



Boletín Mensual

N° 82

Septiembre de 2017

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ



Relatoría

En este boletín se destacan algunos de los pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Boyacá proferidos en las diferentes acciones constitucionales, ordinarias y especiales.



“Cuatro características corresponden al juez: Escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente.”

Sócrates



Boletín Mensual

N° 82

Septiembre de 2017

Contenido:

Nulidad y restablecimiento del derecho 3

Reparación directa 26

Controversias contractuales 42

Repetición 44

Nulidad electoral 46

Sentencia de Interés General 48



MEDIOS DE CONTROL

Nulidad y restablecimiento del derecho

Reparación directa

Controversias contractuales

Repetición



ACCIONES ESPECIALES

Nulidad electoral

Haga clic en estos iconos para consultar respectivamente la providencia, el video (si esta disponible) y el acta de la audiencia .

PROVIDENCIAS



VIDEOS



ACTAS





"Si el hombre fracasa
en conciliar la justicia
y la libertad, fracasa
en todo."

Albert Camus

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

MAGISTRADO: DR. FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

PROVIDENCIA: Sentencia de fecha del 22 de agosto de 2017

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: JHON JAIRO AMAYA FLOREZ

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

RADICACIÓN: 15000233100020050191602



DESCRIPTORES – Restrictores:

RETIROS DEL SERVICIO DE MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DE LA DIRECCIÓN GENERAL Y POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS – Noción, características y diferencias.

TESIS

El retiro del servicio por voluntad del Gobierno o de la Dirección General. es una potestad que el mismo Legislador le ha otorgado al Ejecutivo, en cabeza del Gobierno o del Director General de la institución según el rango del policial a desvincular, que permite de forma discrecional y por razones del buen servicio retirar a los miembros de la Fuerza Pública; dicha facultad puede ser ejercida en cualquier tiempo y solo requiere de un concepto previo que emite la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional cuando se trata de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación para los suboficiales y personal del nivel ejecutivo; (iii) el retiro del servicio se decreta una vez se ha estudiado por separado cada caso, mediante la apreciación de circunstancias singulares y que después de agotar un debido proceso, se determina la necesidad de remover a un servidor que no cumple a cabalidad con sus funciones, bajo el entendido que las mismas deben estar encaminadas a la consecución de los fines que el constituyente les ha confiado; (iv) esta facultad discrecional se encuentra justificada en razón a la dificultad y complejidad que entraña la valoración del comportamiento individual de cada uno de los funcionarios que pueden afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y, por tanto, del interés general; y (v) el oficial que sea retirado por esta causal pierde todo vínculo con la entidad y en la mayoría de eventos no alcanza a causar una asignación de retiro. Por su parte, el retiro por llamamiento a calificar servicios goza de las siguientes características: (i) la Institución emite un acto administrativo basado en una atribución legal que conduce al cese de actividades del uniformado, sin que su inactividad implique una sanción, despido o exclusión deshonrosa y no puede equipararse a otras formas de desvinculación tales como la destitución; (ii) esta facultad sólo puede ser ejercida cuando el miembro de la Fuerza Pública ha laborado durante un mínimo de años (15 o más, según el caso) que le garantice el acceso a una asignación de retiro, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa; (iii) la cesación del servicio por esta causa se considera una situación en la cual los miembros de la Fuerza Pública, sin perder su rango en la milicia, culminan su carrera sin que les asista la obligación de prestar sus servicios en actividad; (iv) el retiro así ordenado no es definitivo ni absoluto, simplemente el miembro de la Fuerza Pública deja de ser activo para pasar a la reserva; (v) existe la posibilidad de que el uniformado retirado sea reincorporado por llamamiento especial al servicio, tal como puede ocurrir si es nombrado como agregado en el extranjero; y (vi) es una forma consuetudinaria de permitir la renovación del personal de la fuerza pública y una manera común de terminar la carrera dentro de las instituciones armadas, permitiendo la renovación de mandos. De manera particular, se tiene que en el caso del llamamiento a calificar servicios, no existe la obligación de motivar expresamente estos actos de retiro, ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual y claramente está dada por la ley, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en ella, puesto que es una terminación normal de la carrera que busca proteger la estructura jerárquica piramidal de la función institucional, manteniendo a pesar de ello la posibilidad de un control judicial posterior, para evitar que pueda ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder. Para la Sala, emerge como una considerable importancia que el Juez Administrativo proceda a identificar las diferencias entre una y otra modalidad de retiro del

