Constitucional, para indicar que la demandada desconoce el precedente expuesto, el cual es de obligatorio acatamiento en virtud de disposiciones legales entre las cuales están la Ley 1395 del año 2010 y la 1437 de 2011.

Refirió de manera especial la sentencia C-991/04² la cual trata el tema de la protección laboral reforzada, para indicar que el demandante se encuentra en condición de debilidad manifiesta con ocasión de su discapacidad laboral, por ende, que no se le respetó el debido proceso por cuanto la entidad no solicitó permiso al Ministerio del Trabajo, motivo por el cual reitera, su despido se torna ineficaz (fls. 6-31)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ-SECRETARÍA DE SALUD- (fls. 252-265)

El apoderado de la entidad presentó escrito de contestación mediante el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones y respecto de los hechos tal como se indicó en audiencia inicial, se presenta **disenso total**, en lo que respecta a los hechos 3,3.1,3.2,4,5,7,10,10.1,10.1.1,10.1.1.1,11,12 y 12.1 y **disenso parcial** en los numerales 1,1.1,2,2.1 y 9.

Realizó una exposición del marco normativo del contrato de prestación de servicios, para concluir que en el caso bajo estudio el departamento de Boyacá, vinculó al médico veterinario Julio Roberto Sánchez, a través de contratos de prestación de servicios, regulados a través de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

Citó de manera textual el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 el cual define el contrato de prestación de servicios, aduciendo que en ese tipo de vinculación, el contratista desarrolla actividades; mas no funciones, toda vez que las funciones que desempeñan los empleados públicos están señaladas en la constitución, la ley o reglamentos; que en el presente, el contratista se obligaba

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera Ponente: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ 19 de febrero de 2009. Expediente No. 730012331000200003449-01 No. Interno: 3074-2005 Actora: ANA REINALDA TRIANA VIUCLH.

² Corte Constitucional, sentencia C-991 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

con el departamento a desarrollar de manera independiente las actividades indicadas en cada contrato de prestación de servicios, actividades que efectivamente desarrolló en la ejecución de sus contratos; pero las, cuales fueron realizadas de manera independientemente, sin el cumplimiento de ningún horario señalado, ni bajo la permanencia o subordinación del departamento.

Agregó que el contratista Julio Roberto Sánchez Hernández, siempre desarrolló actividades mas no funciones; y que las actividades las desarrolló de manera independiente bajo la coordinación del supervisor del contrato, dentro de la independencia de su tiempo, es decir, nunca cumplió horario.

Que la ejecución de los diferentes contratos celebrados entre las partes de este proceso, fueron desarrolladas en una coordinación y no bajo una subordinación; entiéndase por coordinación, la actividad ejercida por el supervisor del contrato, frente a las actividades desarrolladas independientemente por el contratista, para el cumplimiento del objeto contractual, por ende, en el caso que nos ocupa nunca existió una subordinación ni dependencia laboral entre el departamento y el contratista.

Señaló que nunca existió por parte del departamento, la potestad de impartir órdenes al contratista, como quiera que no era un funcionario público y no tenía funciones y que por el contrario, el ente territorial emita sugerencias a través del supervisor del contrato frente a las actividades independientes que desarrollaba el contratista.

Agregó que en el contrato de prestación de servicios, suscrito entre el departamento y el actor, NO existió el elemento de la subordinación laboral, ya que en ningún momento se ejerció la potestad de impartir órdenes para con el contratista.

Sostuvo que los 6 contratos de prestación de servicios celebrados, entre la entidad y el actor, surgieron de la necesidad de ejecutar proyectos de "prevención, seguridad sanitaria y ambiental", proyectos que se encuentran registrados en el Banco de Programas y Proyectos del departamento; que la Dirección de Talento Humano, certificaba que dentro de la planta de personal del departamento, no había empleos con el perfil del médico veterinario requerido para realizar las actividades contratadas y que faltan profesionales veterinarios para atender todas las necesidades requeridas en las diferentes actividades y procesos que debía adelantar el ente territorial.

Aclaró que dentro de los seis contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes en contienda, se establecieron cláusulas tales como: i) Prestaciones sociales; en la cual se acordaba que no había lugar a las mismas, ii) Afiliación; el contratista se obligaba a afiliarse como independiente al sistema de seguridad social integral, iii) Ausencia de relación laboral; el contratista ejecutaría el contrato con absoluta autonomía e independencia, no generando ninguna clase de dependencia laboral con el Departamento, y iv) Independencia del contratista; el contratista actuaría con autonomía y no estaría sometido a subordinación laboral con el departamento y sus derechos se limitarían de acuerdo con la naturaleza del contrato y el pago de emolumentos estipulados por la prestación del servicio.

Destacó que el sustento jurídico que fundamenta la contratación de prestación de servicios celebrada por el Departamento fue la señalada en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, con base en las cuales se estipularon las cláusulas señaladas, las cuales fueron aceptadas por el contratista y eran ley para las partes.

Respecto de las normas violadas, adujo que, equivocadamente el apoderado del actor coloca en un mismo grado a un servidor público con un contratista, por lo que aclara que según la clasificación del tipo de vinculaciones con las entidades del estado, consagradas en el artículo 125 Constitucional, el demandante se encuentra dentro de los contratistas de prestación de servicio, reiterando que las actividades que realizó dentro de la ejecución de los contratos las efectuó de manera independiente, sin subordinación ni dependencia del ente territorial, así mismo, que nunca recibió órdenes ni horario de trabajo y que tenían un supervisor más no un jefe inmediato, por ende, nunca fue un funcionario público.

Finalmente, señaló que los contratos ejecutados por el señor SÁNCHEZ HERNANDEZ, nunca tuvieron solución de continuidad, es decir, no es cierto que haya ejecutado sus actividades durante cuatro años, porque si bien es cierto, se prolongaron dentro del término de casi cuatro años, no es cierto que haya ejecutado un contrato por este tiempo.

De las excepciones propuestas:

2.1.1.1. AUSENCIA DE RELACIÓN LABORAL

EL apoderado de la entidad, hizo mención a los tres elementos que conforman la relación laboral: i) Prestación personal del servicio, ii) Continuada dependencia o subordinación laboral, respecto del empleador y iii) Remuneración como contraprestación del mismo; para referirse de manera puntual de la siguiente manera:

Respecto del primer elemento dijo que se cumplió, por cuanto las actividades que enmarcaban el objeto del contrato de prestación de servicios requerían que fueran ejecutadas personalmente por la persona natural contratada.

En cuanto al segundo elemento afirmó que este no se configuró en la ejecución del contrato de prestación de servicios, por cuanto el contratista era totalmente independiente en el desarrollo de las actividades propias del contrato; que nunca se le exigió, ni cumplió horario laboral del cual se presumiera o infiriera la existencia de una subordinación por parte del contratista; que nunca se le impartieron órdenes para que ejecutara la labor contratada ya que simplemente adelantaba las actividades pactadas dentro del objeto contractual de manera independiente.

Reiteró respecto de la subordinación y dependencia laboral, que esta nunca existió y que lo que hubo fue una coordinación en el desarrollo de las actividades, ya que el contratista tenía un supervisor mas no un jefe inmediato; que nunca existió cumplimiento de horario y que no cumplió funciones si no actividades de manera independiente.

Finalmente, en cuanto al tercer elemento, sostuvo que se configuró teniendo en cuenta que ante la ejecución de las actividades debía existir una contraprestación a manera de honorarios, los cuales fueron pactados y pagados por mensualidades de acuerdo a las actividades realizadas y verificadas por el supervisor.

Con base en lo anterior, concluyó que en el presente caso no se configuran los tres elementos de la relación laboral, porque los contratos suscritos entre las partes eran de prestación de servicios, los cuales están regulados por las normas contractuales, Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007 (fls. 261-262)

2.1.1.2. INDEPENDENCIA DEL CONTRATISTA

Indicó el apoderado que en la minuta de los contratos de prestación de servicio suscritos, estaba incluida la cláusula " *independencia del contratista*", motivo por el cual el contratista actuaría por su propia cuenta y riesgo con autonomía y no estaría sometido a subordinación laboral con el departamento de Boyacá, así mismo, sus derechos se limitarían a la naturaleza del contrato; a exigir el cumplimiento de las obligaciones del departamento y al pago de emolumentos estipulados por la prestación del servicio.

Destacó que el contrato es un acuerdo de voluntades, donde se pactan voluntariamente las condiciones a cumplir, cláusula también pactada entre las partes, las cuales no daban lugar a dudas; no eran contrarias a la Ley y estaban permitidas dentro de ese tipo de contratación contractual (fl. 262)

III. TRASLADO DE EXCEPCIONES

Dentro del término legal se corrió traslado de las excepciones propuestas por el departamento de Boyacá – Secretaría de Salud- (fl. 281), frente a las cuales el apoderado de la parte actora guardó silencio.

IV. AUDIENCIA INICIAL

Mediante auto del 24 de agosto de 2017 (fls. 283 y vto) se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 180 del CPACA.

Dicha diligencia se llevó a cabo el día señalado (fls. 286- 289 y vto) y se desarrolló dentro de los parámetros consagrados en dicho artículo, saneando el proceso, pronunciándose sobre las excepciones propuestas y fijando además el litigio en torno a los hechos y pretensiones.

En cuanto a la fijación de los hechos, el Despacho descartó el estudio de los numerales 13, 15 y 15.1; así mismo se descartaron apartes de los numerales; 1.1.1., 6.1, 10.1.1, 10.1.1.1 y 11, por tratarse de apreciaciones subjetivas.

Según lo manifestado por la entidad y acreditado en el proceso se concluyó que existe **disenso total**, en lo que respecta a los hechos 3.3.1,3.2,4,5,7,10,10.1,10.1.1,10.1.1.1,11,12 y 12.1 y **disenso parcial** en los numerales 1.1.1,2,2.1 y 9.

Respecto de las pretensiones, el apoderado se opuso a la prosperidad de las mismas.

Una vez las partes manifestaron su acuerdo en la fijación del litigio, se prosiguió a agotar la etapa de conciliación y a decretar las pruebas de las partes y de oficio.

V. AUDIENCIA DE PRUEBAS

De conformidad con lo previsto en el artículo 181 del CPACA, se practicaron audiencias de pruebas en la cuales se recaudó la totalidad de las mismas, las cuales habían sido decretadas en audiencia inicial, diligencias que fueron realizadas los días 15 de enero y 17 de abril de 2018, igualmente, deberá decirse que, en este última se consideró innecesario llevar a cabo audiencia de alegaciones y juzgamiento, motivo por el cual se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez días siguientes a la realización de la misma (fls. 301-302).

VI. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. Parte demandante:

El apoderado del accionante hizo alusión al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades y al acatamiento del precedente respecto de la protección reforzada de este por su condición de discapacidad, para concluir que cuando se verifica la presencia de los elementos de la relación laboral subordinada resulta indiscutible que se trata de un nexo de dependencia, siendo aplicable la legislación laboral en materia sustancial como procesal.

Argumentado lo anterior, citó jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades y del derecho a la estabilidad ocupacional reforzada.

Finalmente, allegó cuadro resumen de la prueba testimonial recepcionada, donde se evidencian las preguntas, los minutos de esas y las respuestas de los testigos (fls. 403-422)

2. Parte demandada:

El apoderado del ente territorial se ratificó y reiteró los argumentos presentados en la contestación de la demanda.

Adicionalmente, dijo respecto de la protección reforzada del actor en atención a su condición de discapacidad; que legal y jurisprudencialmente esta ópera cuando existe una disminución de la capacidad física o una situación de salud que impida o dificulte el desempeño de actividades en condiciones regulares; situación que no se evidenció en las actas de informes de la contratación referida.

Sostuvo que la terminación del contrato de prestación del accionante, se dio con ocasión del cumplimiento del objeto contractual; más no a causa de sus condiciones de salud.

Refirió la prueba testimonial recepcionada para afirmar que el demandante prestó sus servicios profesionales como médico veterinario al departamento de Boyacá; que desarrolló actividades o funciones; que tenía un supervisor quien era el encargado de coordinar las actividades de cada contrato y que en algunos casos como las actividades de vacunación era necesario asistir determinados días y horas por cuestiones de logística, única actividad que fue desarrollada bajo esas circunstancias.

En cuanto a la tacha del testimonio del supervisor del contrato Manuel Medina, adujo que ratificaba la posición adoptada en la audiencia de recepción de la prueba, por cuanto el testigo tenía conocimiento de la ejecución de los contratos y desvirtuó la subordinación en ésta, expuso las razones por las cuales dicho testimonio resulta relevante y solicitó no acceder a la tacha solicitada por el actor, en su lugar se de credibilidad al mismo.

Agregó que a ninguno de los testigos les consta que el actor haya trabajado sábados o domingos; que las únicas actividades que se desarrollaban en ciertos días eran las de vacunación, por el tema de la logística que debió desarrollar el departamento para cumplir con las mismas; que el demandante siempre llegaba por sus propios medios a los municipios donde desarrollaba sus actividades, excepto cuando eran actividades de vacunación, para las cuales se transportaba en vehículos del ente territorial por la necesidad de llevar los suministros requeridos.

Concluyó de la testimonial que el accionante desarrolló actividades en diferentes municipios de Boyacá dependiendo las zonas que como contratista tenía y que éstas se desarrollaban en campo mas no en oficina; que las actividades de vacunación si tenían fecha y horario; que el demandante desarrollaba sus actividades por sus propios medios excepto cuando eran actividades de vacunación; que siempre existió un coordinador de actividades, quien en ocasiones los acompañaban a desarrollar las mismas.

Con base en lo expuesto, solicitó no acceder a las pretensiones de la demanda y tener por probadas las excepciones propuestas; toda vez que nunca existió relación laboral entre las partes, ya que la misma, siempre estuvo enmarcada en una relación contractual regulada en la ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, por ende, no se cumplieron los elementos de una relación laboral (fls. 423-430)

VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta oportunidad, el Ministerio Público no emitió concepto.

VIII. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho que están reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de Litis.

8.1. Problema jurídico.

Ahora bien, en audiencia inicial realizada el 15 de enero de 2018³ se estableció el problema jurídico a resolver, así las cosas, este Despacho recordara, cómo quedó fijado el mismo:

"Corresponde a este despacho dar respuesta al siguiente interrogante: ¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento de un "contrato realidad", durante los periodos en que estuvo vinculado bajo órdenes de prestación de servicios al Departamento de Boyacá, como médico veterinario, por configurarse los elementos de una relación laboral atinentes a la prestación personal del servicio, subordinación y retribución, con el consecuente pago de los salarios y prestaciones sociales respectivos, o si por el contrario, existió una relación eminentemente

³ Folios 286-289 y vto.

contractual sin derecho a prestación alguna, como lo afirmó la demandada en el acto acusado.

¿En el evento de configurarse una verdadera relación laboral, se debe determinar si procede el reintegro de la parte actora en un cargo respecto del cual desempeñe las mismas funciones que desarrolló durante su vinculación laboral, o en uno de superior jerarquía? (fl. 288)

8.1.1. Tesis del demandante

El contrato de prestación de servicios profesionales fue utilizado por la entidad, para disfrazar la existencia del contrato laboral que cobijó la relación entre las partes entre el 24 de junio de 2011 y el 26 de diciembre de 2014; lo anterior como quiera que el actor prestó su servicio personal bajo continua subordinación al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ-SECRETARÍA DE SALUD- recibiendo un pago como retribución del servicio.

Que el despido del actor por parte de esa entidad territorial resulta ineficaz, por cuanto se desconoció que este se encontraba en condición de debilidad manifiesta debido a la discapacidad laboral, vulnerándose su derecho al debido proceso en razón a que no se solicitó permiso al Ministerio de Trabajo para dicho retiro.

8.1.2. Tesis de la demandada

El departamento de Boyacá, vinculó al médico veterinario Julio Roberto Sánchez Hernández a través de contratos de prestación de servicios, regulados en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, así las cosas, siempre desarrolló actividades más no funciones; y esta fueron realizadas de manera independiente bajo la coordinación del supervisor del contrato, sin el cumplimiento de un horario.

Que el elemento de la subordinación o dependencia es el que determina la diferencia entre el contrato laboral y el de prestación de servicios y que en el contrato de prestación de servicios, suscrito entre el Departamento y el demandante, NO existió el elemento de la subordinación laboral, ya que por parte del ente territorial, en ningún momento se ejerció la potestad de impartir órdenes para con el contratista.

8.1.4. Tesis del Despacho

Se negarán las pretensiones de la demanda relacionadas con la declaratoria de existencia de la relación laboral entre el demandante y el departamento de Boyacá en tanto que no se logró probar la subordinación laboral de que trata el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo.

En cuanto a la estabilidad laboral reforzada que se reclama, se accederá a las pretensiones teniendo en cuenta que al ser el demandante sujeto de especial protección constitucional, por la enfermedad que padecía al momento de la terminación del contrato, el departamento de Boyacá, debía solicitar autorización del Ministerio de Trabajo en tanto que el demandante se encontraba en circunstancias de debilidad manifiesta, operando la **presunción de despido sin justa causa y por ende un trato discriminatorio.**

9.2. De la normatividad aplicable.

De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990, los elementos esenciales del contrato de trabajo, son:

“

a. *La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*

b. *La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y*

c. *Un salario como retribución del servicio*".

Y aclaró esa disposición que si se reúnen estos tres elementos "se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen"; a fin de que ante las nuevas formas de contratación laboral y empresarial no se desconozca la existencia de una relación laboral y el pago de los salarios y prestaciones sociales que ello conlleva a favor del trabajador en pro de sus derechos fundamentales y laborales en aras de darle aplicación al mandato constitucional establecido en el artículo 25 constitucional, que el trabajo goza en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.

A diferencia del contrato de trabajo, el contrato de prestación de servicios previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, está destinado a celebrarse con personas naturales o jurídicas cuando las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de una entidad estatal no puedan ser realizadas con personal de planta o se requiera conocimientos especializados. Dice esta norma:

"Art. 32. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por el término estrictamente indispensable."

A partir de tal distinción, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁴ ha venido reconociendo que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la existencia de subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al reconocimiento de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política que a la letra señala:

"Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La Ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; **primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad"

Ahora bien, desde tiempo atrás la Corte Constitucional ha puesto de presente las diferencias existentes entre la vinculación de personal por contrato de trabajo y por órdenes o contratos de prestación de servicios. Así, en sentencia C-154 de fecha 19 de marzo de 1997 con ponencia de Magistrado Hernando Herrera Vergara dispuso:

"Como es bien sabido, **el contrato de trabajo llene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo.** En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de unificación de 19 de febrero de 2009, Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05), Actor: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI, Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, **en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.**

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo." (Negrillas y subrayado fuera de texto)

Nótese que en la providencia cuyo aparte se transcribe, el alto tribunal constitucional estableció como requisito para pregonar la presencia de una relación laboral la existencia de los tres elementos anotados como son: prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo servicio.

Entonces, la Corte Constitucional determinó que en el contrato de prestación de servicios se desarrolla una actividad independiente que puede provenir de una persona natural o jurídica respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. Para la mencionada corporación, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a percibir prestaciones sociales, y quien celebra un contrato de trabajo tiene la calidad de trabajador y el consecuente derecho al pago de las referidas prestaciones.

Así mismo, puntualizó que aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, **si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador**, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo en aplicación a los principios contemplados en el ya citado artículo 53 de la Constitución Política.

Igualmente, vale la pena señalar que el criterio expuesto por la Corte Constitucional ha sido compartido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, corporación que ha insistido en la importancia del elemento **subordinación** a efectos de probar la existencia de una relación de trabajo y desvirtuar cualquier otra forma de vinculación contractual⁵ precisando que:

"De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

(...)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:

⁵ Expedientes 0245 y 2161, Magistrado Ponente: Jesús María Lemos Bustamante

(...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad, numeral 4..." (Expediente No 0245/03, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA). (Negritas y subrayado fuera de texto)

Es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Así se dijo en la sentencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 18 de Noviembre de 2003, Radicado: IJ-0039, Magistrado Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda:

*"... si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. **En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.**" (Negrilla fuera de texto).*

Lo anterior significa que para acreditar la existencia de la relación laboral desvirtuando la existencia de una relación contractual, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contratantes. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-555 de 1994, expresó:

"...La mera prestación de trabajo, así beneficie al Estado, se comprende, aparte de calificarse como relación laboral y derivar de ella los derechos contemplados en las normas que la regulan, no coloca a la persona que la suministra en la misma situación legal y reglamentaria en la que pueda encontrarse otra persona que desempeña como empleado público una actividad similar."

Se deduce de lo expuesto por la alta corporación que en los casos en los cuales se demuestra la existencia de una relación laboral derivada de la suscripción de contratos de prestación de servicios con entidades estatales, no hay lugar a que la persona que logre probar dicha relación sea colocada en la misma situación legal y reglamentaria en la que pueda encontrarse otra persona que desempeña una actividad similar como servidor público. Así pues, si bien es cierto que en aplicación del artículo 53 de la Constitución Política es posible el reconocimiento al contratista de servicios personales su calidad de trabajador al servicio del Estado, también lo es que no es viable conferir el status de empleado público como consecuencia de tal situación.

9.2.2. Limitaciones constitucionales y legales a la utilización del Contrato de Prestación de Servicios.

El Consejo de Estado ha indicado que la utilización del contrato de prestación de servicios previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto constitucional del artículo 53 de la Constitución Política que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial

protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios personales son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y (iii) requieran de conocimientos especializados; lo anterior, con el fin de garantizar el respeto del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública.

En tal sentido, aunque la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en la referida norma, también ha establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica, como son, entre otras, el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973⁶, la Ley 790 de 2002⁷ y la Ley 734 de 2002⁸, que prohíben la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, y sancionan al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal, respectivamente.

Por otra parte, la Ley 909 de 2004, creó los empleos temporales dentro de la función pública como herramienta organizacional que pueden utilizar las entidades del Estado para atender necesidades funcionales excepcionales que no pueden ser solventadas con su personal de planta.

El artículo 21 de la mencionada ley dispuso:

“Empleos de carácter temporal.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;

b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;

d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

⁶ “[...], **en ningún caso** podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, **en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto.**

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad” (resaltado fuera de texto).

⁷ “ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.

En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

PARÁGRAFO. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública” (se subraya).

⁸ El artículo 48 establece como falta gravísima: “29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos."