servicio activo de los miembros de la fuerza pública y Policía Nacional, para así, proceder a efectuar el estudio de legalidad de los actos de desvinculación, dependiendo el caso en concreto.

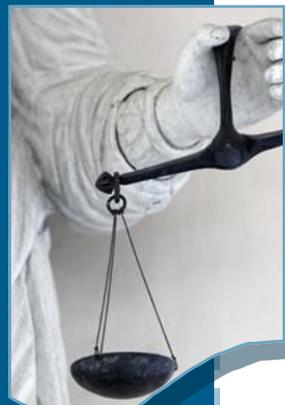
DESCRIPTORES – Restrictores:

RETIRO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO NACIONAL – No puede convertirse en una medida expedita y arbitraria de desvinculación.

TESIS

Partiendo de los parámetros que anteceden, y matizando la evolución jurisprudencial que con respecto al caso bajo estudio se han ocupado los Órganos de Cierre, la H. Corte Constitucional emitió la Sentencia de Unificación SU-172 de 2015, donde se ocupó de efectuar la revisión de la sentencia del 3 de julio de 2013, dictada en segunda instancia por la Sección Quinta del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela promovida por Fernando Crisancho Ariza contra la Subsección "C" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado y la Sala Especial Transitoria de Decisión, de esa misma Corporación. Al interior del pronunciamiento referido, la Alta Corporación se ocupó de abordar el tema, y unificar la Jurisprudencia Constitucional en relación con la facultad discrecional del Gobierno y de la Policía Nacional para retirar miembros del servicio activo, partiendo del supuesto que dicha potestad se presenta cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley. Hizo referencia además, a que los actos discrecionales están sometidos al control jurisdiccional, debido a que no pueden contrariar la Constitución ni la ley, y a que, en todo caso, es necesario diferenciar tal facultad de la arbitrariedad, y que si bien, las diversas normas que han consagrado la facultad discrecional han sido respaldadas por la Carta Política, en la medida en que se entienda que no se trata de atribuciones arbitrarias, para la Corte Constitucional la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad y, en el caso de los miembros de la Policía Nacional, es verificable a través i) de los procedimientos previos de evaluación y ii) de las acciones judiciales de defensa correspondientes. Del examen anterior, finiquitó la Corte Constitucional que los actos de retiro discrecional en ningún caso pueden ser arbitrarios, deben estar sustentados, cumplir las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad, y guardar proporcionalidad entre las consecuencias que generan y los fines constitucionales que persiguen, y recalzó, que si bien múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado expresan que los actos de retiro no son susceptibles de motivación, los mismos deben ser expedidos cumpliendo las exigencias legales y constitucionales respectivas, de las cuales la principal es la verificación del concepto previo emitido por el Comité de Evaluación correspondiente. (...) Al tenor de lo expuesto, no queda duda a esta Sala de Decisión que la respuesta al problema jurídico tiene que ser positiva, en el sentido que en la forma como lo alega el apelante en su alzada y aún desde el momento de formulación de los argumentos que componen el libelo introductorio, no solo es posible sino que emerge como necesario que el Juez Contencioso Administrativo evalúe los antecedentes concomitantes al retiro del actor que se encuentran contenidos en su hoja de vida, empero, para que proceda la declaratoria de nulidad del acto de retiro, es necesario que se verifique que la salida del actor no estuvo fundada o no concuerda con el mejoramiento del servicio deprecado por la Administración al momento de su expedición. Por lo anterior, en vista que al resultar la hoja de vida y los antecedentes laborales como un valioso insumo al momento de calificar al personal adscrito a la Fuerza Pública y Policía Nacional en primer orden, por parte de las Juntas de Evaluación, y en segundo lugar, por la Jurisdicción competente para controlar las decisiones de la Administración, corresponde determinar, en primer lugar, la relevancia de la clasificación dada al actor en su calificación, en conjunto con sus antecedentes laborales. Así, el artículo 42 del Decreto 1800 de 2000, establece la manera como se califica el desempeño de los uniformados, así: (...) Analizada la hoja de vida del actor aportada en copia auténtica por la entidad accionada, se corrobora que para el 2004, calenda anterior a su retiro, su resultado en las evaluaciones de desempeño fue SUPERIOR, obteniendo un puntaje final de 1200 puntos, es decir que según la normatividad expuesta, ha superado los resultados esperados y consigue actividades o hechos sobresalientes, lo que le ameritaba "... ser tenido en cuenta para participar en los planes de estímulos que determine la Dirección General de la Policía Nacional y si se remonta al año inmediatamente anterior (2003), el señor Amaya Flórez obtuvo una calificación final equivalente a 1237 puntos, es decir, con desempeño EXCEPCIONAL, la más alta que un oficial adscrito a la Policía Nacional puede obtener en cumplimiento del servicio. Aunado a lo anterior, se suman las anotaciones que reposan en su folio de vida -Formulario 3-FV- del