Se trata de empleos transitorios, creados para atender las necesidades enlistadas en el numeral 1, que requieren para su creación la justificación técnica, apropiación y disponibilidad presupuestal correspondiente.

En este orden, se considera que las necesidades de personal temporal de las entidades públicas sujetas al ámbito regulador de la Ley 909 de 2004, deben ser satisfechas mediante la creación de empleos de carácter temporal en las condiciones y con los requisitos previstos en dicha ley, **cuando se trate de funciones propias de la entidad que impliquen subordinación y que no puedan suplirse con personal de planta**, y no mediante el empleo de otras herramientas jurídicas como lo sería la contratación de servicios personales con terceros, en donde, casi siempre, se presentan condiciones de subordinación en el cumplimiento de las funciones contratadas, que desdibujan el vínculo, y esconden una verdadera relación de trabajo.

9.2.3. Solución judicial a la utilización fraudulenta del contrato de prestación de servicios.

La jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado han acudido a principios constitucionales en la solución de controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

En ese orden, cuando los contratos de prestación de servicios resultan desvirtuados en sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público, acerca de la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el propósito de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003⁹, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento "coordinación". Sin embargo, en la sentencia de unificación de 19 de febrero de 2009¹⁰, la Sección Segunda determinó que esta pauta jurisprudencial no resultaba aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento "subordinación" aspecto trascendente que como se anotó requiere ser acreditado fehacientemente, en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

¹⁰ Ver cita No. 6

establecidos por la jurisprudencia,¹¹ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral; se insiste en este punto, que **por el hecho de haber estado vinculado, no se le puede otorgar la calidad de empleado público**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado el Consejo de Estado.

9.2.4. Naturaleza de la sentencia y condena en contratos realidad.

Años atrás el Consejo de Estado¹² sostenía que al declararse la existencia de un contrato - realidad, no procede, a título de restablecimiento del derecho la restitución de la situación al estado anterior como el reintegro al servicio, en la medida que el contratista no tiene la calidad de servidor público sino que procedía la reparación del daño con el pago de las prestaciones sociales, que el tiempo laborado sea útil para la pensión de jubilación; el reconocimiento de la seguridad social en salud, caja de compensación y subsidio familiar. En este sentido, la providencia sostuvo:

"En dicha providencia se indicó que si bien el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, ello no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, aclarando que el título no sería consistente con el restablecimiento del derecho entendido como la restitución de la situación al estado anterior (Vr. Gr. reintegro y pago de los emolumentos dejados de percibir) pues al inexistir el empleo en la Planta de Personal se imposibilita ordenar tal condena, empero sí, el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas liquidada con base en los honorarios pactados en el contrato.

Asimismo, se varió la posición para indicar que si se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, y se acepta la existencia de una verdadera relación laboral es apenas lógico que produzcan plenos efectos, ello es, que el tiempo laborado sea útil para el reconocimiento de la pensión de jubilación, así como la Seguridad Social (Salud), Caja de Compensación y Subsidio Familiar."(Sección segunda, Subsección "B", en sentencia del 11 de noviembre de 2009, rad. Núm. 680001-23-15-000-2004-02350-01(2486-08). M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez)

Recientemente en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado¹³ precisó los criterios que el fallador contencioso administrativo ha de tener en cuenta a efectos de examinar las condenas proferidas en reconocimiento de un contrato - realidad aclarando en primer lugar que procede el restablecimiento del derecho sin que implique el reintegro al servicio, la prescripción trienal se estudia oficiosamente y se contabiliza a partir de la terminación del último contrato, la cual no aplica a los aportes pensionales y que el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá a los honorarios pactados. Así señaló ese Tribunal de Justicia:

1.º Unificase la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, en el sentido de que (i) quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, (ii) sin embargo, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, (iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación No. 6B001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

¹² sentencia del 19 de febrero de 2009. M. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Exp. No. 2005-3074

¹³ Sección Segunda. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Actor: Lucinda María Cordero Causil

contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal; (iv) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control; (v) tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; (vi) el estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral; y (vii) el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.

2.º Unifícase la jurisprudencia en lo referente a que en las controversias relacionadas con el contrato realidad, (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados, por las razones indicadas en la motivación"

De manera que el reconocimiento del contrato realidad en virtud de la aplicación del artículo 53 de la Carta Política no implica conferir la condición de empleado público y que reconocida aquella realidad debe procederse al restablecimiento del derecho con fundamento en los valores pactados en cada contrato, por contraposición a la vieja jurisprudencia que consideraba que se hacía a título de reparación del daño sin que proceda el reintegro pero sí el pago de las prestaciones sociales comunes u ordinarias como cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y prima de navidad, entre otras que lleguen a revestir tal calidad; el tiempo laborado debe tenerse en cuenta para la pensión de jubilación; igualmente, procede el pago de prestaciones sociales compartidas (Pensión y Salud), en la cuota parte correspondiente al empleador y de los aportes a la caja de compensación y demás que se prueben que se causaron en el respectivo proceso.

9.2.5. De la estabilidad laboral reforzada de las personas en condiciones de discapacidad y/o de debilidad manifiesta por causa de enfermedades catastróficas

La Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017¹⁴, señaló que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada, en términos generales, tiene un rango Constitucional, pues se funda en el derecho a la estabilidad en el empleo (CP art. 53), en el derecho de todas las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta a ser protegidas especialmente con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad real y efectiva (CP arts. 13 y 93), en que el derecho al trabajo en todas sus modalidades tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de condiciones dignas y justas (CP art. 25), en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de integración social a favor de aquellos que pueden considerarse disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (CP art. 47), en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94) y en el deber de todos de obrar conforme al principio de solidaridad social (CP arts. 1, 48 y 95).

Ahora, específicamente las personas que por su condición física y/o psíquica se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, gozan de una especial protección y en consecuencia de estabilidad laboral reforzada la cual ha sido reconocida en distintos tratados internacionales que ha ratificado el Estado colombiano, como por ejemplo: 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 la OIT, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos de la UNESCO

¹⁴ M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.

en 1981, la Declaración de las Naciones Unidas para las personas con limitación de 1983, entre otras.

Por su parte, el Legislador se ha encargado de desarrollar dicha protección especial mediante la Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación, la cual en su artículo 26 dispone:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. *En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.” (Negritas del despacho)

La anterior disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-531 de 2000¹⁵, por considerar que se trata de una protección del trabajador que sufre de una disminución física, sensorial o síquica, en cuanto impide que ésta se configure per se en causal de despido o de terminación del contrato de trabajo, pues la misma sólo podrá alcanzar dicho efecto, en virtud de la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.

Indicó la Corte que el requerimiento de la autorización de la Oficina de Trabajo para proceder al despido o terminación del contrato de trabajo debe entenderse como una intervención de la autoridad pública encargada de promover y garantizar el derecho al trabajo según el ordenamiento jurídico nacional e internacional vigente sobre estas materias, para corroborar la situación fáctica que describe dicha causa legal de despido y proteger así al trabajador.

En torno a la indemnización prevista en dicha norma, afirmó que constituye una sanción adicional para el patrono que actúa contradiciendo la protección de la estabilidad laboral reforzada de los minusválidos, aunque reconoció que no resulta suficiente para la protección de la discapacidad, por lo cual consideró que una interpretación constitucional de la norma exige su integración con los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2 y 13), así como los mandatos constitucionales que establecen una protección especial para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54).

Así entonces, declaró la exequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria.

Ahora bien, la norma en comento y por contera la obligación de solicitar autorización a la Oficina de trabajo se predica a todos los trabajadores vinculados por contrato laboral, así como a los servidores públicos pues una interpretación diferente resulta contraria a los postulados del texto fundamental e incoherente con los principios generales que informan esta normatividad, pues unos y otros se encuentran protegidos por la Constitución Política y en consecuencia no pueden ser terminados sus contratos laborales o sus respectivas relaciones legales y reglamentarias por el simple hecho de padecer una enfermedad que afecte su capacidad laboral.¹⁶

¹⁵ M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁶ Ver sentencias T-687 de 2009, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto; T-148 de 2012, M.P. Dr. Juan Carlos Henao; T-765 de 2015 y T-683 de 2016, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-151 de 2017, M.P. Dr. Alejandro Linares Cantillo.

Además, el artículo 27, literal a, de la Ley 1346 de 2009¹⁷ **prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo**, lo cual incluye también a las personas vinculadas mediante relaciones contractuales - contratos de prestación de servicios- y/o bajo reglamentación especial, como es el caso de quienes ingresan a prestar sus servicios en virtud de modalidades previstas exclusivamente por los entes universitarios autónomos estatales en virtud del régimen especial de que están cobijados.

Ahora bien, de acuerdo con la Corte Constitucional¹⁸ no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial, sino todas las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, lo cual incluye a quienes experimentan una afectación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares y que por sus condiciones particulares se tema que puedan ser discriminados por ese solo hecho. Además, el mentado derecho no se circunscribe tampoco a quienes experimenten una situación permanente o duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable.

Adicionalmente, para el caso de las personas que padecen enfermedades catastróficas como el cáncer, la Corte Constitucional¹⁹ ha destacado la importancia de la no interrupción del tratamiento con ocasión de su desvinculación laboral, al señalar que tratándose de sujetos de especial protección con afecciones de salud, la continuidad en la atención médica cobra vertebral trascendencia como quiera que desatender dicho principio compromete peligrosamente la eficacia en el goce de sus derechos fundamentales, más aún si se tiene en cuenta que se trata de una patología que es crónica y que empeora con el transcurso del tiempo.

De acuerdo a lo anterior, el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene una doble dimensión, una positiva y una negativa. En la positiva, están presentes todas las acciones encaminadas a promover y a mantener el empleo de las personas discapacitadas en las labores que efectivamente aquellas puedan llevar a cabo. En la negativa, se le imponen límites al empleador para despedir a una persona que sufra algún tipo de discapacidad.

Vista desde su doble dimensión, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la estabilidad laboral reforzada se concentra en los siguientes postulados principales: (i) la posibilidad de acceder en igualdad de condiciones a un empleo, **(ii) la imposibilidad de despedir a un sujeto de especial protección en razón de su condición;** (iii) **la posibilidad de permanecer en el trabajo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que justifique la desvinculación 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 vulnerabilidad del trabajador**, de lo contrario habrá que presumirse que la desvinculación se efectuó en virtud de las especiales condiciones del trabajador y en consecuencia declararse ineficaz el despido²⁰.

Así entonces, de acreditarse la justa causa de la terminación del vínculo originada en una razón objetiva y la imposibilidad de adoptar medidas afirmativas -como la permanencia en otro cargo-, no podrá hacerse extensiva la garantía de la estabilidad laboral para dichas personas.²¹

¹⁷ Mediante la cual se aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006.

¹⁸ Sentencias T-784 de 2009, T-417 de 2010, M.P. Dr. y SU-049 de 2017, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.

¹⁹ Sentencia T-376 de 2016, M.P. Dr. Alejandro Linares Cantillo.

²⁰ Ver Sentencias T-1040 de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil; T-1219 de 2005, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño; T-518 de 2008 y T-521 de 2008, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa; T-472 de 2014, M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-692 de 2015, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa; T-647 de 2015, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y T-589 de 2017, M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos; entre otras.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia de 26 de abril de 2018. Radicación número: 41001-23-33-000-2018-00063-01(AC). M.P. Dra. María Elizabeth García González.

Ahora bien, cabe aclarar en este punto que si bien en los contratos o relaciones laborales de carácter temporal, el vencimiento del plazo pactado es una causal objetiva que puede producir su terminación, en el evento de que el trabajador se encuentre en una situación de vulnerabilidad por cuenta de una enfermedad o una discapacidad, la autonomía del empleador para desvincularlo se encuentra limitada por la exigencia del artículo 26 de la Ley 361 de 1997²², dicho de otra forma, la sola llegada del plazo pactado por las partes en el contrato de trabajo, no es una razón constitucionalmente sostenible para finalizar el vínculo laboral²³, en tanto implica el desconocimiento del principio a la estabilidad en el empleo consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política y de los derechos fundamentales de las personas que tienen algún tipo de discapacidad o limitación, al quedar en una situación de total desprotección, poniendo en vilo uno de los principios estructurantes del Estado Social de Derecho, cual es, la dignidad humana.²⁴

Así las cosas, el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada impone al empleador la obligación de respetar el procedimiento preestablecido para terminar el contrato de trabajo de una persona que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta. De esta manera, si el empleador omite dicho procedimiento recae sobre él una **presunción de despido sin justa causa y por ende discriminatorio**, en razón a que se sospecha que la terminación del contrato se fundó en la enfermedad del trabajador y se traslada al empleador la carga de la prueba, correspondiéndole demostrar que la desvinculación no se dio con ocasión de la disminución física, sensorial o síquica del empleado y, por ende, se ajustó al ordenamiento jurídico.

De otra parte, las consecuencias de no pedir autorización a la autoridad del trabajo para despedir una persona que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta, son, siguiendo la Ley 361 de 1997 y la jurisprudencia constitucional, las siguientes: (i) el despido será ineficaz, (ii) el juez debe ordenar el reintegro del trabajador y si es del caso la reubicación a un empleo acorde con su capacidad laboral; y (iii), el derecho a recibir una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional²⁵ ha sido enfática en que el trabajador tiene el deber de informar al empleador sobre su situación de salud, pues en el supuesto de omitir comunicar tal información no opera la presunción de discriminación que recae en cabeza del empleador, deber que no requiere de formalidad alguna sino que puede concretarse con la historia clínica, con frecuentes incapacidades e, incluso, con la realidad cuando ella es apta para dar cuenta de la discapacidad, en concordancia con el principio de primacía de la realidad sobre las formas.

En suma, para efectos de verificar que el despido de un trabajador con limitaciones físicas ocurrió como consecuencia de un trato discriminatorio, debe acreditarse lo siguiente: **i) que el trabajador presenta una limitación física, sensorial o psíquica, esto es, que se encuentre en situación de debilidad manifiesta en razón a su estado de salud, ii) que el empleador tenga conocimiento de aquella situación, iii) que el despido se produzca sin autorización del Ministerio del Trabajo y iv) que la desvinculación no obedece a una causal objetiva, es decir, que se establezca un nexo de causalidad entre el despido y el estado de salud del trabajador.**

10. Del caso concreto:

Cuestión Previa:

De la tacha del testimonio de Manuel Alfonso Medina Camargo.

De acuerdo a la doctrina, el testimonio es la declaración que realiza un tercero, ajeno a la contención, pues no tiene relación jurídica procesal con las partes; sobre los hechos que le constan por percepción directa.

²² Sentencia T-317 de 2017, M.P. Dr. Antonio José Lizarazo.

²³ Sentencia T-819 de 2008, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, reiterada en la Sentencia T-547 de 2013 y T-589 de 2017.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Sentencias T-029 de 2016, M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos y T-589 de 2017, M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos.

El artículo 211 del C.G.P., norma aplicable en el presente asunto, dispone que:

"Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales y otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo a las circunstancias de cada caso".

La tacha es un cuestionamiento que se realiza respecto del testigo, bien por sus calidades personales, bien por sus relaciones afectivas o convencionales con las partes, de modo que su declaración pueda estar influenciada por elementos ajenos a su simple percepción, lo que lo torna en "sospechoso".

Vale decir que la tacha de los testigos no hace improcedente la recepción de sus testimonios ni la valoración de los mismos, sino que exige del juez un análisis más severo con respecto a cada uno de ellos para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su eficacia probatoria²⁶.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C790 de 2006 para el evento en que los testigos sean sospechosos por encontrarse en situaciones que afecten su credibilidad o imparcialidad, en tal situación la declaración si puede recibirse pero debe apreciarse con mayor severidad. Eso se señaló en la referida jurisprudencia:

"En cuanto al artículo 217 del C.P.C., éste lo que hace es definir como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos a intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador; ello por cuanto si bien la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes, na conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente faltan a la verdad, "...la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha, lo que permite concluir que dicha norma no es más que una especificación de las reglas de la sana crítica aplicadas al proceso civil.

No obstante lo anotado, cuando una controversia entre particulares debe ser dirimida por el juez competente, éste deberá definirla, como antes se dijo, a partir del análisis que realice del acervo probatorio, el cual está en la obligación de estudiar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica confrontarlas, permitir que las partes las contradigan y si es del caso las desvirtúen, y ponderarlas en conjunto, a la luz de su saber técnico específico y su experiencia"²⁷.

Aduce la parte demandante que la credibilidad o imparcialidad de este testigo se encuentra en duda, toda vez que "el testigo es trabajador de nivel directivo del departamento de Boyacá entidad convocada llamada a juicio por pasiva en el acto de este proceso y sobre ese particular se considera por la parte aquí demandante aún en este momento de la audiencia que su declaración ha sido absolutamente parcializada es una declaración que tiende al favorecimiento directa en cuanto los intereses del departamento de Boyacá".

Visto el expediente, evidencia esta instancia que el testigo Manuel Medina Camargo no ostenta un empleo directivo como lo afirmó el apoderado del demandante pues al momento de preguntársele sobre su ocupación manifestó:

" (...) profesión médico veterinario, ocupación funcionario de la gobernación de Boyacá en la secretaría de salud desde el año 2010 (...).

CONTESTO: A mí me asignaron una supervisión, como veterinario de la secretaría, me asignaron esa supervisión (...).

²⁶ Sentencia del 17 de enero de 2012, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Radicación No. 110010315000 201100615 00.

²⁷ Sentencia C-790 de 2006

Preguntado: Usted quiere agregar algo a su declaración ¿. CONTESTO: que como lo manifiesta el doctor, yo no hago parte del nivel directivo de la Gobernación de Boyacá, yo soy un profesional universitario y no hago para tener el directivo"

De acuerdo al fundamento legal y jurisprudencial planteado en precedencia sobre la tacha por sospecha del testigo, y escuchada la declaración del señor Manuel Medina en la audiencia de pruebas, encuentra esta instancia que no puede ser tildada de sospechosa, pues si bien es cierto tiene una relación de tipo legal y reglamentaria con la entidad demandada, no se evidencia que éste tuviera un interés en las resultados del proceso que hoy se estudia y por tanto su declaración no está viciada de falta de objetividad y parcialidad.

Adicional a ello el testimonio del señor Medina Camargo, **no debe ser desechado**, toda vez que al emitir el pronunciamiento de fondo, la valoración probatoria que se llevara a cabo, recaerá en la totalidad de las pruebas obrantes en el expediente analizadas conforme a las reglas de la experiencia y de la sana crítica, verbigracia las documentales e interrogatorios que fueron debidamente arrimados al plenario, y las cuales, a la postre, coinciden con la información que suministró el testigo, por lo que la tacha propuesta por el apoderado judicial de la parte demandante no prospera y así se declarará.

Ahora bien, realizada la anterior precisión, procede el Despacho a resolver el fondo del asunto de la forma en que sigue:

Corresponde a este Despacho establecer si el demandante tiene derecho a que le sea reconocida la relación laboral con ocasión de los contratos de prestación celebrados con la parte demandada, al pago de las respectivas acreencias laborales y a otorgarle el status de estabilidad laboral reforzada por la enfermedad que padeció.

10.1. De los elementos constitutivos de la relación laboral:

A. -Prestación personal del servicio

Las copias de los contratos de prestación de servicios allegados al plenario, dan cuenta de que el demandante fue contratado por la Secretaría de Salud del departamento de Boyacá como médico veterinario mediante contratos de prestación de servicios entre el 24 de junio de 2011 y el 27 de diciembre de 2014, con algunas interrupciones, con el siguiente objeto, duración y valor:

ORDEN No.	FECHA INICIO	FECHA FINAL	VALOR TOTAL	OBJETO
001688	24 DE JUNIO DE 2011	15/12/2011	\$16'642.307	EL CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON EL DEPARTAMENTO DE BOYACA A PRESTAR SUS SERVICIOS COMO MEDICO ZOOTECNISTA PARA ADELANTAR ACCIONES DE INSPECCION, VIGILANCIA Y CONTROL DE LA COMERCIALIZACION, EXPENDIOS Y TRANSPORTE DE PRODUCTOS CARNICOS EN LOS MUNICIPIOS DE: MONQUIRA, CHITARAQUE, SAN JOSE DE PARE, SANTA ANA, TOGUI, SAMACA, SORA, CUCAITA, CHIQUIZA, MUZO, QUIPAMA, LA VICTORIA, COPER, PUERTO BOYACA, MOTAVITA, SUTAMARCHAN, RAQUIRA, SANTA SOFIA, VILLA DE LEYVA, TUNJA, GACHANTIVA, PAIPA, TUTA, TOCA, SOTAQUIRA, DE ACUERDO A LOS LINEAMIENTOS DE LA RESOLUCIÓN 2870 DE 2010 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL.
00001673	3 DE MARZO DE 2012	3 AGOSTO DE 2012	\$15'092.105,00	EL CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON EL DEPARTAMENTO DE BOYACA A PRESTAR SUS SERVICIOS COMO MEDICO VETERINARIO PARA LA EJECUCION DE LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL DESARROLLON DEL PROGRAMA DE ALIMENTOS ADELANTANDO ACCIONES DE INSPECCION, VIGILANCIA, EN LA COMERCIALIZACION, EXPENDIOS, TRANSPORTE DE ALIMENTOS CÁRNICOS; EN TREINTA MUNICIPIOS DEL DEPARTAMENTO DE BOYACA, DE ACUERDO A LOS LINEAMIENTOS DE LA RESOLUCION 2870 DE 2010 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL Y NORMAS AFINES.

Adicional en Plazo y valor	3 DE AGOSTO DE 2012	3 DE OCTUBRE DE 2012	\$6'036.842.00	EJECUCION DE LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL DESARROLLON DEL PROGRAMA DE ALIMENTOS ADELANTANDO ACCIONES DE INSPECCION, VIGILANCIA, EN LA COMERCIALIZACION, EXPENDIOS, TRANSPORTE DE ALIMENTOS CÁRNICOS; EN TREINTA MUNICIPIOS DEL DEPARTAMENTO DE BOYACA, DE ACUERDO A LOS LINEAMIENTOS DE LA RESOLUCION 2870 DE 2010 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL Y NORMAS AFINES.
00001042	01 DE FEBRERO DE 2013	01 DE JULIO DE 2013	\$15'492.045,00	EL CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON EL DEPARTAMENTO DE BOYACA A LA PRESTACION DE SUS SERVICIOS COMO MEDICO VETERINARIO CON DESPLAZAMIENTO PARA LA EJECUCION DE LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL DESARROLLO DEL PROGRAMA DE SALUD AMBIENTAL EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ.
002041	17 DE JULIO DE 2013	22 DE DICIEMBRE DE 2013	\$16'008.446,00	EL CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON EL DEPARTAMENTO DE BOYACA A LA PRESTACION DE SUS SERVICIOS PROFESIONALES CON DESPLAZAMIENTO PARA LA EJECUCION DE LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL DESARROLLO DEL PROGRAMA DE SALUD AMBIENTAL EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ.
000561	23 DE ENERO DE 2014	23 DE JULIO DE 2014	\$19'148.166,00	EL CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON EL DEPARTAMENTO DE BOYACA A LA PRESTACION DE SERVICIOS DE UN PROFESIONAL PARA LA EJECUCION DE LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL DESARROLLO DEL PROGRAMA DE SALUD AMBIENTAL EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ.
Adicional en plazo y valor	21 DE JULIO DE 2014	21 ENERO DE 2015	\$9'574.083,00	PRESTACION DE SERVICIOS DE UN PROFESIONAL PARA LA EJECUCION DE LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL DESARROLLO DEL PROGRAMA DE SALUD AMBIENTAL EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ.
002236	27 DE OCTUBRE DE 2014	27 DE DICIEMBRE DE 2014	\$6'382.722,00	EL CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON EL DEPARTAMENTO DE BOYACA A LA PRESTACION DE SERVICIOS DE UN PROFESIONAL PARA LA EJECUCION DE LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL DESARROLLO DEL PROGRAMA DE SALUD AMBIENTAL EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ.

-Certificaciones expedidas por el área de contratación del departamento de Boyacá, donde se evidencian los contratos suscritos entre esa entidad territorial y el señor Julio Roberto Sánchez Hernández, entre ellos; 1688/11; 1673/12; 1042/13; 2041/13 y 561/14 (fls. 64-67)

-Acta de inicio del contrato No. 1688 de 2011 (fl. 391)

-Respuesta dada por la subdirectora de contratación, dirigido al apoderado del mismo a través del cual adjunta copia de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la Secretaría de Salud del departamento y los médicos veterinarios, durante las vigencias; 2015, 2016 y 2017, finalmente, informó que según el archivo de la dirección de contratación, **no se presentaron suspensiones durante la ejecución de los contratos suscritos con el demandante** (fls. 390-394)

La prueba documental que se relaciona, permite establecer la prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de la entidad demandada, durante los periodos de tiempo que se relacionan en cada uno de los contratos celebrados, y que dicha prestación del servicio se desarrolló de manera personal y directa, con el objeto de dar cumplimiento al objeto contratado, tal como se describe en el cuadro que antecede.

Con la prueba testimonial recaudada, es posible reforzar la conclusión a la que se llega en el inciso anterior, de la siguiente manera:

Recepción de testimonio, rendido el 15 de enero de 2018, por la médica veterinaria, **Ángela Lizeth Álvarez niño, quien** actualmente trabaja en una clínica veterinaria y conoció al actor por cuanto trabajó con él (minutos 11:15 a 44:25 cd obrante a folio 368):

"PREGUNTADO: Informe al despachó lo que le consta acerca de las funciones desarrolladas por parte del doctor Julio Roberto Sánchez Hernández, en favor del departamento de Boyacá durante el período de tiempo que dice usted haber referenciado actividad para con este departamento. **CONTESTO:** Nuestras actividades en esa época eran inspección, vigilancia y control a expendios de carne, vigilancia y control a establecimientos veterinarios, droguerías, igual hacíamos control a los sitios de leche, que vendían leche, nuestra actividad estaba para hacer la actividad de la vacunación, hacíamos más que todo era la programación de vacunación, hacer capacitaciones a los médicos sobre casos antirrábicos, sobre leptospira, también hacíamos capacitación a la comunidad sobre los mismos casos y sobre el manejo de las carnes, también manejábamos lo de la vacunación que las neveras estuviesen que tanto biológico hubiese, que no se vencieran, eran como nuestras funciones.

Recepción de testimonio, rendido el 15 de enero de 2018, por el técnico en saneamiento ambiental, **Hugo José Pulido Aguilar**, actualmente pensionado de la Secretaría de Salud del Departamento de Boyacá y quien trabajó con el actor en Muzo, cuando este iba a realizar actividades propias como médico veterinario, en los años 2011 y 2012 (minutos 46:02 a 1:11:06 cd obrante a folio 368):

"PREGUNTADO: De dónde conoce usted al doctor Julio Roberto Sánchez Hernández y todo lo que le conste con relación a él. **CONTESTO:** Bueno yo al doctor Julio Roberto lo conocí como le manifesté anteriormente, fui funcionario de saneamiento ambiental en el municipio de Muzo, atendía Coper, Quípama y la Victoria y teníamos nuestra sede en Muzo, en el hospital de Muzo, en varias ocasiones durante ese tiempo el doctor Julio Roberto llegó como apoyo logístico, como apoyo en actividades tales como la vacunación antirrábica, como la visita a expendios cárnicos a mataderos, especialmente, a control de vectores, de ratización todas estas cositas, él nos apoyaba pues en razón a su trabajo creo y en eso entonces fue que yo lo conocí ya en el asunto del trabajo.

Recepción de testimonio, rendido el 15 de enero de 2018, por el conductor, **Marco Alejandro Martínez García**, actualmente conductor y contratista con la Gobernación de Boyacá, transportó al actor en el año 2014 (minutos 1:12:50 a 1:35:23 cd obrante a folio 368):

"PREGUNTADO: Don Marco Alejandro le consta a usted algún tipo de relación entre el Departamento de Boyacá y el doctor Julio Roberto Sánchez Hernández, en caso afirmativo, indique la razón de su respuesta. **CONTESTO:** Pues no conozco la papelería, pero sé que fue funcionario de la Secretaría de Salud como médico veterinario en las jornadas, que me que me conste a mí, de vacunación de caninos y felinos. **PREGUNTADO:** De acuerdo con los generales expuestos por usted a preguntas formuladas por parte de la señora Juez, se le pregunta de qué época a que época ha realizado usted esas actividades en calidad de conductor del departamento de Boyacá o en favor de los intereses del Departamento de Boyacá teniendo como pasajero al doctor Julio Roberto Sánchez Hernández. **CONTESTO:** (...) Pues yo digo que 2014 y 2015 pues era, era no todo el tiempo viajamos los mismos me explico esta semana me corresponde a mí, de pronto podía pasar una o dos semanas que le tocaba algún otro compañero hacer ese mismo trabajo y luego volvía, para el caso del control de, para la vacunación de esos animales"

Recepción de **interrogatorio de parte**, rendido el 15 de enero de 2018, por el señor Julio Roberto **Sánchez Hernández**, (minutos 1:37:00 a 2:20:53 cd obrante a folio 368):

"PREGUNTADO: (...) Ese cumplimiento de horario que usted manifiesta haber cumplido valga la redundancia se reflejaba con firma de algún libro o como manifestaba usted el hecho de llegar a tal hora y salir a tal hora. **CONTESTO:** Bueno, los contratos que hice con el Departamento de Boyacá eran, pues en diferente municipios del Departamento, entonces yo tenía que desplazarme a todos los municipios a 29 municipios más o menos, desde el comienzo de mis contratos, eh, durante los cuales yo llegaba a los municipios tenía que visitar entidades locales como era alcaldía, personero, a veces, a veces inspector de policía, reunirme con ellos para comentarles cual era la labor que yo iba a desarrollar ahí, después de eso ir a desarrollar todas las actividades que me competían o que me habían ordenado, generalmente a nosotros nos daban unas guías de cómo realizarlas de qué formato diligenciar, a quienes teníamos que atender a quienes teníamos que visitar a quienes teníamos que capacitar y durante ese lapso de tiempo pues prácticamente yo gastaba toda la semana, pues llegaba generalmente tenía que viajar a muchos municipios desde las 5 de la mañana, llegaba al municipio de Tunja digamos, la victoria uno se demora, generalmente 9-10 horas dependiendo la situación y dependiendo el estado de las vías y dependiendo si estaba lloviendo no estaba lloviendo que nos tocaba a veces atravesar los ríos porque pues las situaciones de infraestructura de las carreteras pues no estaban muy bien entonces más o menos si uno hace cuentas de 5 de la

mañana, uno salía un lunes a veces le tocaba volver el sábado a el domingo a su casa a las 6 y 7 de la noche, que lo tenga cómo demostrar que dan constancia en las alcaldías las fechas de las visitas, que iba a ir hacia las reuniones que dan en las capacitaciones que iba y visitaba y les hacía las capacitaciones según los reglamentos y según lo que, las órdenes que impartían en la secretaría de salud, según los reglamentos, según las los lineamientos que daba el doctor Manuel Medina de cómo debíamos hacerlas capacitaciones y también por ejemplo cuando íbamos a visitar a las ESES a los municipios a los entidades de salud pues visitar a las enfermeras visitar a los médicos según los lineamientos que ellos nos daban o según los lineamientos que nos daba el doctor Manuel Medina pues podíamos darle la capacitación sobre accidentes rábicos o cómo diligenciar las fichas ya establecidas por las farmatos que tenía lo secretaría de salud"

Recepción de testimonio, rendido el 17 de abril de 2018, por el señor **Enrique Gamboa Argüello**, profesión empleado del hospital regional de Moniquirá, trabajó con el actor en salud pública como médico veterinario en esa regional (minutos 8:30 cd obrante a folio 400):

"PREGUNTADO: en aras de la claridad de este despacho, Enrique cuando usted refiere el que el doctor Julio Roberto Sánchez Hernández trabajo con nosotros, a qué hace usted referencia, por favor se le solicita que sobre ese particular resulte ser supremamente explícito. **CONTESTO:** me refiero a que él era funcionaria de la secretaría de salud de Boyacá y lo enviaban en Comisión a Moniquirá, como yo soy el supervisor de la Regional de Moniquiró entonces todos los funcionarios que iban de la secretaría de salud a trabajar en programas de salud pública de salud ambiental en Moniquira debían trabajar de la mano conmigo y yo los acompañaba a hacer su trabajo"

Recepción de testimonio, rendido el 17 de abril de 2018, por **Liceth Dalila Rodríguez Cubides**, de profesión médica veterinaria- zootecnista-, quien laboro con el actor (minutos 32:30 cd obrante a folio 400):

"PREGUNTADO: doctora Liceth conforme a su referencia anterior respecto de Julio Roberto Sánchez Hernández, sírvase informar a este despacho lo que conste acerca de la preparación profesional de este señor. **CONTESTO:** pues a mí solo me costa pues lo que trabaje en la secretaría, que era médico veterinario y estaba como coordinador de un nodo de los municipios de Boyacá. **PREGUNTADO:** En qué consisten esas actividades de coordinación de un nodo respecto de municipios del Departamento de Boyacá? **CONTESTO:** pues lo que a mi consta es que ellas estaban encargados de unos municipios por zonas, eran por regionales, consistía en la coordinación de ir a visitar los expendios de carnes, encargarse de la parte veterinaria y de las enfermedades zoonóticas como de la rabia en Boyacá, de lo que yo sabía de ellos, porque yo estaba trabajando en otra área, no con ellos. **PREGUNTADO:** Aclare por qué tenía conocimiento de eso a sabiendas que responde que no tenía contacto con la función que desempeñaban los médicos veterinarios. **CONTESTO:** porque nosotros cuando nos hicieran el contrato nos contrataron como técnicos de apoyo en la vacunación antirrábica el departamento de Boyacá, directamente ellos eran como nuestros coordinadores, nos dejaban nos mandaban con ellos apoyar la vacunación del departamento de Boyacá, entonces yo trabajé con ellos fue en la parte de vacunación de perras y de gatos en el departamento de Boyacá."

Recepción de testimonio, rendido el 17 de abril de 2018, por **Manuel Alfonso Medina Camargo**, de profesión médico veterinario, ocupación funcionario de la gobernación de Boyacá en la secretaría de salud desde el año 2010 (minutos 32:30 cd obrante a folio 400):

"PREGUNTADO: doctor Medina usted ha manifestado a la audiencia que, en su candición de funcionario de la gobernación y la secretaría de salud, conoce al Señor Julio Roberto Sánchez Hernández, por cuánto fue supervisor de algunos contratos, usted se acuerdo y de qué contratos o en qué anualidad, en qué año el señor Julio Roberto fue contratista del departamento. **CONTESTO:** si él fue contratista del departamento los años 2011, 2012, 2013 y no sé, no me acuerdo muy bien si hasta el 2014. **PREGUNTADO:** doctor Medina de lo que refiere de los años que el señor Julio Roberto desempeña a ejecuto esos contratos con la gobernación, se acuerda que proyectos o que temas él ejercía, qué actividades. **CONTESTO:** sí claro yo en la gobernación tengo asignadas unas funciones, en algún tiempo manejé la coordinación del programa de zoonosis y enfermedades transmitidas por vectores del departamento para lo cual pues se contratan una serie de actividades con personal externo y él en unos de esos años ejecutó unas de esas actividades relacionadas con ese tema con zoonosis relacionadas con salud pública, actividades como inspección y vigilancia de algunos establecimientos, nosotros dentro del programa también tenemos la potestad de realizar la vacunación entonces nos

apoyaban en vacunación antirrábica en algunos casos en eso que me acuerdo, como supervisor pues de las actividades de hecho hay unas actividades específicas en los contratos que se realizan a varios profesionales relacionados con el tema y pues Esas son las que ejecutan normalmente".

En este orden de ideas, es evidente que el demandante de manera personal y no por intermediarios o terceras personas prestó sus servicios a la SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, pues salta a la vista en razón de la particularidad y de las características propias del contrato como médico veterinario que requiere conocimientos indelegables dada la especialidad que desarrollaba, elemento que por demás la entidad demandada aceptó como cierto.

B. -Remuneración o contraprestación del servicio:

Respecto a la retribución que recibía el demandante por las labores ejecutadas, en calidad de médico veterinario con cargo al presupuesto del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, se observa que en todos los contratos y órdenes de prestación de servicios se estableció un valor y una forma de pago así:

CONTRATO	DURACION	VALOR Y FORMA DE PAGO
001688	05 meses y 22 días	\$16'642.307,00 - 5 mensualidades de \$2.902.728 - un pago por \$677.303 y un pago por \$1.1.451.364
00001673	05 meses	\$15'092.105,00 - 5 mensualidades de \$3.018.421
Adicional en Plazo y valor	02 meses	\$6'036.842,00 - 2 mensualidades de \$3.018.421
00001042	05 meses	\$15'492.045,00 - 5 mensualidades de \$3.098.409
002041	05 meses y 05 días	\$16'008.446,00 - 4 mensualidades de \$3.098.409 - un pago por \$2.065.606 y un pago por \$1.549.204
000561	06 meses	\$19'148.166,00 - 6 mensualidades de \$3.191.361
Adicional en plazo y valor	03 meses	\$9'574.083,00 - 3 mensualidades de \$3.191.361
002236	02 meses	\$6'382.722,00 - 2 mensualidades de \$3.191.361

Además de lo anterior, pueden evidenciarse los certificados de ingresos y retenciones de los años 2011 a 2014 a nombre del demandante, expedidos por el tesorero general del departamento de Boyacá (fls. 150-154), documentos que dan cuenta de los pagos y descuentos realizados al doctor Julio Roberto Sánchez durante la ejecución de los contratos. Este elemento tampoco fue controvertido por la demandada.

C. -Dependencia o subordinación:

En cuanto a la subordinación, acorde con la perspectiva marcada en la pauta jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la materia estudiada, esta instancia advierte que constituye el elemento principal -y sine qua non- para demostrar la existencia de una relación de naturaleza laboral.

En ese sentido, conviene indicar que la celebración de contratos de prestación de servicios en el sector salud, se encuentra ajustada al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en tanto se supone que se realiza para contratar personal con conocimientos especializados para actividades que en principio no pueden ser desarrolladas por el común del personal de planta.

No obstante, ello no excluye per se la posibilidad de que esa relación contractual trasmute a una verdadera relación laboral, siempre y cuando el contratista logre acreditar los tres elementos de todo contrato de trabajo, en particular la subordinación.

Es importante resaltar y nuevamente traer a cita lo expuesto por el H. Consejo de Estado²⁸, para determinar si en el presente caso se halla presente; al respecto, adviértase que el alto tribunal en reciente sentencia deja claro lo que integra este concepto de subordinación en materia laboral:

"(...) Precisamente uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato de trabajo es la subordinación, la cual -según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo- faculta al empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo y cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos internos, sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos del trabajador.

Respecto a la subordinación, se ha entendido como la aptitud que tiene el empleador para impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, para dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales debe someterse, todo dirigido a lograr el objetivo misional trazado.

Sobre el concepto de subordinación la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

"La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativa a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos .

Ahora bien, una de las expresiones de esa subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador es el poder de dirección que conlleva a la facultad de impartir órdenes, de establecer las directrices que han de guiar la actividad laboral y por supuesto, la de imponer un reglamento interno que contenga las normas no sólo de comportamiento dentro de ella sino las disposiciones reguladoras de la actuación de ambas partes de la relación laboral.

De otra parte, en cuanto a la dirección y coordinación de los contratos de prestación de servicio como modalidad contractual estatal, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, establece que la dirección general y la obligación de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato recaerán en las entidades estatales.

Atendiendo lo dispuesto en la norma precitada, esta Sección ha sostenido que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.(...).(subrayado y negrilla nuestro).

A partir de ese derrotero, se observa que en el sub examine no se allegó prueba documental que sirviera de soporte a una posible subordinación del actor a la administración departamental, como por ejemplo llamados de atención, memorandos, comisión de tareas, investigaciones disciplinarias, condecoraciones, etcétera.

No obstante, en la audiencia de pruebas se obtuvo la práctica de varios testimonios, los cuales deben ser valorados para determinar si el servicio prestado por el actor se ejerció bajo subordinación, para así dilucidar el problema jurídico planteado.

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el Despacho a realizar un repaso de la prueba testimonial recaudada en el curso del proceso de la siguiente manera:

Recepción de testimonio, rendido el 15 de enero de 2018, por la médica veterinaria, **Ángela Lizeth Álvarez niño, quien** actualmente trabaja en una clínica veterinaria y conoció al actor por cuanto trabajó con él (minutos 11:15 a 44:25 cd obrante a folio 368):

²⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION "B" siendo Consejero Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. -, con sentencia de treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016) bajo el Radicado No: 05001233300020130081301, No. Interno: 3687-2014, siendo Actor Diana Marcela Londoño Agudelo y Demandado: Instituto Tecnológico Metropolitano

PREGUNTADO: Con base en su respuesta anterior sírvase informar este despacho si el doctor Julio Roberto Sánchez Hernández recibía órdenes para efecto del desarrollo de esas funciones a las cuales usted ha hecho referencia. **CONTESTO:** Esas funciones generalmente estaban establecidas en el contrato y adicionalmente teníamos nosotros teníamos un coordinador que era el Doctor Manuel Medina y él nos daba las órdenes, en el caso de la vacunación generalmente se programan a partir como de Junio y nos estableció como grupos y a cuál grupo debíamos ir y a qué hora debíamos estar. **PREGUNTADO:** En torno a su respuesta anterior se le pregunta acerca de los horarios que debían cumplir para la ejecución de este tipo de actividades. **CONTESTO:** Nosotros cuando hacíamos IVC no teníamos horario establecido, pero cuando se hizo la programación de la vacunación que fue todo Boyacá si se estableció como unos horarios porque los carros salían 5 la mañana a 6 depende los sitios donde nos toca ir a vacunar. **PREGUNTADO:** Sabe usted si para efecto del cumplimiento de estas responsabilidades a las cuales usted alude a favor del departamento de Boyacá correspondía al doctor Sánchez Hernández prestar sus servicios en días domingo sí o no. **CONTESTO:** Los domingos no, pero a veces nosotros programamos la actividad IVC en actividades en expendios y lo de leches los días domingo porque el único día en que municipio encontramos los espacios abiertos. **PREGUNTADO:** Para no perder el contexto de la respuesta doctora Ángela usted sería tan amable explicarle al despacho y la audiencia si eso sí a lo que usted acaba de hacer referencia de que los escogían el domingo para hacer esa actividad era por la orden impartida por el coordinador al que hizo mención el señor Manuel Medina, o porque ustedes eh, pues como lo explico usted anteriormente que, porque era el día en que como que se facilitaba la labor, escogían ese día. Me podría explicar por favor. **CONTESTO:** efectivamente uno trabajaba los sábados y los domingos porque muchos municipios el único día en que están abiertas los expendios era de ese día entonces para poder hacer las visitas de inspección vigilancia y control se tomaba en esos días. **PREGUNTADO:** Pero él les impartía otro tipo, órdenes además de las que también usted hizo alusión anteriormente de estar en un sitio determinado y hora para digamos que el carro ya los transportar de un lado a otro que más clase que más tipo de órdenes impartía el coordinador para efectos del cumplimiento de las funciones contenidas en los contratos. **CONTESTO:** Pues como tal esas eran las establecidas por la vacunación quizás las únicas órdenes que nos daba era esas y cuando llegaban por vacuna antirrábica. **PREGUNTADO:** en aras de la claridad entorno las respuestas anteriores informes al despacho si dentro del esquema de esa coordinación y esas órdenes a las que usted alude estaba el cumplimiento de los horarios que usted ha indicado este despacho respecto lo cual ha dicho usted les tomaba responsabilidades entre 7 de la mañana y 5 de la tarde durante todos los días de la semana esos horarios que se enmarcan para el cumplimiento de responsabilidades estaban también direccionados sí o no por parte de la coordinación del departamento de Boyacá. **CONTESTO:** están coordinados porque se programa vacunación a partir de junio más o menos hasta diciembre y lo establecido era vacunar todo el departamento de Boyacá (...). **PREGUNTADO:** si alguno de ustedes y en especial el doctor Sánchez Hernández debía desarrollar algún tipo de actividad de orden personal durante el tiempo de la ejecución de las actividades, debía pedir permiso sí o no y en caso afirmativo, indique por favor la razón de su respuesta con las especificidades a las cuales haya lugar Muchas gracias. **CONTESTO:** Si había que pedir un permiso siempre y cuando aclaro que fue cuando estábamos en la campaña vacunación, entonces se pedía permiso porque la falta un compañero en esos momentos era no cubrir 2-4 puntos de vacunación. **PREGUNTADO:** En aras de claridad en torno a la pregunta anterior se le pregunta si en torno a lo que puede hacer la coordinación para las actividades de vacunación a las cuales usted hace referencia, el doctor Sánchez Hernández independientemente de la organización que se haya determinado en ese sentido, debía cumplir con sus responsabilidades de manera personal en calidad de médico veterinario ,o si por el contrario, él hubiese podido delegar esas responsabilidades en un tercero que fuese amigo de él y que también de alguna forma desarrolla actividades en cuanto a veterinaria se refiere. **CONTESTO:** Podía delegar de pronto, pero la verdad nunca se hizo, cada cual de nosotros en esa época todo respondimos y llegamos a nuestras actividades, la otra persona que nos podía de pronto reemplazar eran los técnicos, pero pues era muy difícil reemplazar un técnico de la provincia de Ricaurte al occidente entonces se trabajan con los técnicos de las provincias y nosotros éramos los que le viajábamos por las otras provincias. **PREGUNTADO:** usted me dice que esa actividad empezó la jornada de vacunación en junio del 2014 y su actividad pues para efectos del despacho ubicar en contexto su actividad ese extendió hasta diciembre si usted sabe o le consta antes de ese período, es decir, de junio hacia atrás qué actividades hacían los médicos veterinarios que prestaban el servicio a la gobernación de Boyacá. **CONTESTO:** nuestra actividad como tal era inspección, vigilancia y control a los expendios de carne a los municipios a los cuales estamos asignados al igual que los establecimientos veterinarios, droguerías y todo lo que manejaba lo mismo, también hacemos lo de las leches y también hacíamos lo de capacitación a médicos en contra rabia y a cuánto leptospira, manejamos capacitación de la comunidad expendios de carne y de leche en cuanto a enfermedades y como debían de manipular las cosas, como debe hacer lo de seguridad, no le hace porque está dentro de las actas de seguridad para dar cumplimiento a lo que hacía nuestro contrato, adicionalmente teníamos que reunirnos con alcaldes para darnos a conocer y hablar mucho sobre la problemática de los mataderos