"Si el hombre fracasa
en conciliar la justicia
y la libertad, fracasa
en todo."

Albert Camus

año de evaluación 2004, justo antes de su retiro, que conforme al "Extracto de Hoja de Vida" visible a folio 21, tuvo lugar el 14 de marzo de 2005, del cual se destacan las siguientes anotaciones: (...) Ante el panorama que se refleja de la trayectoria profesional del actor, se pregunta la Sala si partiendo del estudio de los antecedentes laborales del actor, la medida discrecional de retiro fue proporcional a los hechos que le sirvieron de causa, partiendo del supuesto que la pluricitada facultad discrecional emerge como un instituto adecuado a fin de lograr la consecución de los cometidos estatales a cargo de la Policía Nacional para la convivencia y la efectividad de los derechos. Sin embargo, el ejercicio de dicha facultad debe tener como límite los derechos fundamentales y el interés general del buen servicio público, en vista que la discrecionalidad se ejerce dentro de la corteza del Estado Social de derecho, no por fuera de ella. Bajo la perspectiva anterior, no puede perderse de vista que con base a lo dispuesto el artículo 36 del C.C.A., norma aplicable al caso concreto por ser la vigente a la fecha de expedición del acto acusado, "en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa". Con base en la norma trascrita, cabe indagar si el retiro del actor es una medida adecuada al cumplimiento de la finalidad constitucional en cabeza de la Institución Policial, esto es, al mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz", así mismo, corresponde determinar si la decisión de retiro tiene relación proporcional con los hechos que le sirvieron de causa, es decir, con la hoja de vida y los antecedentes laborales del actor. (...)Volviendo al caso de marras, y luego del minucioso estudio efectuado por la Sala de la hoja de vida del actor, en especial a los últimos años de servicio, no queda duda a la Corporación que aquel no era un servidor promedio, de aquellos que obtienen simplemente los resultados esperados dentro de los procesos asignados, por el contrario, según el alcance dado a la clasificación "SUPERIOR" en la escala de medición, reglado de manera objetiva en el artículo 42 del Decreto 1800 de 2000, el demandante, además de obtener los resultados esperados dentro de los procesos asignados, realiza actividades o hechos sobresalientes, lo que ameritaba "ser tenido en cuenta para participar en los planes de estímulos... (...).Corolario con lo anterior, para esta instancia, sin la presencia de un hecho o circunstancia sobreviviente de suma gravedad, resulta un contrasentido, inverso a la máxima del administrador coherente, que habiendo el demandante desempeñado su labor, en primer lugar con "resultados esperados" y en segundo, "realizado actividades o hechos sobresalientes", deba ser removido de la institución para el "mejoramiento del servicio", razón por la cual debe advertirse la revocatoria de la sentencia de primer grado, y en consecuencia, la procedencia de la declaratoria de nulidad parcial del acto acusado, al destruirse la presunción de legalidad que lo reviste por encontrarse viciado por desviación de poder, al no demostrarse que el retiro del demandante haya acaecido por mejora del servicio público. En conclusión, atendiendo todo lo expuesto y especialmente con base en la evolución jurisprudencial que ha tenido el tema relacionado con el retiro del servicio por la facultad discrecional que le asiste al Gobierno, y de la cual surge la consecución de los cometidos estatales en cabeza de la Policía Nacional, previo el cumplimiento de unos requisitos formales, aquella no se puede convertir en una manera expedita y por demás, arbitraria de desvincular precipitadamente del servicio a sus miembros, máxime cuando casos como el que se estudia se demostró una prestación policial eficaz y con evaluación EXCEPCIONAL y SUPERIOR, pasándose por alto el respeto a las garantías fundamentales al trabajo, mínimo vital e igualdad del actor, cuando al momento de ser retirado intempestivamente carecía del derecho a gozar de una asignación de retiro. Finalmente, para la Sala es importante recabar que para el retiro por facultad discrecional, la administración policial ha de ser consecuente con los méritos obtenidos por los uniformados y con sus propios pronunciamientos anteriores, pues minaría la confianza y la motivación de todo aquél que quiera desempeñarse con altivez y excelentes resultados, que en lugar de ser sujeto de continuidad, estímulos y reconocimientos, se acuda a la discrecionalidad para la remoción del cargo, pretextando inexistentes razones del servicio, contraponiéndose a los postulados que deben regir el Estado de Derecho.

MAGISTRADA: DRA. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ

PROVIDENCIA: Sentencia de segunda instancia de fecha 10 de agosto de 2017

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: CANAPRO

DEMANDADO: MUNICIPIO DE TUNJA



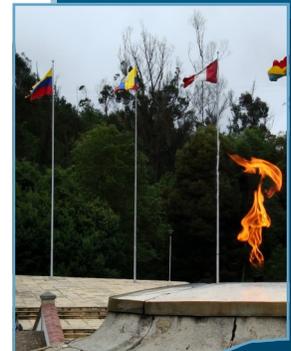
RADICACIÓN: 15001333301520160019001

DESCRIPTORES – Restrictores:

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN MATERIA TRIBUTARIA – Vulneración por la falta de motivación de acto administrativo que modificó el tributo e impuso una sanción.

TESIS:

En atención a que la facultad fiscalizadora del Estado es de carácter administrativo y restrictivo de derechos, resultado imperativo en el Estado Social de Derecho, quo uno de los pilares del proceso que se adelanta para la adición de impuestos y la imposición de sanciones, así como de la decisión, sea el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, que implica la garantía de ciertos principios para la vigencia del ordenamiento jurídico justo: (...) Según lo ha establecido la Sección Cuarta del Consejo de Estado el debido proceso es una garantía que se compone por tres ejes fundamentales: i) la defensa y contradicción que implica la posibilidad del contribuyente de conocer las decisiones adoptadas en el trámite administrativo, así como las razones por las cuales se modifica un impuesto o se impone una sanción, la facultad de pedir pruebas, y que éstas y las decretadas de oficio, sean objeto de examen en los actos definitivos, ii) el impulso y trámite de los procesos de conformidad con las formas establecidas en cada procedimiento; y iii) que el asunto sea resuelto por el juez o funcionario competente. En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 138 del CPACA en concordancia con el 137 del mismo ordenamiento procesal, se configura causal de nulidad de los actos administrativos, cuando son expedidos con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa. No obstante, se ha considerado que no todo desconocimiento de las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico afecta ésta garantía, es necesario determinar si este ha tenido consecuencias negativas para los intereses del administrado. En el sub lite el demandante asevera que en el requerimiento especial y en la Liquidación Oficial de Revisión N° 005 de 5 de noviembre de 2014, el municipio omitió exponer las razones de adición del impuesto de industria y Comercio del periodo gravable 2011. En el Requerimiento especial No 013 de 5 de febrero de 2014, la Oficina de impuestos de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Tunja, propuso la modificación de la declaración privada, con fundamento en lo siguiente: (...) El municipio, pues, expuso que el motivo de la propuesta de modificación de la declaración privada del impuesto de Industria y Comercio, era que el contribuyente no tenía como actividad principal la financiera y por lo tanto, la tarifa no era la prevista para el código 402, sino para el sector de servicios. De manera que de conformidad con el artículo 336 del Decreto 339 de 2009 la Administración Tributaria fue clara en relación con los puntos que pretendía modificar y expuso las razones de las mismas. Ahora bien, lo mismo no es predicable de la Liquidación Oficial de Revisión N° 05 de noviembre 5 de 2014, pues allí se lee: (...) Del examen de la cita anterior, es posible inferir que el Municipio de Tunja omitió motivar la Liquidación Oficial de Revisión, pues no bastaba con citar los artículos 336 y 405 del Decreto 389 de 2006 relacionados con la sanción de inexactitud y manifestar que se fundamentaba en las pruebas