clandestinos, en esa época estaba cerrada la mayoría de mataderos y era una problemática de mataderos clandestinos. **PREGUNTADO:** pero siempre las actividades a las que está usted haciendo alusión fueron fuera de la ciudad de Tunja o también dentro de la ciudad. **CONTESTO:** todas eran por fuera de la ciudad, cada médico tenía unos municipios asignados a los cuales hacía sus actividades en cada municipio que tenía asignados. **PREGUNTADO:** indica usted o entendí yo para que me aclare a mí y a los demás asistentes a la audiencia que lo referente al permiso más que todo era una información que ustedes le daban al Coordinador que usted mencionó que era un coordinador o supervisor era más que todo cuando estaba el cronograma de vacunación. **CONTESTO:** Sí, nosotros solamente pedíamos como en esa época de la vacunación, por lo que le digo la vacunación no podemos dejar los puntos establecidos sin nadie que ir pero después nosotros teníamos nuestro tiempo disponible o sea de lo que fue enero febrero marzo abril mayo y junio cada uno estableció sus propios horarios para el trabajo, desarrollar sus actividades. **PREGUNTADO:** de lo que le entendí la información o el permiso como lo que hablamos de terminar acá se debía era para que al cronograma que existió, que elaboró el departamento para los vehículos llevarán a los médicos a los municipios como tal era para que se garantizará que las vehículos llevarán a los médicos veterinarios a realizar la actividad en este caso la vacunación. **CONTESTO:** Si, estaba programado y generalmente por provincias salían dos carros del departamento. **PREGUNTADO:** podría informarle al despacho y a la audiencia, cómo era la disponibilidad de tiempo con las que ustedes contaban como contratistas respecto a las funciones o mejor a las disposiciones que daba el coordinador para efectos de atender esas actividades a las que usted ya es solución que hacían diariamente. **CONTESTO:** nosotros teníamos disponibilidad de tiempo desde que fue enero febrero marzo abril mayo y junio teníamos organizábamos nuestro tiempo según nuestra forma de trabajo según los municipios a los cuales nos desplazábamos entonces algunos días trabajamos los sábados domingos depende los días de Mercado pero después de junio a diciembre no tendríamos como tal organización de tiempo, en ese tiempo de junio a diciembre digamos que siempre fue como de lunes a viernes o de martes a viernes trabajar más a menos de 7 a 4 depende que sea la hora que se terminaba la jornada vacunación. **PREGUNTADO:** es decir, ese era tiempo libre para usted, para sus actividades de carácter personal de ese periodo y qué pasa si usted no asistía al departamento, bueno no sé a alguna dependencia. **CONTESTO:** Nada, no pasaba absolutamente nada porque yo tenía que demostrar mis actividades y a mí me pagan a llevar a cabo mis actividades".

Recepción de testimonio, rendido el 15 de enero de 2018, por el técnico en saneamiento ambiental, **HUGO JOSE PULIDO AGUILAR**, actualmente pensionado de la Secretaría de Salud del Departamento de Boyacá y quien trabajó con el actor en Muzo, cuando este iba a realizar actividades propias como médico veterinario, en los años 2011 y 2012 (minutos 46:02 a 1:11:06 cd obrante a folio 368):

"PREGUNTADO: Esas órdenes que cumplía el actor quien se las daba. **CONTESTO:** Esas órdenes tenían que ir me imagino que de aquí a la secretaría salud, porque imagínese yo pienso que qué tenía que ir delegado a un municipio de verdad que supremamente delicado cómo es esa zona yo no creo que na vaya a visitar a muzo por visitarlo, además de que fuera de que, tiene uno que tener cierto tipo de astucia para trabajar allá porque es delicada la zona la zona era zona roja, el clima era fregado, incluso este pobre señor sudaba petróleo porque estaba en el trabajo que nos tocaba y lo veíamos nosotros hasta me burlaba a veces de verlo sufrir al hombre porque es pesado el clima era pesada nos tocaba trabajar de las 6 de la mañana por ahí hasta las 3-4 de la tarde porque no se podía más por orden público ya después de determinada hora tenía que estar uno guardado bien sea en el hospital, finalmente, en el hospital y tenía que ir delegado de alguien, la nota que llevaba decía Secretaría Salud orden de comisión orden de comisión entonces esa orden de comisión me imagino que tenía que ser avalada por alguien en algunas ocasiones yo le firmaba la certificación de que había estado en esos días trabajando conmigo. **PREGUNTADO:** en aras de la claridad en cuanto a este despacho, pese que usted ha hecho de manera digamos que general la alusión algún horario, se le pregunta, para el cumplimiento de esas responsabilidades, a qué hora iniciaba sus actividades el doctor Julio Roberto Sánchez Hernández y a qué hora estaba finalizando. **CONTESTO:** bueno había ocasiones generalmente ya les comentaba por asunto de trabajo y porque por clima y por seguridad, nosotros iniciamos madrugados 6 de la mañana a 4 de la tarde a veces algunos días festivos porque el domingo en esas poblaciones es el día mercado, los domingos se hace es día mercado entonces se tiene que hacer un control de la plaza de Mercado, generalmente durábamos de 6 a veces en las en las jornadas de vacunación si regresamos tarde porque era lejos las veredas nos tocaba lejos y el medio de transporte en esa región era difícil algunas ocasiones yo contaba con una moto una motico que nos dieron para trabajar, en esa motico nos tocaba tarde duramos hasta las 7 o 8 de la noche bajábamos otra vez a pueblo, por eso era que salíamos con él porque podía ir a hacer solo pero más que todo por seguridad nosotros la acompañamos porque ya nos conocíamos en otras ocasiones terminábamos lo más rápido que fuera posible para llegar temprano al pueblo por problemas de orden público pero al cumplimiento que se hacía se hacía cabalidad hasta que la gente

quedará consciente, hasta que se vacunara el último perro nos veníamos cumpliendo, además de que la alcaldía y la gente allá exige el cumplimiento de su trabajo, fuertemente entonces había que hacerlo y este personaje conmigo a la hora que fuera salíamos a esa era más o menos el tipo de trabajo. **PREGUNTADO:** en el periodo al cual usted ha hecho referencia en horas diarias de prestación en cuanto a su servicio se refiere, lo era desarrollado en todos los días de la semana clarifique por favor es al despacho. **CONTESTO:** Pues los días que iba comisionado no, doctor, si él iba 3 días comisionado tres días había que hacerlo si iba 2 días comisionado, que tengo entendido que él me decía voy a estar lunes y martes y miércoles todos esos 3 días había que hacerlo eso era el cumplimiento de eso se basaba en la comisión que llevaba a sus días que ya para trabajar eran los tales días o era el sábado el domingo y ahí nos poníamos a hacer ese trabajo eso se hacía porque no había más".

Recepción de testimonio, rendido el 15 de enero de 2018, por el conductor, **Marco Alejandro Martínez García**, actualmente conductor y contratista con la Gobernación de Boyacá, transportó al actor en el año 2014 (minutos 1:12:50 a 1:35:23 cd obrante a folio 368):

"PREGUNTADO: Cuando usted me dice que espero muchísimo tiempo me está hablando de horas del día o de varios días. **CONTESTO:** Las jornadas eran en salíamos el día lunes vamos a hablar de una semana completa, el día lunes salíamos de la secretaría de salud con equipos y funcionarios, llegábamos al municipio donde tenían que atender esa jornada y ahí había un encargado, ese encargado, se encargaba de repartir las vacunas en sus termos, de organizar todo el tema del perifoneo y a partir de ese momento arrancaban, el disponía las dos camionetas que por lo general eran dos, a las veredas entonces uno se iba por un lado otro se iban por otro y hasta por las horas de la tarde muchas veces la noche llegamos otra vez, por lo general en los centros de salud por aquello de que la vacuna había que guardarla en frío entonces tocaba a llegar otra vez a esos centros de salud por la noche a guardar otra vez la vacuna y al día siguiente lo mismo estamos hablando de jornadas de lunes a viernes. **PREGUNTADO:** Don Marco que sabe usted de la actividad prestada en ese sentido por parte del doctor Julio Roberto Sánchez los días sábados y domingos. **CONTESTO:** no señor al respecto no puedo dar fe de eso porque los, los desplazamientos de la empresa se prestan a la gobernación por lo general en ese trabajo, de lunes a viernes. **PREGUNTADO:** Don marco Alejandro y de pronto usted recuerda sabe o le consta si en alguna oportunidad el señor Julio Roberto Sánchez tuvo que quedarse en algún municipio de los que usted mencionó que al respecto a los cuales lo acompañaba prestando el servicio de conductor para por necesidad digamos de sus labores como veterinario, es decir que le comentó que usted supiera o escuchara o le dijera que tenía que quedarse porque tenía que vacunar sábado y domingo o igual prestar cualquier otro servicio en cumplimiento de su labor al Servicio del departamento. **CONTESTO:** Pues la verdad en el momento no recuerdo, lo que sí es cierto, no me acuerdo puntualmente el doctor Julio Roberto, lo que sí es cierto es que en reiteradas oportunidades se presentaba eso, que el funcionario no se regresaba porque le tocaba quedarse a terminar las jornadas de vacunación, entonces no alcanzábamos a terminar el día viernes porque la vereda o era muy lejana o porque la gente no se le avisó y no sacó los animales entonces ellos se quedan para terminar esas procedimientos, nosotros nos devolvíamos el día viernes, yo nunca supe que era estar en una jornada de vacunación un día sábado o domingo. **PREGUNTADO:** Don Alejandro recuerda a quién les pregunta ustedes o sea porque me dice que usted le preguntaba a los otros médicos veterinarios. **CONTESTO:** A los jefes de el a los jefes de zona. **PREGUNTADO:** ¿quiénes eran ellos, recuerda los nombres? **CONTESTO:** no de momento no, había un señor se llama Ricardo y otro señor que se llama Yesid qué Son compañeros de trabajo de él tiene ellos tienen coma el mismo cargo lo que pasa es que ellos son los encargados de esa zona entonces cómo son los encargados de la zona y conocen las veredas se conocen los desplazamientos que hay que hacer Entonces ellos eran los que organizaban usted para tal lado usted para tal otro organizaban quién iba a parar Al Punto por lo general los puntos de vacunación eran las escuelas de las veredas (...). **PREGUNTADO:** se le pregunta si esos jefes a los cuales usted ha hecho referencia tenían vinculación directa para con la secretaría del departamento de Boyacá en caso afirmativo, en torno a su respuesta indique las razones por las cuales. **CONTESTO:** si ellos serán funcionarios y reiteró compañeros de trabajo de él veterinarios también, eran encargados de las zonas donde a dónde se está vacunando, ellos eran los encargados de esas zonas y ellos eran los que daban las órdenes a dónde iba a hacer su lugar de trabajo en cada día o cada jornada de vacunación. **PREGUNTADO:** usted manifiesta que los otros compañeros a su modo de ser eran jefes o él les decía que era el jefe o porque usted infiere que ellos eran jefes del doctor Julio Roberto. **CONTESTO:** yo asumo no, no jefe en términos de jerarquía porque sea el jefe de él o porque sea un subordinado de él no, yo infiero que es el jefe porque ellos eran los que impartían las órdenes de cómo se debe hacer el trabajo durante esas jornadas de vacunación, ellos eran los que decían tales doctores se van para tal vereda y tales, ellos eran los que hacían los mapas y nos entregaban tanto a ellos como a nosotros los mapas de desplazamiento Entonces le decían a uno Usted llega esta Vereda y aquí hay una una escuela y usted se desplaza un kilómetro y ahí deja otro funcionario y usted se va para otra escuela coge a mano izquierda le daban a uno un rutero de desplazamiento

para que ellos para poderlos dejar en las diferentes zonas de vacunación. **PREGUNTADO:** Don Alejandro o sea que más que todo digamos sumercé cómo lo explico No era que por jerarquía sino más que todo como por conocimiento del área del terreno ellos distribuían a los otros profesionales. **CONTESTO:** yo tengo entendido que cada quien cada zona tiene un como un líder como alguien responsable de esa zona cada zona la secretaría les da unas zonas entonces le dice por ejemplo usted usted es el encargado de la zona de sugamuxi es un ejemplo y ellos Entonces por eso ellos eran Cómo conocían la zona ellos serán los que repartían tanto los ruteros como decían quien vacunaba y en dónde. **PREGUNTADO:** Don Alejandro la última pregunta el entendí pero usted sólo los acompañó en el tema en la actividad de vacunación cierto. **CONTESTO:** Sí señor yo siempre estuve, o sea mi relación con el doctor Julio Roberto fue en el tema de la vacunación y de pronto en un par de viajes algo que tiene que ver con ambiental con sanidad ambiental con ese tema las carnes o algo así la verdad no entiendo mucho del tema"

Recepción de interrogatorio de parte, rendido el 15 de enero de 2018, por el señor **Julio Roberto Sánchez Hernández**, (minutos 1:37:00 a 2:20:53 cd obrante a folio 368):

"**PREGUNTADO:** esas como usted lo menciona órdenes de su jefe lo las hacían a través de digamos, si manejamos el concepto órdenes memorandas de escritos donde le decían doctor Julio Roberto usted debe desplazarse a tal lado a desarrollar las actividades dentro del proyecto tal. **CONTESTO:** en el último proyecto que trabajé que fue de vacunación antirrábica había un cronograma en el cual decían los días exactos que tenía que estar en cada municipio, a las horas que qué tenía que salir de la secretaría de salud y cuando tenía que volver, además de eso pues tenía también que llegar allá a hacer mis vacunaciones ir con mis compañeros, quedarme en los sitios donde me tocaba quedarme no sé qué más. **PREGUNTADO:** doctor usted menciona que tenía unos jefes y menciona al doctor Manuel Medina, a usted quién le dijo que era el jefe o en el contrato dice su jefe va a ser el Manuel o por el contrario esos contratos hablan es de una supervisión de una coordinación. **CONTESTO:** nosotros tenemos o teníamos una persona que revisaba las actividades que nosotras ejecutábamos pero desde el primer momento que comenzamos con esta labor que fue en el 2011 el doctor Manuel Medina nos iba diciendo cuáles eran las actividades que teníamos que hacer, nosotros teníamos que hacer capacitaciones, él fue el encargado de revisar y decir si estaba bien o estaban mal las capacitaciones que teníamos que hacer, los formatos que, que estaban dispuestos para hacer las visitas de inspección vigilancia y control, ellos nos decían como las teníamos que hacer y en qué y en qué forma se debían diligenciar y dependiendo de eso nos pagaban o no nos pagaban, nos firmaban una especie de acta en las cuales uno diligenciaba qué era lo que había realizado y cómo lo había realizado, si de pronto al interventor no le gustaba la forma en que se había diligenciado ese formato entonces nos decía que no no nos firmada para pagarnos"

Recepción de testimonio, rendido el 17 de abril de 2018, por el señor **Enrique Gamboa Argüello**, profesión empleado del hospital regional de Moniquirá, trabajó con el actor en salud pública como médico veterinario en esa regional (minutos 8:30 cd obrante a folio 400):

"**PREGUNTADO:** En aras de la claridad de este Despacho, se le pregunta don Enrique acerca de lo que conste respecto de las funciones desarrolladas por parte del doctor Sánchez Hernández Julio Roberto Sánchez Hernández, en favor del departamento de Boyacá y particularmente respecto del municipio de Moniquirá. **CONTESTO:** bueno las funciones de los médicos veterinarios se cumplían en la parte de zoonosis en el manejo del programa de zoonosis que era la vacunación antirrábica canina y felina y observación de animales sospechosos de tener rabia, además también hacían el control de los expendios de carne y el examen de carnes. **PREGUNTADO:** don Enrique usted sabe si el doctor Julio Roberto Sánchez Hernández para efecto de la prestación de sus servicios cumplía algún tipo de horario. **CONTESTO:** pues Yo trabajé con él siempre con los horarios establecidos en la salud pública de 8 a 12 y de 2 a 6 de la tarde, porque pues ese era mi horario y entonces yo lo acompañaba durante ese horario a trabajar, mucho de ellos y él también siguió trabajando porque necesitaban adelantar trabajo, pero entonces no, yo los acompañaba en mi horario de trabajo que era ese que dije. **PREGUNTADO:** ¿sábados, domingos? **CONTESTO:** pues nunca lo acompañé en sábado Porque yo no trabajo los sábados. **PREGUNTADO:** don Enrique usted sabe si esas responsabilidades del doctor Julio Roberto Sánchez Hernández a que usted ha hecho referencia, lo eran prestadas de madera libre o Autónoma o por el contrario el doctor Sánchez Hernández tenía que cumplir algún tipo de órdenes respecto a la prestación de estos servicios. **CONTESTO:** Claro que debía cumplir órdenes y él hizo su trabajo, lo iba, lo hacía cumpliendo las órdenes de la secretaría de salud. **PREGUNTADO:** Don Enrique sería tan amable de ampliar su respuesta, en el sentido de decimos, par qué le consta que recibía órdenes de la gobernación. **CONTESTO:** Porque ningún funcionaria llega a un municipio si no tiene órdenes de hacer tal o cual trabajo. **PREGUNTADO:**

esa es su apreciación o usted vio alguna autorización, orden, documento o prueba que pueda usted con certeza decir que era una orden impartida por parte de la gobernación. **CONTESTO:** en las vacunaciones antirrábicas ordenaba el jefe de zoonosis y ordenaba a todos los funcionarios incluidos los veterinarios que era el doctor Manuel Medina, que era funcionario de la Secretaría de Salud. **PREGUNTADO:** Sumercé indicó en una de sus respuestas que usted creía que sabía que el jefe de él era el doctor Manuel Medina, el doctor Manuel Medina, en su condición de jefe lo acompañó alguna vez alguna de las funciones o actividades que el doctor Julio Roberto desarrolló en el hospital de moniquira. **CONTESTO:** exactamente no estoy diciendo que fuera el jefe de él pero el jefe del programa de zoonosis era el doctor Manuel Medina del programa de zoonosis y en varias vacunaciones estuvieron ambos. **PREGUNTADO:** Don Enrique usted refirió en una de sus respuestas que, los fines de semana usted no laboraba y que no tenía contacto con el demandante, fue así como lo dijo o entendí mal la respuesta. **CONTESTO:** que los fines de semana yo no trabajé con él porque no trabajo los fines de semana, sólo de lunes a viernes. **PREGUNTADO:** y usted sabe o le consta si algunos de los fines de semana que trabajo al servicio municipio de moniquirá, el demandante acudía a cumplir esas labores. **CONTESTO:** Pues muchos profesionales de los que envían allá, van el fin de semana por adelantar trabajo y cumplen funciones, pero yo nunca los acompañé porque no trabajo sino hasta el viernes"

Recepción de testimonio, rendido el 17 de abril de 2018, por **Liceth Dalila Rodríguez Cubides**, de profesión médica veterinaria- zootecnista-, quien laboro con el actor (minutos 32:30 cd obrante a folio 400):