recaudadas, sin exponer de cuáles se trataba. Era indispensable que informara de forma diáfana las razones por las cuales la tarifa aplicada al impuesto de industria y Comercio no era correcta, y analizara cada uno de los medios demostrativos que se aducían en contra del contribuyente. Del acto administrativo, solo es posible concluir que el tributo fue liquidado erróneamente, pero no se adujo cuál era la normatividad aplicable, su interpretación y las razones del error que merecía adicionar el impuesto e imponer la sanción. Si bien, la Administración Tributaria, había expuesto algunas razones en el Requerimiento Previo, lo cierto es que ello no la excusaba de motivar el acto administrativo que modificó el tributo e impuso la sanción, pues el examen de los hechos y juicios que fundamenta la decisión, garantiza que el contribuyente pueda ejercer, de manera efectiva el derecho de defensa y contradicción. Por ello, el requisito contenido en el literal g) del artículo 395 del Decreto 389 de 2006, según el cual, la liquidación oficial de revisión debe contener una explicación sumaria de las modificaciones efectuadas, no tiene un carácter formal sino sustancial que impacta la legalidad del acto administrativo. Recuérdese que el derecho al debido proceso no solo se garantiza otorgándole la posibilidad al administrado de presentar los recursos que contempla la ley, sino haciendo expresas las razones de su decisión, con el objeto que pueda presentar de forma concreta los reparos, o ponerle de presente a la administración que su interpretación no se compadece con el ordenamiento jurídico. Al expedir la Liquidación Oficial de Revisión sin fundamento, lo único que le queda al contribuyente es interponer el recurso de reconsideración para que se supere este error, pero ya no podrá recurrir de nuevo el auto que decide el recurso, que en últimas, daría el derecho a discutir el motivo de la adición del impuesto. Y es





que resulta indispensable, tener certeza acerca de las causas de las reformas realizadas por el Estado a la declaración, para oponerse a ellas y para exigir que ésta no se modifique. En síntesis, el deber de motivación de los actos administrativos te otorga al contribuyente elementos de juicios suficientes para ejercer su derecho de contradicción ante la administración tributaria y la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de contratar los abusos de poder. Es criterio jurisprudencial de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que la Liquidación Oficial de Revisión, debe contener explicaciones, aunque breves, claras y completas que le permitan determinar al sujeto pasivo de la obligación, los motivos de la diferencia entre lo declarado y lo determinado por el Estado: (...) Además de lo expuesto, encuentra la Sala que al resolver el Recurso de Reconsideración contra liquidación oficial de revisión por falta de motivación, el Municipio confirmó la decisión con fundamento entre otras razones, en que la tarifa del impuesto de Industria y Comercio, se impone de acuerdo con la entidad que ejerce la inspección y vigilancia del contribuyente; argumento que no había sido expuesto de manera previa.(...)Es diferente que la tarifa del impuesto de industria y Comercio se determine por la actividad principal del contribuyente a que ésta se fije por la entidad que ejerza la inspección y vigilancia, tal como lo expuso el demandante, fa falta de claridad por parte de la Administración Tributaria Municipal sobre los motivos de modificación de la declaración privada, impidió que ejerciera el derecho a la defensa y contradicción de forma adecuada.

MAGISTRADO: DR. JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

PROVIDENCIA: Sentencia de segunda instancia de fecha 8 de agosto de 2017.

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: SANDRA YAMILE LAGUNA MORALES Y OTROS

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

RADICACIÓN: 15001333300420150013601



DESCRIPTORES – Restrictores:

ASCENSO PÓSTUMO, COMPENSACIÓN POR MUERTE Y PAGO DOBLE DE CESANTÍAS – En los eventos de muerte en combate o por acción directa del enemigo son aplicables a los soldados profesionales.

TESIS:

A partir del recuento previamente efectuado puede concluirse que, frente a la pensión de sobrevivientes a favor de beneficiarios de los soldados, normativamente existen tres momentos históricos diferenciados en el periodo analizado (desde 1968 hasta la actualidad): (...) Por otra parte, en cuanto a los derechos a (i) ascenso póstumo, (ii) compensación por muerte y (iii) pago doble de cesantías en los eventos de muerte de soldados profesionales en combate o por acción directa del enemigo, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha aclarado su aplicación en el tiempo. Empero, esta Corporación considera el Decreto No. 2728 de 1968 se encuentra plenamente vigente y cubre a ese personal por varias razones.(...)Así las cosas, conforme se explicó, históricamente se han considerado compatibles los beneficios del Decreto No. 2728 de 1968 con la pensión de sobrevivientes (excepto para los conscriptos, dada la naturaleza de su servicio), de modo que no hay razón para considerar que la prescripción expresa de la segunda a favor de los beneficiarios de los soldados profesionales tuvo la virtualidad de desmontar las prerrogativas consagradas en el Decreto aludido, lo cual implicaría un retroceso frente a la protección contemplada en los casos de muerte en combate o por acción del enemigo. De igual forma, no puede pasarse por alto que actualmente el personal que conforma los demás grupos que integran la Fuerza Pública goza de beneficios semejantes, como se evidencia enseguida: (...) Bajo esta perspectiva, los beneficiarios de los soldados conscriptos no reciben compensación económica adicional a la pensión de sobrevivientes por expresa disposición legal (par. 1 art. 1 L 447/1998). Por su parte, los beneficiarios de los alumnos y estudiantes de escuelas de formación, aun cuando éstos no son ascendidos póstumamente, perciben una compensación calculada con base en un grado de un Cabo Segundo del EJÉRCITO NACIONAL (Suboficial) o Subteniente de la POLICÍA NACIONAL (Oficial), según el caso. Finalmente, los Oficiales y Suboficiales del EJÉRCITO NACIONAL y los Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la POLICÍA NACIONAL son ascendidos póstumamente y sus beneficiarios perciben una compensación económica y el