"PREGUNTADO: Está en condiciones de ilustrar este despacho acerca de las funciones, las responsabilidades, las actividades que desempeñaba el doctor Julio Roberto Sánchez Hernández en favor del departamento de Boyacá. **CONTESTO:** Pues puedo decir las funciones cuando trabaje con él, porque fue lo que me consta que estuvimos trabajando con él, él estaba apoyando la vacunación en el departamento de Boyacá, además de que hacía las visitas a los establecimientos a los expendios de carne también a los establecimientos veterinarios y coordinaba las actividades de control de esos establecimientos que fue lo único que supe que estaba haciendo, no sé qué más funciones tenían en su contrato porque la verdad yo no tenía conocimiento de su contrato, se lo que de lo que hablábamos y que la estaba haciendo con los otros coordinadores, de momento él conmigo estaba apoyándome la parte de la vacunación. **PREGUNTADO:** respecta de esas responsabilidades que Usted refiere desarrolladas por el doctor Julio Roberto Sánchez Hernández está usted en condiciones de ilustrar este despacho acerca del horario que cumplía este señor en favor del departamento de Boyacá y en el desarrollo de esas actividades. **CONTESTO:** pues cuando trabajamos en la parte de la vacunación que fue de septiembre hasta diciembre estábamos trabajando de lunes a viernes y estábamos trabajando prácticamente salíamos de acá de Tunja las 4 de la mañana y llegamos a los puntos de vacunación depende del municipio que nos tocará y entrábamos a trabajar y salíamos a menos 4 o 5 de la tarde todos los días nos toca hacer las jornadas de vacunación y estábamos pues llegando a la ciudad de Tunja más o menos sobre las siete ocho nueve de la noche de traer la parte yo le diga que estábamos utilizando. **PREGUNTADO:** sábados y domingos trabajaba el doctor Julio Roberto Sánchez Hernández. **CONTESTO:** pues nosotros no trabajábamos sábados y domingos, trabajábamos de lunes a viernes de continua, o sea nosotros teníamos varios municipios y trabajábamos de jornada de lunes a viernes. **PREGUNTADO:** usted sabe si el doctor Julio Roberto Sánchez Hernández cumplía algún tipo de órdenes para el desarrollo de ese tipo de actividades o esas funciones que usted refiere en favor del departamento de Boyacá y en los diferentes municipios en los cuales tuvo oportunidad de trabajar con él. **CONTESTO:** pues primero que todo, habían varios coordinadores depende de la zona, como él estaba conmigo en oriente y Neira ahí también había otro coordinador que era el doctor Yesid, y cuando estábamos trabajando en los municipios de él tenía que recibir las órdenes de él pero directamente también tenía su jefe o coordinador que era igual que el de nosotros, que teníamos un coordinador acá en el departamento con el que supervisaba el contrato de cada de cada persona. **PREGUNTADO:** De acuerdo con su respuesta anterior, quién es el jefe o coordinador o quién era el jefe o coordinador por aquella época acá en Tunja. **CONTESTO:** Pues el doctor Julio la verdad no sé cuál sería el coordinador de él, mi coordinador en el momento era el doctor Manuel él era el coordinador de mi contrato, sí, porque, cada contratista tenía un supervisor no sé si el coordinador de él también sería el doctor Manuel porque cada quién recibíamos un coordinador cuando nos asignaban el contrato. **PREGUNTADO:** Respecto de las órdenes del coordinador acá en Tunja, como pudiera categorizar ese tipo de órdenes o qué tipo de órdenes daban para efecto de la prestación de esos servicios. **CONTESTO:** Pues en ese momento en la parte de la vacunación habían dos coordinadores estaban el doctor Manuel y el doctor Virgilio, ellos nos mandaban por zonas mandaban, varios coordinadores en la parte donde yo estuve trabajando con él estaba el doctor Yesid y estaba el doctor julio y unos técnicos de apoyo que mandaban sí, entonces ellos dos quedan encargados de supervisar la vacunación aquí el departamento nos mandaban a apoyar los procesos de vacunación y quien hacía en la coordinación y la ejecución en cada municipio era el coordinador depende al municipio, en este caso del doctor julio hizo las

funciones de coordinador de la vacunación en los municipios de Santa María y San Luis de Gaceno junto al técnico en la vacunación de técnico que estaba en esos municipios y pues el resto de municipios lo estuvo manejando el doctor Yesid que era el coordinador de los demás municipios que estuvimos vacunando en esa zona. **PREGUNTADO:** usted manifestó que dentro del desarrollo o la ejecución de esas actividades y funciones hay un supervisor un coordinador, o es lo mismo. **CONTESTO:** no, o sea en esa supervisión hay un supervisor que es el supervisor de la vacunación antirrábica como tal, que en ese momento eran dos supervisores que estaba el doctor Manuel y el doctor Virgilio que eran los encargados de la parte de la vacunación antirrábica y de perros sí, después seguían, nosotros teníamos a siguiente cargo eran los coordinadores de la zona que en ese momento creo que eran 10 o 11 que no recuerdo ahorita cuantos son por el departamento y cada coordinador de ellos tenían asignado unos municipios del departamento los cuales estaban divididos en regiones y después estábamos nosotros que rendíamos un informe pues seguíamos orden de los coordinadores de cada zona y además Pues de nuestro supervisor que eran ese momento Para mí el doctor Manuel. **PREGUNTADO:** usted dice que el tiempo que acompañó al doctor Julio Roberto o acompañó no trabajo con él, fue en septiembre a diciembre del 2014 y que fue solamente actividades de vacunación, esas, usted manifestó que era cumplimiento se hacían horario de lunes a viernes mi pregunta es usted sabe si las otras actividades que o funciones que el doctor Julio Roberto tenía que desarrollar dentro del contrato de él, también era en ese horario o era la vacunación Por cierta especificación de logística organización de todo el equipo de trabajo. **CONTESTO:** pues yo cuando estuve trabajando en septiembre al mes de diciembre yo con el doctor julio nada más trabajamos lo que fue noviembre y diciembre, porque el resto de tiempo tuve otros coordinadores porque yo no solo estuve en neira y oriente también estuve en la parte centro en la provincia de firavitoba esos municipios, entonces yo sé que ellos tenían sus zonas de vacunación pero en el momento que no tenían que estar vacunando en otro meses También tenían que seguir desarrollando sus actividades del contrato no cumplían sólo la vacunación sino durante también ese tiempo tuvo que cumplir actividades que Ellos tenían que desarrollar de su contrato sino que los mandaban por tiempos a apoyar la vacunación es un municipio cuando no apoyan la vacunación es un municipio les tocaba Pues hacer sus actividades como tal pues yo en el momento que trabaje con el trabajo de lunes a viernes"

Recepción de testimonio, rendido el 17 de abril de 2018, por **Manuel Alfonso Medina Camargo**, de profesión médico veterinario, ocupación funcionario de la gobernación de Boyacá en la secretaría de salud desde el año 2010 (minutos 32:30 cd obrante a folio 400):

"PREGUNTADO: ¿Cómo se desarrollaban esas funciones?. **CONTESTO:** básicamente lo que se hace es que de acuerdo a las necesidades que existen, se realizan unos contratos de prestación de servicios, no sólo con profesionales también con técnicos, en donde son asignadas algunas actividades que complementan pues la parte misional de la gobernación, pero como está todo el personal contratan esas actividades, están explícitas en el contrato nosotros las funciones de planta somos supervisores de esas actividades y simplemente pues se desarrollan teniendo en cuenta pues que lo estipulado en esos contratos. **PREGUNTADO:** Bueno le agradezco su respuesta, pero quisiera que de pronto fuera un poco más descriptivo en el sentido decir cómo se realizaron esas funciones es decir, ellos que hacían estaban en una oficina, hacían informes o salían a campo quiere quisiera que fuera más ilustrativo para la audiencia en el como tal ejercicio de las funciones. **CONTESTO:** oficina, no, no estaban en ninguna oficina, pues la relación contractual no especificaba la permanencia en ningún tipo de oficina, también, si se realizaban unas actividades de campo porque pues nosotros somos departamento tenemos la competencia de varios municipios se distribuían de acuerdo a las provincias, a las zonas, desarrollaban sus funciones directamente en campo, lo que nos ceñíamos era que cumplieran sus actividades tal cual, las actividades explícitas en el contrato como te decía y aparte de eso, pues nosotros como supervisores lo que nos atañe era simplemente verificar el cumplimiento de esas actividades independientemente de cualquier otro tipo de cosas. **PREGUNTADO:** Como verificaban ese cumplimiento? **CONTESTO:** A mí me asignaron una supervisión, como veterinario de la secretaría, me asignaron esa supervisión, ellos normalmente desarrollaban sus actividades en campo y mensualmente y normalmente el contrato estaba pactado a unos pagos mensuales simplemente lo que yo hacía era que con los soportes que ellos traían de las actividades que ejecutaban en su gran mayoría en campo yo lo revisaba si cumplía de acuerdo a las actividades estipuladas en el contrato en el contrato Pues se realizaba las respectivas actas establecidas dentro del sistema gestión para eso, simplemente se realizaba de esa manera, pero sí quiero dejar claro en el sentido de que esas actividades desarrolladas de una manera libre digámoslo así no se exigía ni horario ni tampoco por parte de la supervisión se establecía ningún tipo de exigencia simplemente tenía que cumplir con un número de actividades en un determinado período de tiempo y eso era lo que yo nosotros como supervisores verificamos. **PREGUNTADO:** Doctor es decir que usted en el transcurso de ese tiempo que duraba la ejecución del contrato, usted no hacía ningún tipo de vigilancia de acompañamiento a esas personas o al demandante específicamente. **CONTESTO:** Claro que sí

a él y a los demás de hecho dentro de las funciones del supervisor es verificar tanto a manera documental como también en campo, las acciones que se realizaban De hecho yo también iba a campo a verificar a realizar algunas acciones de coordinación pues porque se necesita, de logística para el cumplimiento de dichas actividades y en algunas cosas en algunos momentos también verificaba en campo no todo el tiempo no hay manera permanente pero si verificaba en campo las actividades que realizaban tanto Los profesionales como los técnicos que estaban en ese momento bajo mi supervisión. **PREGUNTADO:** doctor Medina para que la audiencia tenga un mayor escenario, dentro de las actividades que el doctor Julio Roberto Sánchez ejecutó dentro de los diversos contratos era muy retirada Bueno siempre más que todo era la jornada de vacunación antirrábica, usted nos podría comentar a manera de ilustración para que todos los asistentes a la audiencia, cómo se desarrollaba esa actividad. **CONTESTO:** Esa es una situación que se tiene que programar de acuerdo a la situación epidemiológica esas son las directrices, la vacunación a nivel nacional y lógicamente que en el departamenta se hace de manera anual es decir, que esa vacuna tiene vigencia de un año, voy a colocar un ejemplo municipio Santana en este mes, entonces nosotros tenemos que responder a vacunar el siguiente año en el mismo mes porque la vacuna tiene vigencia de un año para esos animales, Colombia es uno de los países y Boyacá tiene vigilancia estricta para el control de la rabia, entonces lo que se hace normalmente en esa vacunación es que pues como todo no se necesita un cronograma porque dos días se vacuna un municipio a los siguientes dos días otros los días y lo que nosotros establecíamos desde la coordinación es un cronograma para que se tuviera en cuenta la vacunación se tuviera en cuenta la parte logística porque se necesitan vehículos para transporte de biológicas se necesitan una serie de cosas de hecho Los profesionales tenían ciertas, dentro de sus actividades ciertas acciones de también de coordinar con los técnicos que estaban en cada municipio coordinaban esa vacunación y yo pues supervisaba todo, todo, lo relacionado con eso para garantizar la vacunación antirrábica pero como le digo, eso es una acción que se hacía cada año se hacía por provincias y Máximo serían 3 semanas que se vacunaba y después se esperaba a la siguiente vigencia anual para realizar la otra vacunación de acuerdo a las consideraciones técnicas que se tienen en este proceso eso es lo que se hacía en vacunación. **PREGUNTADO:** Los contratistas se trasladan por su cuenta y riesgo, es decir, con sus propios vehículos a en bus o el departamento le suministra un vehículo y si es así en qué casos sí o en qué casos no o sí siempre o si nunca. **CONTESTO:** normalmente las actividades son contratadas con desplazamiento ellos tienen que cumplir y la gobernación no suministra vehículos para ese tipo de Procedimientos, lo que sí es en algunos casos específicos por ejemplo de la vacunación la vacunación por ejemplo hay una actividad dentro de la vacunación que es perifoneo, para que la gente se informe que están vacunando entonces se está se dispone por parte de la gobernación un vehículo, para hacer esa labor específica de perifoneo que no la realizan ellos directamente y para transporte por ejemplo del material de los biológicos de los termos, Si eso, el acceso a zonas en algunos casos ellos pues aprovechan ese transporte si se desplazan a zonas por ejemplo me acuerdo que Julio Roberto tenía occidente, qué es una zona de difícil acceso las veredas son un poco lejanas no, entonces se permitía que ellos sin carro y a para hacer perifoneo pues ellos aprovechaban de esa manera de entrar en el vehículo destinado para el transporte de insumos y de perifonea, por parte de la gobernación de Boyacá todo en miras y en aras de garantizar pues una buena cobertura de vacunación"

En ese orden de ideas, la testimonial da cuenta del claro tratamiento que se daba al demandante como contratista de la entidad. Nótese como se puede establecer que las actividades desarrolladas por el demandante fueron **por su cuenta y riesgo** en tanto que era él junto a sus compañeros los que acordaban el horario y/o actividades a ejecutar, viajes, modo de transporte, así fuera suministrado por el departamento, evidenciando que entre éste y la entidad demandada, una relación de coordinación, en el sentido de indicar la forma en la cual debían ejecutarse las actividades sin incidir en la autonomía que tenía el contratista para dar cumplimiento al objeto contractual.

Si bien los testigos dentro de sus declaraciones usaron el término "órdenes", se puede establecer de la prueba recaudada que este término fue utilizado para explicar la forma en que se puntualizaban las condiciones para dar cumplimiento a las obligaciones pactadas, esto es, las rutas de vacunación, las fechas en que se llevarían a cabo las jornadas y visitas, teniendo en cuenta además que estas actividades debían realizarse, por ejemplo como las visitas a los expendios de carne y leche, atendiendo a los días en que el mercado del municipio se encontraba abierto al público, de lo cual se dejaba registro en la alcaldía municipal correspondiente, como se explicó en la prueba testimonial transcrita en precedencia.

De igual forma quedó demostrado que el trabajo en fines de semana se daba por las distancias que debían recorrer entre veredas para realizar las jornadas de vacunación,

así como que éstos eran los días dispuestos en los diferentes municipios como de mercado y solo en estos días se podían realizar los respectivos registros a los lugares dispuestos, mas no porque así se dispusiera desde la Secretaría de Salud del departamento de Boyacá.

Además de lo anterior, a quienes en su momento se denominaron "jefes" se refieren a los coordinadores zonales, personas que de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, tenían la función de organizar las jornadas de vacunación y visitas que se llevaban a cabo en los diferentes municipios, mas no de mantener bajo órdenes a los diferentes contratistas, pues con la testimonial quedó claro que las visitas y jornadas de vacunación se realizaban de acuerdo a un cronograma que se generaba desde la Secretaría de Salud departamental conforme las necesidades de cada municipio para dichas actividades.

El señor **Enrique Gamboa Argüello** aclara que efectivamente el señor Manuel Medina Camargo no era el jefe del demandante al indicar: "*exactamente no estoy diciendo que fuera el jefe de él pero el jefe del programa de zoonosis era el doctor Manuel Medina del programa de zoonosis y en varias vacunaciones estuvieron ambos*".

Es importante resaltar, que tal como fue expuesto en el interrogatorio de parte tomado al demandante, nunca existió inconveniente alguno en el pago de sus honorarios, reconoce que el único mes donde tuvo inconveniente fue el mes en el que se le practicó la cirugía para el tratamiento de su enfermedad pues por este motivo tuvo demora en presentar los informes de actividades solicitados, pero en ninguna otra ocasión se presentó este inconveniente por razones atribuibles a la entidad demandada, de modo que no se demuestra algún trato diferencial entre él y los demás contratistas de la entidad.

De la testimonial expuesta, puede extraerse de igual forma que frente a los permisos que debían solicitar, no se demostró que en realidad existiera un trámite para tal situación, de acuerdo con el testimonio de **Ángela Lizeth Álvarez niño**, lo que ocurría es que en virtud de las jornadas establecidas para la vacunación y las visitas a los municipios, se debía comunicar algún ausentismo en esos días para efectos de reorganizar los cronogramas si fuera necesario sin influir en las obligaciones de los demás médicos veterinarios asignados a estas actividades. Lo anterior, como una situación de coordinación dentro del proyecto ejecutado mas no como una relación de subordinación como se pretende hacer ver en el escrito de demanda. En los demás tiempos en que no existían jornadas de visita y vacunación, quedó demostrado que el demandante disponía de la libertad de su tiempo para dar cumplimiento al objeto contractual obrante en sus contratos.

Así entonces, es indispensable que en todos los casos donde se pretenda el reconocimiento de una relación laboral, la parte interesada acredite el elemento de subordinación en el desempeño de funciones públicas en las mismas condiciones de dependencia de cualquier otro empleado adscrito al ente contratante, constatando de ésta manera que las actividades realizadas no están simplemente enmarcadas en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato.

Adviértase además que, la labor contratada por el Departamento de Boyacá, respecto de los servicios del actor como médico veterinario, no se tratan de actividades de aquellas respecto de las cuales la jurisprudencia ha considerado llevan implícita la subordinación, como por ejemplo la de docentes y la de los celadores, de allí que, en el caso bajo estudio, aquel debía demostrar la existencia de ésta.

Con todo lo anterior, es viable concluir que no se demuestra por parte del extremo actor que haya sido expuesto a situaciones de subordinación que pudieran originar una eventual relación laboral, por lo que es evidente que al no encontrarse configurados la totalidad de sus elementos, no es procedente declarar la existencia de una relación laboral entre los extremos de la Litis. Debe tenerse en cuenta que entre contratante y contratista lo que existió fue una **relación de coordinación** en sus actividades, de manera que el segundo se sometió a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluyó el cumplimiento de un cronograma y el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, además de tener que reportar informes sobre

sus resultados, lo cual, al tenor de la jurisprudencia citada en precedencia, no significa necesariamente la configuración de la subordinación.

Así las cosas, la parte actora no logró demostrar, que la prestación del servicio se ejerció con subordinación, ya que el solo argumento de cumplir un horario definido o días específicos para ejecutar sus obligaciones contractuales, no tienen la entidad suficiente para desnaturalizar el contrato de prestación de servicios.

Debe anotarse además que, conforme lo ha señalado el Honorable Consejo de Estado, *"la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación."*²⁹

En consonancia con lo dicho, recuerda esta instancia que, conforme el artículo 167 del Código General del Proceso, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, y en consonancia con ello, trae a colación lo dicho al respecto por el H. Consejo de Estado³⁰:

"La referida norma legal (el artículo 177 del C.P.P.) desarrolla el tradicional aforismo de acuerdo con el cual quien afirma un hecho debe probarlo: "incumbit probatio quidicit non quinegat". Ello se traduce, en los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquél no cumple con su onus probandi, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su causa petendi; si es éste, en cambio, quien no satisface la exigencia probatoria en punto de los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación conduciría a la estimación de sus excepciones o de los argumentos de su defensa, deberá asumir, consiguientemente, una fallo adverso a sus intereses".

En consecuencia, deberá declararse la prosperidad de las excepciones planteadas por la entidad demandada denominadas; **"AUSENCIA DE RELACIÓN LABORAL" e "INDEPENDENCIA DEL CONTRATISTA"**, tal como se hará en la parte resolutive de la presente sentencia.

10.2. De la estabilidad laboral reforzada reclamada por el demandante:

En desarrollo de la Carta Política de Colombia, se ha considerado que la estabilidad laboral no es una garantía que se traduzca en la permanencia indefinida o absoluta en los puestos de trabajo, sino que se concreta por diversos mecanismos y en distintos niveles de intensidad.

Sin embargo, en desarrollo de la Carta, tanto la Corte Constitucional como el Legislador, han establecido un nivel especial de protección frente a personas que pertenecen a grupos vulnerables o en condición de debilidad manifiesta, otorgándole a la estabilidad laboral un carácter reforzado que constituye un derecho fundamental para sus titulares.

Así las cosas, se puede concluir que el derecho a la estabilidad laboral reforzada en las diversas alternativas productivas tiene por titulares a: (i) mujeres embarazadas; (ii) personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud; (iii) aforados sindicales; y (iv) madres cabeza de familia.

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 19 de abril de 2012. Expediente con radicación interna 0179-10. C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera Bogotá, D.C., marzo diez (10) de dos mil once (2011). Consejero ponente: Marco Antonio Veilla Moreno Radicación número: 13001-23-31-000- 1999-00089-01. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Bogotá, D.C., febrero dieciocho (18) de dos mil diez (2010). Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez Radicación número: 19001-23-31-000- 1997-01038-01(18076)

En lo relacionado con las personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud, la Ley 361 de 1997³¹ establece lo siguiente:

"En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren".

En la Sentencia C-531 de 2000, la Corte al analizar la norma citada, estudió al sujeto de la disposición como "persona con una limitación física, sensorial o mental", sin mencionar la necesidad de ser calificada como tal. Al respecto dijo:

"Sólo en la medida en que para el tratamiento de la situación particular de este grupo social afectado por una limitación física, sensorial o mental, se realcen los valores fundantes constitucionales de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, es que adquiere verdadero sentido el deber de protección especial de la cual son objeto precisamente por razón de sus circunstancias de debilidad manifiesta frente al conglomerado social. Constituye esta la vía para contrarrestar la discriminación que está allí latente y que impone adelantar una acción estatal y particular que promueva condiciones de igualdad material real y efectiva para estas personas, hacia la búsqueda de un orden político, económico y social justo (C.P., Preámbulo y art. 13)".

En ese orden de ideas, darles un trato diferente a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las personas calificadas como discapacitados, desconoce los fundamentos constitucionales y principalmente, su relación con los principios de igualdad y solidaridad, pues resulta discriminatorio tratar de igual manera a una persona sana que a una enferma, este o no calificada.

Así, las personas con discapacidad y aquellas que se encuentren en condición de vulnerabilidad por razones de salud enfrentan una situación de debilidad social que genera deberes derivados del principio de solidaridad, tanto para las autoridades como para los particulares.

Desde el punto de vista del derecho a la igualdad, las personas en condición de debilidad manifiesta merecen un trato especial, de carácter favorable, por parte del resto de la sociedad. Esas consideraciones operan de manera armónica al principio de solidaridad, principio que impone a los empleadores y a la administración pública brindar a la persona en condición de debilidad por motivos de enfermedad un empleo estable brindándole una fuente de ingresos que le permita perspectivas de realización personal, garantizando además el mínimo vital propio y el de su familia.

La Corte Constitucional en sentencia T - 040 de 2016 dejó en claro que la **estabilidad reforzada debe ser aplicada a contratos de prestación de servicios** por varias vías:

- La primera, señala que la estabilidad laboral reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud aplica a todas las alternativas productivas, incluyendo al contrato de prestación de servicios. Por lo tanto, no es necesario declarar un contrato realidad y con solo demostrarse la discriminación, se debe ordenar el reintegro y pago de indemnización.

- La segunda, considera necesario declarar la configuración de un contrato realidad para luego sí aplicar las reglas de protección reforzada. Probada la existencia del contrato laboral y la discriminación, se debe ordenar reintegro y pago de

³¹ Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones".

indemnización. En estricto sentido no es un caso de contrato de prestación de servicios.

- La tercera, indica que se debe estudiar la configuración de un contrato realidad, sin embargo, si no existen elementos probatorios que permitan verificar su configuración, también se debe evaluar la discriminación.

Recientemente en sentencia SU-049 de 2 de febrero de 2017, la Corte Constitucional dispuso respecto de la estabilidad ocupacional reforzada en **los contratos de prestación de servicios**, y la aplicación de las prestaciones de la Ley 361 de 1997, interpretada conforme a la Constitución, lo siguiente:

"(...)

No obstante, esta Corte ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada aplica no solo a quienes tienen un vínculo de trabajo dependiente estrictamente subordinado y sujeto al derecho laboral, sino también a quienes están insertos en relaciones ocupacionales divergentes, originadas por ejemplo en un contrato de prestación de servicios o en un contrato de aprendizaje. En efecto, desde la sentencia T-1210 de 2008 la Corte ha sostenido que "aún en el seno del contrato de prestación de servicios, puede predicarse ciertas garantías de la que gozan las relaciones laborales, al cobrar importancia los principios de estabilidad laboral a ciertos sujetos".³² Luego esta posición se ha reiterado en distintas ocasiones, como por ejemplo en las sentencias T-490 de 2010,³³ T-988 de 2012,³⁴ T-144 de 2014³⁵ y T-310 de 2015.³⁶ En la sentencia T-040 de 2016, la Sala Tercera de Revisión de la Corte tuteló el derecho a la estabilidad reforzada de una persona a quien se le terminó sin causa justificable y sin autorización de la oficina del Trabajo su contrato de prestación de servicios, mientras estaba en condiciones de debilidad manifiesta. Sostuvo entonces que "la estabilidad laboral reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud aplica a todas las alternativas productivas, incluyendo al contrato de prestación de servicios".³⁷

Ahora bien, el hecho de que no se haya configurado un contrato realidad por carecer de elementos probatorios suficientes para declarar la existencia de una verdadera relación laboral, no implica la inaplicación de la estabilidad reforzada de la que son destinatarias las personas en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud³⁸. Sin embargo, esta circunstancia obliga al juez a tener la certeza de encontrarse frente a un caso que evidentemente requiere la protección pues en este escenario ya no se estaría dando aplicación a la reglamentación legal sino directamente a los principios constitucionales.

³² Sentencia T-1210 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández). En esa ocasión la Corte señaló que no estaban dadas las condiciones para declarar la existencia de un contrato realidad, lo cual no obstaba para señalar que la tutelante, por estar en circunstancias de debilidad manifiesta, era titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada. Sin embargo, concluyó que la desvinculación no se debió a las condiciones de salud de la peticionaria, por lo cual negó la tutela de los derechos fundamentales invocados.

³³ Sentencia T-490 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). La Corte en ese caso reconoció el derecho a la estabilidad laboral reforzada en el contexto de la prestación de servicios.

³⁴ Sentencia T-988 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa). Al conocer la tutela de una persona desvinculada irregularmente en condiciones de debilidad manifiesta señaló: "la estabilidad no depende de la denominación del vínculo por el cual la persona logra ejercer una alternativa productiva".

³⁵ Sentencia T-144 de 2014 (MP Alberto Rojas Ríos). Concedió entonces la tutela a una persona a la que se le terminó su contrato de prestación de servicios mientras estaba en circunstancias de debilidad manifiesta: "la terminación de un contrato de prestación de servicios no puede servir de criterio objetivo para despedir a una persona en situación de discapacidad", dijo la Sala Octava de Revisión.

³⁶ Sentencia T-310 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). En el caso de unas personas a quienes se les terminó su contrato de prestación de servicios mientras persistían las condiciones de salud que les dificultaban el desarrollo regular de sus funciones, la Corte indicó: "la protección constitucional de la cual deben gozar los trabajadores que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta [...] cobija no solo los casos de contratos laborales, sino también los asuntos en los que se trate de contratos de prestación de servicios".

³⁷ Sentencia T-040 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo. SAPV Gloria Stella Ortiz Delgado). En esa ocasión concluyó que se viola "el derecho a la estabilidad reforzada cuando (i) una entidad del Estado, (ii) no proroga el contrato de prestación de servicios de un sujeto en condición de debilidad manifiesta por padecer de fibrosis quística, (iii) teniendo conocimiento de la enfermedad de la persona, (iv) sin demostrar una causal objetiva, diferente al simple vencimiento del término para la terminación del vínculo contractual, y (v) ante la continuidad del objeto del contrato."

³⁸ En la sentencia T-988 de 2012, la Corte dijo: "Esa conclusión, por supuesto, no constituye un obstáculo para que la Sala otorgue la protección constitucional al derecho a la estabilidad reforzada del actor en su opción productiva y que, en atención a las circunstancias de vulnerabilidad que enfrenta, por razones de enfermedad, se dicten las órdenes adecuadas de protección."

En ese orden de ideas, se entrará a determinar si en el caso objeto del presente, se vulneró el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada al actor tal como se aduce en el escrito de la demanda, lo cual se hará de la forma en que sigue:

1. Estado de salud del señor Julio Roberto Sánchez Hernández.

Dentro de las pruebas documentales recaudadas a lo largo del expediente, encontramos:

-Copia de la historia clínica del señor Julio Roberto Sánchez Hernández, donde se observan exámenes de laboratorio y ecografías de tiroides realizados, con el siguiente diagnóstico: "Nódulo sólido de las características descritas en el lóbulo derecho", así mismo, obra historia clínica cirugía oncológica, citología de líquidos tiroides -BACAF- de fecha 3 de abril de 2014, con el siguiente resultado; "GLANDULA TIROIDES, NODULO LOBULO DERECHO; BACAF: -CATEGORÍA BETHESDA VI. MALIGNO. -COMPATIBLE CON CARCINOMA PAPILAR DE TIROIDES" y que el 19 de mayo de 2014 le realizaron "Tiroidectomía total más vaciamiento ganglionar", originándose una incapacidad inicial de 20 días, la cual fue adicionada un mes, entre el 19 de mayo al 19 de junio de 2014.

-En la historia clínica se observa valoración realizada al actor el 24 de octubre de 2014, donde la E.P.S SANITAS, le ordenó medicamentos, exámenes, interconsulta por medicina nuclear y lo postuló como candidato a terapia de yodo³⁹.

-Igualmente, de la historia clínica, se observan controles post-operatorios; realización de rastreo post yodoterapia de fecha 12 de marzo de 2015; control efectuado el 20 de agosto de 2015 por la EPS SANITAS, en la cual se ordenaron medicamentos, exámenes, interconsulta a nutrición, se entregan recomendaciones y se explican signos de alarma.

-También se advierte que con posterioridad al tratamiento de cáncer, el 29 de abril de 2016, el otorrinolaringólogo solicitó interconsulta de tercer nivel para el actor (fls. 71-149)

-Se encuentra certificación de 7 y 12 de febrero de 2018, por medio de la cual la E.P.S. SANITAS, informa que expidió y autorizó incapacidades laborales y licencias al actor, por enfermedad general desde el 19 de mayo de 2014 al 07 de junio de 2014, para un total de 20 días autorizados (fls. 389, 396-397)

-La E.P.S. SANITAS, mediante oficio LM1DG-62156-17 de 19 de noviembre de 2017, informa al Despacho que el señor Julio Roberto Sánchez Hernández utilizó los siguientes servicios: ecografía de tiroides con transductor de 7 MHZ o más (6/10/17); consultas por primera vez por las especialidades de: neumología (31/10/16), otorrinolaringología (05/04/16 y 26/08/15) y medicina nuclear Palermo OSI S A S NO POS (16/02/15), igualmente adjuntó, la respectiva prueba documental en 41 folios (fls. 312-354).

Así las cosas, de las pruebas obrantes en el expediente, quedó demostrado que al actor se diagnosticó "Nódulo sólido de las características descritas en el lóbulo derecho", así mismo, obra historia clínica de la cirugía oncológica, citología de líquidos tiroides -BACAF- de fecha 3 de abril de 2014, con el siguiente resultado; "GLANDULA TIROIDES, NODULO LOBULO DERECHO; BACAF: -CATEGORÍA BETHESDA VI. MALIGNO. -COMPATIBLE CON CARCINOMA PAPILAR DE TIROIDES"; una condición catalogada como enfermedad huérfana, diagnóstico que implica cuidados y medicación constante, máxime cuando el 24 de octubre de 2014 la E.P.S SANITAS, en valoración realizada le ordenó medicamentos, exámenes, interconsulta por medicina nuclear y lo postuló como candidato a terapia de yodo⁴⁰

Es decir, que durante la ejecución del contrato suscrito entre el departamento de Boyacá y el actor, en el primer semestre del año 2014, fue el momento en el que se le diagnosticó **cáncer de tiroides**, situación que conllevó a practicarle una cirugía que lo incapacitó por el término de 20 días (fl. 102 y 310), igualmente, dada la complejidad de la enfermedad detectada, en el segundo semestre de esa misma anualidad continuó con su tratamiento,

³⁹ Folios 114-116

⁴⁰ Folios 114-116

controles, circunstancias que subsistieron aún con posterioridad al año 2014, tal como lo corroborara la historia clínica.

Así las cosas, al acreditarse que el actor durante la ejecución del contrato de prestación de servicios suscrito con el departamento, le fue diagnosticado cáncer, esta situación particular y especialísima es suficiente para que esta instancia considere al accionante como sujeto de especial protección constitucional por su estado de salud y, por lo tanto, sujeto de la protección reforzada.

Argumentando lo anterior, se citará la sentencia **T-376 de 15 de julio de 2016**, en la cual la Corte Constitucional, realizó reiteración jurisprudencial, respecto de la protección en el empleo de las personas con cáncer, de la siguiente manera:

"Los enfermos de cáncer cuentan con una especial protección constitucional que busca garantizar la continuidad en su tratamiento de salud. Además, la estabilidad laboral reforzada se ha reconocido con el fin de dotar de efectividad a los derechos otorgados a esta población y en general, a cualquier trabajador con una disminución física, sensorial o psíquica.

{...}

La Corte Constitucional se ha referido en distintas oportunidades a la protección especial de las personas con cáncer en temas de salud, con fundamento en el artículo 13 de la Constitución, que exige de las entidades del Estado una protección más amplia a favor de las personas en estado de debilidad manifiesta⁴¹. Esta circunstancia se ha proyectado, entre otras, en dos esferas: (i) la flexibilización de los requisitos de procedencia de la acción de tutela⁴² y (ii) la protección en el empleo de las personas con cáncer.

De manera especial, esta Corporación ha destacado la importancia de la no interrupción del tratamiento de las personas que sufren esta enfermedad. Sobre el particular ha señalado:

"[f]ratándose de sujetos de especial protección con afecciones de salud, la continuidad en la atención médica cobra vertebral trascendencia como quiera que desatender dicho principio compromete peligrosamente la eficacia en el goce de sus derechos fundamentales. Por tanto, el Estado tiene en tales casos una obligación reforzada en virtud de diversos preceptos constitucionales, como el artículo 2 que consagra la efectividad de los derechos y el cumplimiento de los deberes sociales del Estado como fines esenciales a este, el artículo 13 que prescribe el imperativo de protección para las personas en estado de debilidad manifiesta, y el artículo 49 que define la salud como un servicio público a cargo del Estado que lo conmina a garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud"⁴³.

Asimismo, a partir del derecho constitucional al trabajo y de la protección especial derivada del inciso 3° del artículo 13 a favor de las personas en estado de debilidad manifiesta, la Corte Constitucional ha desarrollado la estabilidad laboral reforzada en el empleo de los sujetos que por su condición de salud, se encuentren en una posición de desventaja respecto de la generalidad de personas, entre las que se incluyen las personas con cáncer.

El fundamento internacional de esta protección ha encontrado apoyo, entre otras disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en el numeral 1 del artículo 3° de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación⁴⁴ y el

⁴¹ En la Sentencia T-648/15 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) se indicó frente a este tema que: "(...) en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela./Lo anterior cobra mayor importancia cuando se trata de sujetos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, como es el caso de los niños, las personas de la tercera edad, quienes sufren de enfermedades catastróficas, entre otras, como por ejemplo, todo tipo de cáncer, y también sujetos que padecen algún tipo de discapacidad: puesto que, sumado a la prestación de un servicio de calidad y un tratamiento eficiente e integral para la enfermedad que se padezca, estos merecen una especial protección por parte del Estado". Por su parte, en la Sentencia T-142/16 (M.P. Alejandro Linares Cantillo) se afirmó que la Corte Constitucional al estudiar distintos casos ha considerado que por la gravedad, la complejidad y la magnitud del cáncer, las personas que lo sufren gozan de una especial protección constitucional.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia T-081/16 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia T-029/16 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

⁴⁴ El literal 1° del artículo 13 de esta Convención que fue aprobada mediante la Ley 1346 de 2009 que indica: "Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a: 1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa: a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las

literal a) del numeral 1° del artículo 27 de la Convención de la Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴⁵, éste último que al respecto preceptuó que:

“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables (...).”

Al analizar la vinculación laboral entre particulares, la Corte Constitucional ha determinado que“(...) la relación empleador – empleado, denota un conjunto de obligaciones recíprocas que no sólo tienen el propósito de aumentar la productividad, ya sea en términos económicos o de eficiencia en los procesos, sino que fomentan la solidaridad”⁴⁶. Con mayor razón, si en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997⁴⁷ se prescribe que (i) en ningún caso la discapacidad podrá obstaculizar la vinculación de una persona, a menos que se demuestre una incompatibilidad insuperable en el cargo que va a desempeñar; (ii) ninguna persona en este estado de discapacidad podrá ser retirada del servicio por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo⁴⁸; y (iii) en todo caso, quien fuere despedida omitiendo el cumplimiento de esta autorización tendrá derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiera lugar.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 fue demandado argumentando que establecía el pago de una indemnización como una opción para que el empleador pudiera despedir a un trabajador en condición de discapacidad, aun sin la autorización del Ministerio de Trabajo. La Corte Constitucional en Sentencia C-531 de 2000⁴⁹ la declaró exequible “(...) bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria”. Además, como así se advirtió en esta providencia, la indemnización contenida en dicho artículo es adicional a la de la normativa sustantiva laboral.

Conforme a lo expuesto, existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada a favor de las personas que por sus circunstancias físicas, sensoriales o psicológicas están en condiciones de debilidad manifiesta en aras de evitar actos discriminatorios en su contra. Entre los sujetos a quienes se les debe garantizar este tipo de estabilidad en el empleo se encuentran las personas con cáncer. Al respecto, en la Sentencia T-185 de 2016⁵⁰, que estudió la acción de tutela presentada por una trabajadora dedicada al servicio doméstico, que había estado vinculada con un empleador durante veintiséis (26) años y a quien se le terminó su contrato laboral, se concluyó que este derecho se predica de la persona que padezca de serios problemas de salud a pesar de no existir un derecho fundamental a permanecer en el trabajo “(...) es decir, que el empleador no está abligado a mantener a un empleado de manera perpetua en el cargo que desarrolla, ello no significa que la terminación del contrato de

comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración;

b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad;

c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad; y

d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo”. Asimismo, es necesario indicar que esta Convención y su ley aprobatoria fueron declaradas exequibles mediante la sentencia C-401/03 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

⁴⁵ Esta convención fue aprobada e incorporada al derecho interno mediante la Ley 1346 de 2009 y fue declarada exequible por la Sentencia C-293 /10 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-594/15 (Luis Ernesto Vargas Silva).

⁴⁷ “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”.

⁴⁸ Esta disposición fue modificada por el artículo 137 del Decreto Ley 19 de 2012, que determinó que no se requería autorización del Ministerio de Trabajo cuando el trabajador en estado de discapacidad incurra en una de las causales de justa causa para dar por terminado el trabajo. Sin embargo, mediante Sentencia C-744/2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) se declaró la inexecutable de este decreto con fuerza de ley.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-531/00 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-185/16 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

trabajo de una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad manifiesta pueda realizarse de forma arbitraria"⁵¹.

Finalmente, es necesario advertir que en diferentes sentencias de esta Corporación se ha establecido un **sólido precedente sobre la materia. En la Sentencia T-594 de 2015⁵² la Corte sistematizó las reglas jurisprudenciales** relativas a la estabilidad laboral en los siguientes términos:

"(...) (i) la estabilidad en el empleo, constituye una medida que permite que las personas que han sufrido una disminución física en vigencia de un contrato de trabajo, **no sean discriminadas en razón a su estado de salud, asimismo, garantiza que puedan obtener los recursos necesarios para subsistir y asegurar la continuidad del tratamiento médico de la enfermedad que presenta el trabajador.** (ii) Por regla general, la garantía de este derecho debe reclamarse en la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, en forma excepcional, procede la acción de tutela, cuando el trabajador que reclama el amparo, se encuentra en situación de vulnerabilidad **por causa de una disminución física, sensorial o psíquica que afecta el normal desempeño de su actividad laboral.** (iii) Tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada, **todos los trabajadores que presenten alguna disminución física, sensorial o psíquica siempre que el empleador tenga conocimiento de esta circunstancia, y que la desvinculación se hubiere efectuado sin autorización del Ministerio de Trabajo.** (iv) Cuando se produce la desvinculación de un trabajador disminuido física, sensorial o psíquicamente, se presume que el despido tiene relación con el deterioro del estado de salud del trabajador y por lo tanto, corresponde al empleador desvirtuar dicha presunción. (v) En los contratos a término fijo, el vencimiento del plazo pactado, no es una causal que permita el despido de un trabajador que presenta alguna limitación, y por lo tanto, el empleador que decida desvincularlo en esa condición, solo podrá hacerlo si existe autorización ante Ministerio de Trabajo. En caso de que incumpla esta obligación, el empleador deberá pagar una indemnización equivalente a 180 días de salario, sin que esto habilite el despido del trabajador"

(...)" (Negrilla fuera del texto original)

Argumentando lo anterior, debe recordarse que el cáncer, ha sido catalogado por la Resolución 5261 de 1994⁵³ y la Ley 972 de 2005⁵⁴, como una enfermedad catastrófica o ruïnosa, lo cual ha sido ratificado por la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos⁵⁵, clasificación que implica que es una patología que representa alta complejidad técnica en su manejo, alto costo y baja efectividad del tratamiento, es decir, que se trata de un padecimiento devastador e incurable a tal punto que puede llevar a la deficiencia, discapacidad o limitación funcional de las actividades e incluso a la muerte.

Así las cosas, con base en lo anterior, los enfermos de cáncer cuentan con una especial protección constitucional que busca garantizar la continuidad en su tratamiento de salud; máxime cuando, la estabilidad laboral reforzada se ha reconocido con el fin de dotar de efectividad a los derechos otorgados a esta población y en general, a cualquier trabajador con una disminución física, sensorial o psíquica.

En consecuencia, partiendo del presupuesto que el accionante para la época de la terminación del contrato era una persona de especial protección constitucional, situación que no cambió con posterioridad al 2014, se pasarán a analizar los demás elementos, a efectos de determinar si le asistía derecho al actor de que se le renovara el contrato, para lo cual habrá de decirse que, la Corte Constitucional también ha dejado en claro que debe existir un nexo causal entre la condición que consolida la debilidad manifiesta y la desvinculación laboral⁵⁶.

Este presupuesto generalmente requiere un amplio debate probatorio, máxime cuando se trata de un contrato de prestación de servicios donde, en principio, no es necesario pedir permisos para asistir al médico o presentar las incapacidades al supervisor del contrato.

⁵¹ Ibídem.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia T-594/15 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁵³ Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Arts. 17 y 117.

⁵⁴ Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruïnosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida.

⁵⁵ Ver sentencias T-974 de 2000, T-805 de 2013, T-081 de 2016 y T-369 de 2016, entre otras.

⁵⁶ Sentencia T-826 de 1999.

En materia probatoria la Corte ha establecido que los casos de los trabajadores que se encuentren en situación de vulnerabilidad por padecer algún tipo de limitación física que les impida ejercer sus actividades, "recae sobre el empleador una "presunción de despido sin justa causa". Esto implica que se invierte la carga de la prueba y por tanto, el empleador debe demostrar que existen causales objetivas y razonables para que el vínculo laboral se haya quebrantado. En consecuencia, el empleador debe demostrar que el motivo del despido no fue la limitación física del empleado".

Por lo anterior, el empleador deberá demostrar que existen causas objetivas para poder efectuar la terminación del contrato. Estas causas deberán demostrar que la razón para terminar es diferente a las limitaciones físicas o psíquicas que pueda padecer el afectado.

Haciendo una aplicación analógica de la norma, en los casos de prestación de servicios, es la entidad contratista la encargada de demostrar una causal objetiva **para decidir la no prórroga del contrato**, la cual, por recaer sobre un sujeto de especial protección constitucional, **no se puede limitar al cumplimiento del término**.

En este aspecto vale la pena destacar que, el departamento de Boyacá expone dos argumentos para desvirtuar la discriminación: (i) que no tenía conocimiento de la enfermedad del accionante; y (ii) que no tenía la obligación de contratarlo nuevamente.

2. Que el empleador tenga conocimiento de la enfermedad que padecía el actor.

En ese orden de ideas, se reitera, que el demandante en el año 2014, se le diagnosticó "carcinoma Papilar de Tiroides"⁵⁷, lo que originó que se le realizara el 19 de mayo de 2014 el procedimiento denominado "tiroidectomía total más vaciamiento gangliolar"⁵⁸; que le generó una incapacidad del 19 de mayo al 19 de junio de esa anualidad⁵⁹. Con posterioridad a dicha intervención el paciente debió someterse a múltiples valoraciones, exámenes y controles post-operatorios tal como se evidencia en su historia clínica⁶⁰ y que en la última valoración ante la EPS "Sanitas" el 24 de octubre de dicha anualidad, se le solicitó interconsulta a medicina nuclear "Endocrinología" por tratarse de un paciente con cáncer tiroideo candidato a terapia con yodo⁶¹.

En este orden de ideas concluye esta instancia, por el diagnóstico del paciente, que la entidad debía conocer o por lo menos sospechar que el demandante estaba atravesando por un estado de salud complicado que generaba la ausencia en la ejecución de sus labores como contratista; por lo que la defensa que hace el departamento de no conocer el estado de salud del demandante, resulta cuestionable en tanto que existen otros elementos probatorios dentro del expediente que dan cuenta que ésta si tuvo conocimiento de la enfermedad.

En primer lugar, se dirá que, existe prueba documental en la que se evidencia que a través de correo electrónico enviado el 17 de mayo de 2017, el señor Julio Roberto Sánchez Hernández, le comunica al señor Manuel Medina, lo siguiente:

*"Mi estimado dr manuel medina
Me permito **recordarle que el día lunes 19 de mayo me realizan la cirugía para evitar la diseminación del cáncer papilar maligno de tiroides que en este momento tengo.**
Agradezco su invitación pero por esos motivos anteriormente expuestos no puedo asistir pero día jueves a todos mis compañeros de nodos hice llegar la información solicitada.
Agradezco su atención y comprensión (SIC)*

*Julio Roberto Sánchez Hernández
Médico Veterinario Zootecnista
SESALUD
Enviado desde mi teléfono Nokia
Para su conocimiento, envío adjunto la initacion (SIC) al del consejo de zoonosis del próximo lunes 29." (fls. 69-70) (Negrilla fuera de texto original)*

⁵⁷ Historia clínica folio 95

⁵⁸ Historia clínica folio 97

⁵⁹ Historia clínica folio 102

⁶⁰ Folios 71-149

⁶¹ Folio 116

Ahora bien, dentro de las pruebas testimoniales encontramos el rendido el 15 de enero de 2018, por la médica veterinaria, **Ángela Lizeth Álvarez Niño**, quien fue compañera de trabajo en el departamento (minutos 11:15 a 44:25 cd obrante a folio 368):

"PREGUNTADO: qué sabe usted doctora Ángela con relación al estado de salud del doctor Julio Roberto Sánchez Hernández. **CONTESTO:** tenía entendido que tenía un problema de tiroides, por los síntomas que él presentaba, porque toma mucho líquido pero adicionalmente soy médica veterinaria y los animalitos también presentan esos inconvenientes, alguna vez nos pusimos a hablar con él que porque sudaba tanto en tierra caliente que porque esa deshidratación y todo por el estilo y la fatiga la caída de pelo y él me comentó que sufría de tiroides (...)" **PREGUNTADO:** Sabe si ese estado de salud era de conocimiento por parte del departamento de Boyacá y de las directivas del departamento Boyacá. **CONTESTO:** **tengo conocimiento que en una ocasión el doctor tenía unas radiografías en Bogotá y pidió permiso por determinado tiempo del doctor Manuel"** (negrilla fuera de texto original)

Recepción de testimonio, rendido el 17 de abril de 2018, por **Liceth Dalila Rodríguez Cubides**, quien laboró con el actor (minutos 32:30 cd obrante a folio 400):

"PREGUNTADO: conoce usted acerca del estado de estado de salud del doctor Julio Roberto Sánchez para el mes de diciembre del año 2014. **CONTESTO:** pues yo cuando estuve hablando con él me comentó que tenía un problema en salud relacionado con la parte de la tiroides, él estaba en tratamiento, estaba tomando medicamentos, cuando estuvimos vacunando siempre tuvo sus problemas de salud incluso una semana él no pudo venir a trabajar porque estaba incapacitado, entonces no pudo venir a cumplir las funciones de trabajar porque tenía un problema de tiroides, más adelante me enteré que era como una especie de cáncer de tiroides, después de que estuvimos hablando después de la vacunación pues ahí no sé si estuvo en tratamiento y de ahí pues ya dejamos de hablar un poco sobre el tema. **PREGUNTADO:** en el transcurso de los meses que usted dice que compartió laboralmente con él demandante, usted recuerda si él se ausentó de trabajar o de cumplir con sus actividades contractuales en ese período que usted me dice que tuvo contacto con él. **CONTESTO:** pues si no estoy mal fue para el mes de diciembre, él ya se venía presentado enfermo y venía tomando unos medicamentos, en una semana que teníamos de vacunar él se ausentó y avisó que estaba enfermo y después a la siguiente semana retornó trayendo tanto la excusa como de que estaba incapacitado por la parte de la enfermedad al que era supervisor coordinador que era el momento el doctor Yesid y pues ahí fue esa semana que se ausentó porque se encontraba estaba enfermo, sí eso fue lo que yo estuve trabajando con el que fue noviembre y noviembre parte de noviembre y diciembre."

Testimonio rendido el 17 de abril de 2018, por **Manuel Alfonso Medina Camargo**, de profesión médico veterinario, ocupación funcionario de la gobernación de Boyacá en la secretaría de salud desde el año 2010 (minuto 1:11:33 cd obrante a folio 400):

"PREGUNTADO: usted podría decirle a la audiencia si tuvo conocimiento de la enfermedad que padecía en él en ese entonces en el último año de prestación de servicios del doctor Julio Roberto Sánchez Hernández, el padecimiento que él tuvo de una enfermedad. **CONTESTO:** sí, digamos que a manera comentario directamente por él que me lo hizo, me lo hizo en una oportunidad, me comentó que tenía algún inconveniente, para lo cual en algún momento pues uno como supervisor dice bueno cómo está la situación contractual y todo eso, pero en ningún momento desde el punto de vista legal, me fue como supervisor notificado ningún tipo de enfermedad, que él tuviera en el sentido, de que para efectos contractuales normalmente que hace uno si, uno ve que no se puede cumplir el objeto de contrato la labor de supervisión es en algún momento pues tomar alguna determinación, algo pero nunca fui notificado de eso, nunca notificado que estaba enfermo, **si me lo comentó alguna vez de hecho en alguna oportunidad que, que me comentó que tenía que hacerle algún tipo de cirugía él me sugirió que él continuaría cumpliendo con las actividades del contrato para ese mes y le dije que eso iba a ser cuestión de unos días pues como no cumplía horario ni nada de ese tipo de cosas ni tenía que ser actividades de él presenciales pues desde que cumpla con la actividades del contrato, en eso se le colaboró**, en ese momento, pero después yo no tenía no no tuve ni conocimiento ni la historia clínica ni de un tipo de incapacidad ni me fue notificado ningún tipo de acción médica que pudiera en su momento dado haber intervenido con las acciones del contrato, me lo dijo así formalmente y en ese momento pues no, como le digo lo que tenía que cumplir una serie de actividades me dijo expresamente que las podía cumplir y que no interfería con las actividades que podía hacer el contrato pero no tengo nada oficial ni ninguna ninguna, ni como supervisor se me informó de acuerdo como está estipulado legalmente este tipo de padecimiento que tenía Julio Roberto. **PREGUNTADO:** usted recuerda si de pronto esas ausencias por motivos de citas médicas o cirugías o cualquier tratamiento, al

que seguramente se vio sometido el demandante tuvo alguna afectó a las actividades del objeto contractual en el sentido de que usted explica que viajaban se tenían que trasladar a otras de otros municipios del departamento de pronto usted recuerda si esas ausencias del demandante incidieron pues para esos viajes. **CONTESTO:** no no igual las ausencias no incidieron directamente en la ejecución de las actividades el contrato de hecho se dio liquidación de acuerdo a los soportes presentados me acuerdo una vez que de hecho y de hecho por eso también denota la no exigencia directa desde la permanencia de hecho algunas es por ahí con algunas personas me enviaba la cuenta unos compañeros para yo revisar con sus soportes pero no afectó directamente las relaciones la parte de ejecución de actividades del contrato de hecho pues no sé requería la presencia de él de manera permanente simplemente pues cumpliera esas actividades y eso fue lo que él en su momento pues logró demostrar con los soportes que se realizó, pero como te digo no sé cómo les digo yo a ustedes yo no que no conocí de manera directa ningún tipo de incapacidad como es debido, ningún tipo de manifestación por parte del doctor Julio Roberto en el sentido de que podía estar incapacitado para desarrollar una u otra actividad ni tampoco para trasladarse a la zona asignadas en la ejecución de esas actividades. **PREGUNTADO:** usted sabe o le costa si existió algún tipo de presión, digamos que se pudieron haber materializado con amenazas o de liquidación del contrato o de presiones indebidas dice el demandante respecto de algún funcionario el departamento con ocasión de la enfermedad que padecía el demandante. **CONTESTO:** no, de ninguna manera, todo lo contrario en el curso digamos cuando lo manifestó de manera oral todo lo contrario, yo le voy a hablar yo como supervisor por qué no se haga lo que yo sé como supervisor lo único que se realizó en ese en ese en ese sentido fue la colaboración una persona que tiene en algún momento un tipo de padecimiento que yo como supervisor lo que hice fue precisamente se le colaboró muchísimo en ese sentido el me lo manifestó como les digo no tengo nada concreto por escrito de una cirugía que realizar un determinado momento pero no se ejerció ningún tipo de presión ningún tipo de como dijiste una expresión de otra amenazas ni más faltaba entonces sí me gustaría conocer las pruebas al respecto. **PREGUNTADO:** usted supo como supervisor mientras el demandante prestó sus servicios al departamento que padecía de cáncer de tiroides?. **CONTESTO:** no, nunca si sabía que tenía una, él me dijo que le iban a tomar unas muestras de la tiroides diciendo que tenía un, en alguna oportunidad creo que, si alcance a escuchar la palabra cáncer, pero como ratificó nunca me fue manifestado ni conocí la historia clínica ni tampoco me fue presentado ningún tipo de manifestación diciendo que esto le imposibilitaba realizar las acciones nunca, nunca se realizó de esa manera de hecho continuo común y corriente"

Interrogatorio de parte, rendido el 15 de enero de 2018, por el señor **Julio Roberto Sánchez Hernández**, (minutos 1:37:00 a 2:20:53 cd obrante a folio 368):

" (...) **PREGUNTADO:** usted podría decirme si la cirugía o el tratamiento, eh no sé cuál será el nombre correcto al que usted hace alusión de que le extrajeron una glándula de su organismo, ese tratamiento ese procedimiento se lo hicieron dentro, durante la ejecución de sus contratos suscritos con la gobernación. **CONTESTO:** sí señora. **PREGUNTADO:** y usted cuántos días se ausentó desde que le practicaron ese procedimiento. **CONTESTO:** me ausente 3 días 4 días recuerdo que la cirugía fue el miércoles por la noche el jueves hospitalizado viernes hospitalizado sábado hospitalizado el lunes me presente a la secretaria de salud y la respuesta fue luego usted no se había muerto. **PREGUNTADO:** y usted sabía que para ausentarse el cumplimiento de las labores o mejor de las funciones encomendadas en las órdenes de prestación de servicio debía solicitar la suspensión de contrato o usted como en ese momento consideró manejar esa ausencia en el cumplimiento de las labores. **CONTESTO:** yo traté de no ausentarme, yo, yo pienso que el jueves y el viernes que me ausenté nadie lo notó **pero yo ya lo había yo ya lo había expuesto tanto a compañeros a varios compañeros ya les había comentado, a mi jefe directo que era el doctor Manuel Medina y al secretario de salud ya les había comentado eso.** **PREGUNTADO:** usted recuerda que digamos, esa ausencia respecto de las actividades que usted está mencionando tuvo incidencia en la liquidación de su contrato, o en el pago de ese mes, de sus honorarios. **CONTESTO:** sí, porque me tocó pedirle a varias personas que fueran intercedieran por mí, para que o sea yo presentaba algunas actividades y fueron dijeron que por favor que por que no me firmaban mi acta para el pago, para poderlo radicar en la Gobernación, porque pues si no había firma del jefe pues no me pagaban mi sueldo. **PREGUNTADO:** ¿Pero le pagaron? **CONTESTO:** sí, si me lo pagaron, pero después de dos semanas más o menos, si no estoy mal, no recuerdo bien la fecha exacta (...). **PREGUNTADO:** es decir, don Julio Roberto que usted nunca solicitó la suspensión del contrato para ocuparse de su diagnóstico. **CONTESTO:** no, desafortunadamente yo tengo dos hijas, en ese momento tenía una hija que tenía 7 años y mi esposa estaba embarazada, (...) no podía dejar de trabajar porque no podía dejar de proveer a mi familia de su sustento diario, así yo estuviera en esa situación. **PREGUNTADO:** cuál era el tipo de colaboración que quería que el Departamento del brindara ante esa situación para no haber suspendido su tratamiento para efectos de garantizar su estado de salud y pues su ingresos, pues lo que le digo, digamos que ante una situación normal pues no pasó nada pero que era lo que usted esperaba del Departamento

pues el Departamento no le negó una solicitud de suspensión del contrato porque no lo hizo, usted siguió laborando a usted le siguieron pagando sus honorarios, que era lo que usted quería a efectos de que usted dijera si el departamento me está colaborando o el departamento me está negando un derecho a eso me refiero don Julio Roberto. **CONTESTO:** pues yo esperaba que el departamento se pusiera en mi posición en cuanto a mi enfermedad, me permitiera desarrollar mis actividades en la forma en la que venía desarrollando o que tuviera en cuenta la limitación que estaba teniendo, dejándome trabajar. **PREGUNTADO:** ¿le suspendió algún contrato? **CONTESTO:** no.

De la pruebas documental y testimonial citada es evidente que el actor si puso en conocimiento de la entidad su diagnóstico de cáncer, no solo por los múltiples comentarios que le realizó al supervisor del contrato el señor Manuel Medina, sino por el mensaje de datos enviado al mismo supervisor, el cual reconoce en su declaración que tuvo conocimiento pero no de manera formal; adicional a que el testigo reconoce que era ante el supervisor a quien se le debía poner en conocimiento tal situación:

"(...)

PREGUNTADO: doctor usted como supervisor del contrato que desarrollaba el señor Julio Roberto Sánchez, a usted digamos en el evento de alguna incapacidad laboral o que sea imposible seguir con la ejecución del contrato, es a usted directamente a quién le tienen que pasar esa información, es decir si el señor Julio Roberto hubiese querido pasar al presentar algún tipo incapacidad a quién le correspondía presentar esa solicitud o esa manifestación. **CONTESTO:** sí, los actos administrativos relacionados en un momento dado con la suspensión del contrato temporal o definitiva tiene que ser al supervisor, porque yo soy el que digamos hago parte del acta que se suscriben esa determinada suspensión y entonces directamente la gobernación establece que al supervisor y nosotros pues ya también tendría que darle trámite ya a toda la parte de contratación simplemente radicar un acta sustentada en el momento que por x o y razón un contratista no pueda cumplir en cierta forma las actividades claro que tendría que haber el supervisor tomado, el tener conocimiento de primera medida para los actos administrativos correspondientes"⁶²

En ese orden de ideas, partiendo de la base que el supervisor del contrato tuvo conocimiento de la enfermedad del actor, procede el Despacho a analizar si esta comunicación y el hecho de que el supervisor en la declaración aceptara tener conocimiento de manera informal del padecimiento del demandante, es suficiente para entender que el departamento tuvo conocimiento de su enfermedad y por ende poder concluir que la terminación del contrato de prestación de servicios no fue objetiva.

En este aspecto vale la pena citar la sentencia **T-029 de 5 de febrero de 2016**, en la cual la Corte Constitucional indicó:

"Ahora bien: esta Corte ha indicado que para reprocharle al empleador una actitud discriminatoria frente al trabajador que posee alguna limitación, es necesario partir del supuesto de que aquel está al tanto de la afección de que se trata:

"Es forzoso que el empleador conozca la discapacidad del trabajador como instrumento de protección de la seguridad jurídica. Esto evade el hecho de que posteriormente en la jurisdicción se asuma intempestivamente que el trabajador es discapacitado y se le impongan al empleador diversas obligaciones que no preveía, debido a su desconocimiento de la discapacidad. Ahora bien, este deber del trabajador de informar no está sometido a ninguna formalidad en la legislación actual, de modo que atropellaría la Sala el artículo 84 constitucional si impone vía jurisprudencia algún requisito formal para efectos del ejercicio de los derechos que se desprenden de la discapacidad. De tal suerte que el deber de informar puede concretarse con la historia clínica, con frecuentes incapacidades e, incluso, con la realidad cuando ella es apta para dar cuenta de la discapacidad, en concordancia con el principio de primacía de la realidad sobre las formas."⁶³

No obstante, mediante sentencia de unificación, la Corte estableció que la protección constitucional reforzada no depende del conocimiento del empleador, como quiera que la circunstancia que da lugar a esa forma especial de amparo es un hecho objetivo. Así, el conocimiento del empleador será determinante para fijar el grado de protección, más no la protección misma. Si bien en esa oportunidad el análisis se contrajo al caso de las mujeres

⁶² Recepción de testimonio, rendido el 17 de abril de 2018, por **Manuel Alfonso Medina Camargo**, de profesión médico veterinario, ocupación funcionario de la gobernación de Boyacá en la secretaría de salud desde el año 2010 (minuto 1:11:33 cd obrante a folio 400);

⁶³ Sentencia T-148 de 2012, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez

embarazadas, resulta pertinente trasplantar por igualdad aquellos argumentos al caso de las personas con algún padecimiento físico o sensorial, dado que se encuentran en el mismo riesgo de discriminación basada en su condición:

"Lo primero que debe precisar la Corte, siguiendo la jurisprudencia constitucional y los apartados precedentes de esta sentencia, es que el conocimiento del embarazo de la trabajadora no es requisito para establecer si existe o no protección, sino para determinar el grado de la protección.

"Así, el conocimiento del embarazo por parte del empleador da lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende en un factor de discriminación en razón del sexo. Por otra parte, la falta de conocimiento, dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido."⁶⁴

Llegado este punto, es pertinente recordar que la evolución de la jurisprudencia ha logrado extender el amparo de la estabilidad laboral reforzada a las personas que sufren algún tipo de enfermedad, aunque la misma no sea considerada estrictamente como una discapacidad, así como a quienes que se hallan convalecientes o con una incapacidad temporal, habida cuenta de que, también en estos casos, los trabajadores están situados en una circunstancia de debilidad manifiesta que amerita protección constitucional:

"La concepción amplia del término "limitación" ha sido acogida mayoritariamente por la jurisprudencia reciente de esta Corporación en el sentido de hacer extensiva la protección señalada en la Ley 361 de 1997 a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez.

"(...)

"En este orden de ideas, la Corte Constitucional también ha sido enfática en señalar que toda persona que se encuentre en una situación de debilidad manifiesta como resultado del padecimiento de una enfermedad y sin importar el tipo de relación laboral existente, "tiene derecho a que se le garantice la estabilidad laboral reforzada por estar en una condición de debilidad manifiesta. Par tanto, el empleador podrá únicamente mediante autorización del Inspector de trabajo y por una justa causa objetiva, desvincular al trabajador que presente una disminución física o psíquica en su organismo (Sentencia T-490 de 2010)". Es claro entonces que la protección con que cuenta este grupo de personas es relativa y no absoluta, ya que, como se acaba de mencionar, cuando el trabajador incurra en una justa causa de terminación unilateral del contrato, el empleador puede tramitar la autorización de despido ante el respectivo inspector.

"Es de concluir, entonces, que los trabajadores que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta e indefensión por la afectación en su estado de salud tienen derecho al reconocimiento de una estabilidad laboral reforzada, con independencia de (i) el vínculo contractual adoptado por las partes y; (ii) que su condición haya sido certificada como discapacidad por el organismo correspondiente. En virtud de ello detentan el derecho a permanecer en su cargo hasta tanto se configure una causal objetiva que extinga la relación laboral, circunstancia que de todas formas debe ser verificada y autorizada por el inspector del trabajo. Igualmente, tendrá derecho al pago de la indemnización contemplado en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en el evento en que la desvinculación laboral se produzca sin la autorización de la autoridad competente".⁶⁵ (Negrilla fuera del texto original)

Corolario de lo expuesto hasta este momento es que los trabajadores que se hallan en una situación de indefensión o debilidad manifiesta, ya sea por una discapacidad calificada como tal, ora por una mengua en su salud, están abrigados por la Constitución a través la figura de estabilidad laboral reforzada, como consecuencia del hecho objetivo que es la enfermedad. **Ello descarta que la protección desaparezca ante el desconocimiento del empleador respecto de la dolencia, pero además proscribire que el patrono conector de dicha condición extinga el vínculo laboral, sin mediar para el efecto el permiso concedido por la autoridad de trabajo correspondiente"** (Negrilla fuera de texto original).

Ahondando en razones, respecto del valor probatorio de los medios que pueden servir para dar convicción al empleador de la enfermedad que padecía el trabajador, se dispuso en sentencia T-589 de 21 de septiembre de 2017, lo siguiente:

"(...)

La Sala considera que la Fundación Acción Social Integral, en su condición de empleador, tiene todos los elementos probatorios a su disposición para desvirtuar lo afirmado por la accionante,

⁶⁴ Sentencia SU-070 de 2013, M.P.: Alexei Julio Estrada

⁶⁵ Sentencia T-633 de 2011, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio

pese a ella, simplemente indicó que no le fue informada la enfermedad padecida por la señora Acosta. No basta entonces que se haya limitado a afirmar que no le consta la situación de salud en que se encontraba la accionante al momento de terminación del contrato por duración de la obra, para desvirtuar lo afirmado por la señora Ludys Acosta Galvis en la acción de tutela.

Adicionalmente, llama la atención de la Corte que el empleador no haya advertido la ausencia de la accionante en el desarrollo de sus labores, pues su vinculación laboral obedecía a un contrato de trabajo, en el que, como es sabido, la prestación personal del servicio es uno de los elementos esenciales⁶⁶.

Por su parte, con ocasión del requerimiento realizado por esta Corporación, mediante auto del 19 de julio de 2017, la señora Ludys Acosta Galvis remitió un documento ampliando la información relativa al conocimiento del empleador sobre su estado de salud. En este señaló que cuando le dieron la incapacidad de 60 días, se dirigió a la Fundación Acción Social Integral para informar sobre los resultados arrojados en la biopsia y la consecuente incapacidad. Sin embargo, la persona encargada no le recibió la constancia de la incapacidad, y le indicó que pese a su estado de salud podía seguir desarrollando sus labores con normalidad, pues "si fuera una pierna me ayudarían pero que como lo mío era una enfermedad entonces no"^{67, 68}

En virtud de lo anterior, los elementos probatorios con que cuenta la Sala para establecer el conocimiento por parte de la entidad accionada sobre la situación particular de la accionante, son: (i) las afirmaciones realizadas por la accionante y (ii) la contestación a la acción de tutela, en la cual el representante legal señaló que lo señora Acosta en ningún momento le notificó sobre sus padecimientos de salud. En dicho escrito, adujo que fue mediante esta acción de tutela como se enteraron del cáncer de mama que le había sido diagnosticado.

De lo expuesto hasta este punto, aunada a la afirmación realizada por la accionante⁶⁹, y a los acontecimientos acaecidos en el transcurso del contrato (Biopsia realizada el 21 de julio, incapacidad de 60 días (desde el 21 de julio hasta el 21 de septiembre de 2016) y una mastectomía radical modificada del 8 de agosto de 2016), la Sala Octava de Revisión concluye que la Fundación Acción Social Integral conocía la situación de salud de la accionante⁷⁰. **Esta conclusión se sustenta en la libertad probatoria que rige este asunto, en cuanto no existe una tarifa legal para acreditar que el empleador conocía la enfermedad del empleado. Por lo tanto, se concluye que "la adquisición de ese saber se demuestra con cualquier medio de convicción, y el juez debe analizar todo el acervo probatorio para concluir si el patrono conocía de la discapacidad de su empleado en el evento que decida de despedirlo" (Negrilla fuera de texto original)**

⁶⁶ Código Sustantivo del Trabajo. **Artículo 23. Elementos Esenciales.** Subrogado por el art. 1, Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: "1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a. **La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;** b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; c. Un salario como retribución del servicio. 2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen". (Negrilla fuera del texto original)

⁶⁷ Folio 22 del cuaderno de revisión.

⁶⁸ Por mandato de la Constitución, tratándose de la protección y aplicación de los derechos, las actuaciones de los particulares se presumen ceñidas a los postulados de la buena fe. Por este motivo, cuando una persona acude al juez constitucional buscando la protección de sus derechos fundamentales se encuentra respaldada por la presunción de veracidad (art. 83 C.P.).

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ En este sentido, en la Sentencia T-447 de 2013 señaló que "la Corte ha exigido que el empleador debe conocer de la patología que afecta al trabajador, al momento de finalizar la relación laboral. Esta regla tiene excepción en las personas que padecen VIH o SIDA, pues es contrario a la dignidad humana obligarlos a informar sobre el padecimiento de esa enfermedad. Ahora bien, en virtud del principio de igualdad es necesario extender al requisito analizado la libertad probatoria que se estableció en la sentencia SU-070 de 2013 para las mujeres en periodo de gestación frente al conocimiento que debe tener el patrono sobre el embarazo, al momento de la terminación del contrato laboral. La inexistencia de la tarifa legal se desprende de los factores de vulnerabilidad que tiene el interesado para ser considerado una persona con discapacidad. Por lo tanto, se concluye que el empleador debe conocer de la enfermedad que aqueja al empleado. Sin embargo, la adquisición de ese saber se demuestra con cualquier medio de convicción, y el juez debe analizar todo el acervo probatorio para concluir si el patrono conocía de la discapacidad de su empleado en el evento que decida de despedirlo".

Con base en lo expuesto, no es de recibo para esta instancia que el departamento afirme que no le haya sido notificado formalmente del cáncer que padecía el demandante en tanto que de acuerdo a las sub reglas de la Corte Constitucional solo se exige que el sujeto de especial protección, por cualquier medio, le informe de sobre su estado de salud, tal como ocurrió en el sub lite en tanto que el señor Julio Roberto Sánchez, no solo le envió mensaje de datos al supervisor de su contrato informándole del padecimiento de cáncer y la intervención quirúrgica que le iban a practicar, sino que además frente a sus compañeros de trabajo resultaba ser un hecho casi notorio.

Ahora bien, atendiendo la gravedad de la enfermedad del cáncer la cual se considera como una enfermedad huérfana, la entidad debió preocuparse por corroborar dicha situación a efectos de brindarle la protección que este requería, no obstante la entidad no desplegó actuación alguna, tendiente a verificar de la situación real y actual del estado de salud en que se encontraba el actor y simplemente esperó a que expirara el término contractual para desvincularlo definitivamente de la entidad desconociendo la situación de calamidad por la que estaba atravesando el demandante.

La actitud asumida por el departamento resulta reprochable por esta instancia judicial, por cuanto se trataba de un sujeto de especial protección constitucional, ya que es de pleno conocimiento que quien padece de cáncer no solo se encuentra en grave estado de salud, sino que, por el mismo requiere la continuidad en la prestación de los servicios médicos para garantizar su tratamiento, situación que no fue tenida en cuenta por la entidad demandada.

Así las cosas, como quiera que la entidad desconoció la patología del actor, su decisión de no renovar el contrato, sin que mediara permiso del inspector de trabajo, resulta ser una decisión arbitraria, convirtiéndose en un acto de discriminación.

De otra parte, el hecho de que el demandante hubiera cumplido con sus actividades dentro del objeto contractual no significaba "per se" que hubiese desaparecido su situación de especial protección constitucional, pues tal como lo manifestó el actor, pese a su estado de salud, trató de cumplir sus obligaciones y de no ausentarse debido a la imperiosa necesidad de conservar su trabajo el cual era el sustento de su familia, motivo por el cual no solicitó suspensión en el contrato.

Por lo anterior, tampoco es de recibo los argumentos del departamento de Boyacá en el sentido de considerar que como el señor Sánchez Hernández venía cumpliendo con las obligaciones contractuales, se entendía que se encontraba en buen estado de salud y que por tal motivo, no solicitó permiso del Ministerio del Trabajo para no renovar el contrato que terminó en diciembre de 2014, lo cual implica que sin mediar un diagnóstico definitivo que pudiera generar o no una estabilidad laboral indiscutible para el actor, decidió simplemente darle el tratamiento de un contratista como cualquier otro, sin protección constitucional, máxime cuando al finalizar esa anualidad el actor continuaba en el tratamiento de su enfermedad.

3. Que el despido se produzca sin autorización del Ministerio del Trabajo

En este aspecto vale la pena destacar que el legislador se ha encargado de desarrollar dicha protección especial mediante la Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación, la cual en su artículo 26 dispone:

"ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, **ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.**

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren." (Negrilla fuera de texto original)

Ahora bien, la anterior disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-531 de 2000⁷¹, al considerar que se trata de una protección del trabajador que sufre de una disminución física, sensorial o síquica, en cuanto impide que ésta se configure per se en causal de despido o de terminación del contrato de trabajo, pues la misma sólo podrá alcanzar dicho efecto, en virtud de la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia T- 589 de 21 de septiembre de 2017, dispuso en cuanto a la autorización del Ministerio del Trabajo:

“
{...}

*A modo de conclusión, en la Sentencia SU-049 de 2017 la Corte sostuvo que cuando las personas contraen una enfermedad o sufren un accidente, que les dificulte el desempeño de sus labores en condiciones regulares, “experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, **los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo**”. (Negrilla fuera de texto original)*

Atendiendo las anteriores consideraciones, este Despacho judicial, no encontró dentro del plenario, prueba que acreditara siquiera sumariamente que la demandada hubiese solicitado la autorización de la Oficina de Trabajo correspondiente, para efectos de no renovar el contrato del señor Julio Roberto Sánchez Hernández a finales del año 2014, requisito que debía agotar, pese a que el vínculo del actor se encuadró en la modalidad de contrato de prestación de servicios y no mediante un contrato de trabajo o relación legal y reglamentaria, al encontrarse protegido por la estabilidad laboral reforzada en razón de la enfermedad catastrófica que padecía y recaía en cabeza de la administración el deber de surtir el procedimiento previsto en la Ley 361 de 1997.

En consecuencia, al omitir dicho procedimiento por parte del departamento de Boyacá, **operó la presunción** atinente a que la no renovación del contrato del actor, **operó sin una justa causa y por ende fue discriminatoria** en razón a sus condiciones de salud, circunstancia que ameritaba que se le trasladara al accionado la carga de la prueba, correspondiéndole a éste, demostrar que el despido no se dio con ocasión de la disminución física sino en virtud de una causal objetiva, lo cual no fue demostrado.

Dicho en otras palabras, al ser la entidad concedora del cáncer que padecía el actor, este en virtud de la estabilidad laboral reforzada de la cual era titular, le otorgaba el derecho a no ser desvinculado en razón de la terminación de la labor para la cual fue contratado, sino en virtud de justa causa debidamente certificada por el Ministerio del Trabajo. No obstante y ante la omisión del departamento de Boyacá, tal hecho acarrea la presunción de despido injusto que implicaba la inversión de la carga de la prueba⁷².

Recuerda este estrado judicial, que el Ministerio del Trabajo ante la solicitud del empleador de autorizar el despido de un sujeto en condiciones de vulnerabilidad, debía verificar la presencia de una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, con ello desvirtuar un acto de discriminación.

⁷¹ M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

⁷² En este sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia T-1083 de 2007 estudio el caso de un trabajador en condiciones de debilidad manifiesta a quien su empleador desvinculó sin autorización de la Oficina del Trabajo. En esta oportunidad, la Corte presumió la discriminación debido a que el trabajador fue desvinculado sin autorización de la oficina del trabajo, y como el empleador no la desvirtuó, le concedió la tutela al peticionario. Al respecto sostuvo: “si el juez constitucional logra establecer que el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona discapacitada se produjo sin previa autorización de la Oficina del Trabajo, deberá presumir que la causa de éste o ésta es la circunstancia de discapacidad que aquel padece y que bien puede haber sobrevenido como consecuencia de la labor desempeñada en desarrollo de la relación laboral. En consecuencia, el juez estará en la obligación de proteger los derechos fundamentales del peticionario, declarando la ineficacia del despido, obligando al empleador a reintegrarlo y de ser necesario reubicarlo, y en caso de no haberse verificado el pago de la indemnización prevista por el inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, deberá igualmente condenar al empleador al pago de la misma”.

Así las cosas, el empleador debía demostrar a la autoridad del trabajo: (i) que el contrato terminó, (ii) que el empleador no contaba con un cargo igual o similar al que venía desempeñando el trabajador en que pueda reubicarlo; (iii) que el empleador hizo todo lo que estaba a su alcance para mantener el vínculo laboral con la persona con la persona que se encuentra en situación de debilidad. Establecidos los anteriores presupuestos, el Ministerio del Trabajo debía autorizar la desvinculación total y definitiva del actor.

4. La desvinculación no obedece a una causal objetiva en tanto las causas que dieron origen a la relación laboral subsisten.

En este aspecto solo bastará decir, que pese a que la entidad invocó como causal objetiva para dar por terminado el vínculo contractual, la finalización del contrato en el cual se desempeñaba el accionante, tal como se ha dicho en párrafos anteriores, no es razón suficiente para no dar continuidad a la relación contractual del demandante, ya que debía mediar la autorización de la autoridad del trabajo, por cuanto, como se ha repetido in extenso en párrafos anteriores, cuando el trabajador se encuentra en situación de debilidad manifiesta, la llegada del plazo de expiración del contrato, no se considera objetiva.

Así las cosas, como el Departamento no solicitó la autorización de la autoridad de trabajo, se activó la **presunción de despido injusto** que debía ser desvirtuada por la entidad, en tanto se trasladaba la carga de la prueba a esta quien debía probar la justa causa para terminar la relación.

Ahora bien, de otra parte, vale la pena destacar que de la testimonial se puede colegir que el objeto contractual para el cual había sido contratado el accionante subsistió con posterioridad al año 2014, veamos:

Testimonio rendido el 17 de abril de 2018, por el señor **Enrique Gamboa Argüello**, quien trabajó con el actor en salud pública como médico veterinario en Moniquirá (minutos 8:30 cd obrante a folio 400):

"PREGUNTADO: don Enrique usted sabe si las funciones del doctor Julio Roberto Sánchez Hernández persisten en todo el quehacer de Estas actividades de ZOONOSIS y todo lo que tiene que ver con el control de los expendios cárnicos con posterioridad del mes de diciembre del año 2014?. CONTESTO: si esas actividades continúan, pero las han venido ejerciendo otros veterinarios, pero sigue cumpliéndose esas mismas actividades"

Testimonio rendido el 17 de abril de 2018, por **Liceth Dalila Rodríguez Cubides**, de profesión médica veterinaria- zootecnista-, quien laboró con el actor (minutos 32:30 cd obrante a folio 400):

"PREGUNTADO: las necesidades del departamento de Boyacá en los temas a los cuales usted ha aludido, zoonosis, vacunación, revisión de los expendios cárnicos, ese tipo de necesidades el departamento de Boyacá, conoce usted persisten con posterioridad al año 2014. ¿Las necesidades del departamento de Boyacá en el cumplimiento de esos quehaceres que se desarrollaban por parte del doctor Julio Roberto Sánchez Hernández en las responsabilidades de zoonosis, vacunación, revisión de expendios cárnicos ese tipo de responsabilidades, se mantienen, o persisten esas necesidades, con posterioridad al año 2014 en el departamento de Boyacá, sabe usted, le consta si esas necesidades persisten con posterioridad diciembre del año 2014? CONTESTO: a mí que me conste si persisten, porque yo en este momento donde me encuentro tengo un almacén veterinario y todos los años nos vienen a hacer revisión por parte de la secretaría salud para ver si cumplimos las funciones legales pertinentes para la venta de medicamentos a las personas, a las personas a los usuarios que son para los animales, entonces sí persisten, además también estuve trabajando en la planta beneficio y también ellos hacían visitas de control a la parte de los expendios de carne de la parte del manejo de los de las personas encargadas de ese proceso, entonces, persisten aparte todas siguen haciendo esas mismas funciones como tal"

Interrogatorio de parte, rendido el 15 de enero de 2018, por el señor **Julio Roberto Sánchez Hernández**, (minutos 1:37:00 a 2:20:53 cd obrante a folio 368):

"(...)

CONTESTO: yo entendí que porque estaba enfermo ellos me sacaban de la secretaría de salud, porque aumentaron la planta y todas las personas que venían trabajando con ellos siguieron con ellos y aumentaron más personas, entonces yo deducí o deduzco que fue por causa de mi enfermedad que ellos hicieron que no continuara con mi labor"

En ese orden de ideas, se advierte de la testimonial, que el contrato del demandante si debía ser renovado no solamente por la condición de sujeto de especial protección constitucional sino porque las labores que venía siendo ejecutadas por el demandante, subsistieron con posterioridad a la terminación de su vínculo contractual en el año 2014. Lo anterior se corrobora con la prueba documental que da cuenta que el accionante venía siendo contratado desde el año 2011 para el desarrollo del mismo objeto contractual. Así las cosas, el departamento de Boyacá, tenía el deber de mantener vigente el vínculo laboral con el actor, con el fin de brindarle protección de su ingreso económico y de la continuidad en su tratamiento, acorde con los mandatos constitucionales, más aun cuando el 24 de octubre de 2014, se encontraba postulado como candidato para la realización de la terapia con yodo.

Por ende el vínculo debió mantenerse hasta que el demandante culminara su tratamiento satisfactoriamente en atención del deber de protección del Estado, consistente en recibir la atención médica requerida hasta el restablecimiento de la salud, así como garantizar un ingreso económico fruto de sus honorarios, que le permitieran procurar su subsistencia y la de su familia, para lo cual resultaba esencial la continuidad del vínculo contractual, deber que fue desconocido por el departamento.

En ese orden de ideas, del análisis de cada uno de los aspectos descritos, concluye este estrado judicial que la terminación y no renovación del contrato de prestación de servicios suscrito entre el departamento de Boyacá y el actor a finales del año 2014, ante la situación de debilidad manifiesta evidenciada, requería del cumplimiento de un procedimiento de parte del departamento, que no fue cumplido, en consecuencia, **se accederá a las pretensiones de la demanda relacionadas con la estabilidad reforzada.**

Dicho lo anterior y a efectos de proceder a imponer las órdenes, se citará la sentencia **SU 049 del 2 de febrero de 2017**, en la cual la Sala Plena la Corte Constitucional, dispuso:

"(...)

5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.⁷³ **De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes.**

(...)

7.2. Por tanto, procederá a declarar ineficaz la terminación de la relación contractual. Como consecuencia, ordenará (i) la renovación del contrato de prestación de servicios con condiciones análogas a las que tenía al momento de dársele por terminado el último de tales

⁷³ La exigencia de autorización de la oficina de Trabajo para la terminación de contratos de prestación de servicios de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, se ajusta a las funciones previstas en la Ley 1610 de 2013 'por la cual se regulan algunos aspectos sobre las inspecciones del trabajo y los acuerdos de formalización laboral', y en la Constitución. La Ley 1610 de 2013 prevé que a los inspectores del trabajo y la seguridad social tienen la función de conocer "de los asuntos individuales y colectivos del sector privado", sin supeditarlas a las relaciones de trabajo dependiente (art 1). Además, dice que en el desempeño de sus funciones, los inspectores se regirán por la Constitución Política y los Convenios Internacionales sobre Derecho del Trabajo (art 2). Por su parte, la Constitución establece que el trabajo "en todas sus modalidades" goza de la especial protección del Estado (art 25).

contratos. Si el actor no pudiera realizar las actividades para las cuales fue contratado con anterioridad, la empresa atenderá la recomendación que al respecto efectúe la administradora de riesgos profesionales, a fin de garantizar su reubicación, previa capacitación y ajuste de las condiciones de su trabajo en virtud del principio de integración social (CP art 43). Finalmente, dispondrá (ii) el pago de los emolumentos dejados de percibir desde la desvinculación (17 de marzo de 2014) hasta la fecha inicialmente pactada para la terminación del contrato celebrado (1 de diciembre de 2014), y (iii) una indemnización equivalente a 180 días de remuneración, todo lo cual habrá de calcularse conforme al contrato celebrado entre la partes que parece con fecha del mes de enero del año 2014." (Negrilla fuera de texto original).

En este orden de ideas, resulta procedente declarar la **nulidad parcial** de los actos demandados contenidos en los **oficios Nos. 20156800265891 de 24 de noviembre de 2015 y 20156800289091 del 21 de diciembre de 2015**, proferidos por el Director Jurídico del departamento de Boyacá, mediante los cuales se negó la declaratoria de existencia de la relación laboral, con ocasión de los contratos suscritos entre el señor Julio Roberto Sánchez Hernández y el Departamento de Boyacá e igualmente, negó la configuración de la estabilidad laboral reforzada en favor del accionante, resultando necesario aclarar que el aparte que se declarará nulo, es la negativa de la entidad de amparar la estabilidad laboral reforzada del demandante, en los demás, dichos actos quedarán incólumes.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará declarar la ineficacia de la terminación de la relación contractual entre el departamento de Boyacá y el señor Julio Roberto Sánchez Hernández; de la misma manera se ordenará que el departamento de Boyacá renueve el contrato de prestación de servicios, en condiciones análogas al último contrato suscrito entre dicha entidad y el aquí demandante, hasta tanto éste último demuestre su completa recuperación del cáncer de tiroides que padece ó cuando el departamento de Boyacá acredite una justa causa ante el Ministerio de Trabajo para no prorrogar su vinculación. De la misma manera se condenará a la entidad a título de indemnización al reconocimiento y pago a favor del actor, del equivalente a ciento ochenta (180) días de remuneración, correspondiente a la sanción que contempla el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, calculado conforme al último contrato de prestación de servicios.

Igualmente, se ordenara condenar al departamento de Boyacá a actualizar el valor de las sumas que resulten en favor del demandante, por concepto de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en términos del artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Las sumas que se ordenan reconocer, serán ajustadas en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y devengarán intereses conforme a los artículos 192 y 195 *ibídem*.

Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el inciso tercero y quinto del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia condenatoria.

Así mismo, el Departamento de Boyacá, deberá dar cumplimiento al presente fallo dentro del término contemplado en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

10.3 De las Costas del Proceso

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

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

No obstante, de conformidad con lo establecido en el numeral 5° del artículo 365 del Código General del Proceso, se tiene que, en caso de que prosperen parcialmente las pretensiones de la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas a la parte vencida.

Así las cosas, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si bien se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, en el presente asunto la demanda prosperó en forma parcial, razón por la que en el presente asunto el Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, con fundamento en la norma citada.

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- DECLARAR PROBADAS, las excepciones planteadas por la entidad demandada denominadas: **"AUSENCIA DE RELACIÓN LABORAL"** e **"INDEPENDENCIA DEL CONTRATISTA"**, de acuerdo a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO.- NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, respecto de la declaratoria de la existencia de la relación laboral, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de los actos demandados contenidos en los oficios **Nos. 20156800265891 de 24 de noviembre de 2015 y 20156800289091 del 21 de diciembre de 2015**, proferidos por el Director Jurídico del departamento de Boyacá, respecto de la negativa de amparar la estabilidad laboral reforzada del señor Julio Roberto Sánchez Hernández, en lo demás, dichos actos quedarán incólumes, conforme a lo expuesto.

CUARTO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se ordena al Departamento de Boyacá declarar la ineficacia de la terminación de la relación contractual entre éste y el señor Julio Roberto Sánchez Hernández; de la misma manera se ordena que el departamento de Boyacá renueve el contrato de prestación de servicios, en condiciones análogas al último contrato suscrito entre dicha entidad y el aquí demandante, hasta tanto éste último demuestre su completa recuperación del cáncer de firoides que padece ó cuando el departamento de Boyacá acredite una justa causa ante el Ministerio de Trabajo para no prorrogar su vinculación. De la misma manera se condenará a la entidad a título de indemnización al reconocimiento y pago a favor del actor, del equivalente a ciento ochenta (180) días de remuneración, correspondiente a la sanción que contempla el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, calculado conforme al último contrato de prestación de servicios, conforme a lo expuesto.

QUINTO.- ORDENAR al **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ** indexar las sumas adeudadas de conformidad con las previsiones del inciso final del artículo 187 del CPACA a efectos de que ésta pague su valor actualizado, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula en matemática financiera acogida por el Consejo de Estado y referida en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

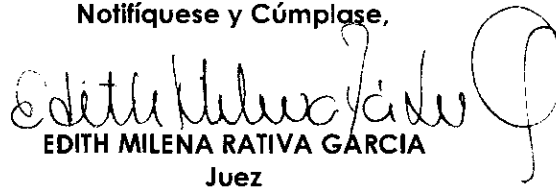
SEPTIMO.- NO CONDENAR en costas a la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO.- El **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 192 ibídem.

NOVENO.- 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, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO.- En firme, para su cumplimiento, por secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA; realizado lo anterior y verificado su cumplimiento (art. 298 CPACA), archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

Notifíquese y Cúmplase,


EDITH MILENA RATIVA GARCIA
Juez