pago doble de las cesantías del causante. Ahora bien, la vinculación de los soldados conscriptos surge por mandato constitucional y es estrictamente temporal, de modo que un trato diferenciado prima facie resulta válido. Lo mismo puede decirse de los estudiantes y alumnos que pertenecen a las escuelas de formación quienes en estricto sentido aún no han ingresado a la estructura de la institución militar o policial (y, en todo caso, perciben una compensación calculada con base en un grado superior). Sin embargo, los soldados profesionales hacen parte de la planta de personal del EJÉRCITO NACIONAL y su situación laboral está regulada legal y reglamentariamente, lo cual los asemeja a los Oficiales y Suboficiales (por esa razón la jurisprudencia del Consejo de Estado, como se advirtió, ha extendido los efectos del Decreto No. 1211 de 1990 a su favor); razón por la cual no resulta justificable un trato menos favorable, más aun teniendo en cuenta la causa del fallecimiento. En este escenario, fuerza concluir que en virtud de los principios de progresividad, favorabilidad e igualdad, los derechos al ascenso póstumo, la compensación por muerte y el pago doble de cesantías en los eventos de muerte en combate o por acción directa del enemigo son aplicables a los soldados profesionales. Finalmente, debe resaltarse que el artículo 3.13 de la Ley 923 de 2004 -previamente citado- fue enfático en señalar la compatibilidad entre las indemnizaciones por muerte con las pensiones, así que no solamente no se trata de prerrogativas excluyentes entre sí, sino que tampoco puede afirmarse que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reemplaza la utilidad del de la compensación por muerte y el pago doble de cesantías. En adición, lo preceptuado en el artículo 8º del Decreto No. 2728 de 1968 no difiere del contenido del artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990, como se evidencia enseguida:(...) De esta forma, desde el año 2000, cuando surgieron los soldados profesionales como nuevo grupo de personal del EJÉRCITO NACIONAL, y hasta la actualidad, los beneficiarios de los mismos se encuentran cobijados por los anteriores beneficios. (...) Igualmente, fue demostrado que el señor MORALES CARRILLO (q.e.p.d.) murió como consecuencia de la acción del enemigo el 18 de abril de 2012, cuando la escuadra a la que pertenecía se introdujo en un campo minado mientras realizaba un movimiento táctico en la vereda El Milagro del Municipio de Saravena (Arauca), según se indicó en el Informativo por Muerte No. 033457 del 2 de mayo de 2012 (f. 21) y la Orden Administrativa de Personal No. 1457 del 24 de mayo de la misma anualidad (ff. 22-23). Por otra parte, se acreditó que por medio de la Resolución No. 5608 del 9 de agosto de 2012, expedida por la Directora Administrativa del MINISTERIO DE DEFENSA, fue reconocida una pensión de sobrevivientes a favor de la señora SANDRA YAMILE LAGUNA MORALES y sus hijos (50% para la primera y 50% para los segundos), la cual fue liquidada con base en el grado que ostentaba el causante al momento de su fallecimiento (fl. 34- 37). Finalmente, el 4 de septiembre de 2013 (fl. 3-4) los accionantes solicitaron el ascenso póstumo del causante, el pago de una compensación equivalente a 4 años de haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de sus cesantías, ante lo cual la Administración se pronunció por orden de un fallo de tutela (fl. 8-18) mediante los actos acusados. En este orden de ideas, siguiendo los razonamientos expuestos extensamente en el acápite precedente, los beneficiarios del señor JHON FREDDY MORALES CARRILLO (q.e.p.d.) tienen derecho al reconocimiento de las prerrogativas antes mencionadas, de acuerdo al artículo 8º del Decreto No. 2728 de 1968 y en concordancia con los artículos 189 del Decreto No. 1211 del 990 y 37 del Decreto No. 1793 de 2000, así como los principios de progresividad, favorabilidad e igualdad. Esta conclusión se refuerza con la certificación aportada por la entidad accionada (f. 170), en donde explica que el Decreto No. 2728 de 1968 es aplicado actualmente a los soldados conscriptos y que a los Oficiales y Suboficiales se les reconoce lo pretendido en este proceso en virtud de lo contemplado en el Decreto No. 1211 de 1990, de modo que no existe razón para otorgar un trato desigual al personal de soldados profesionales. Así las cosas, la Sala no comparte los argumentos centrales que empleó el a quo para denegar las pretensiones de la demanda, relativos a que los Decretos Nos. 1793 y 1794 de 2000 ni el Decreto No. 4433 de 2004 contemplaron las prerrogativas bajo estudio, y que la existencia de la pensión de sobrevivientes excluye el reconocimiento de otros beneficios, en razón a que dichas interpretaciones transgreden principios constitucionales y desconocen tanto la labor que desarrollan los soldados profesionales como los hechos que originan el reconocimiento de estas prerrogativas. Por lo tanto, la Sala revocará el fallo de primer grado para declarar la nulidad de los oficios demandados y, en consecuencia, le ordenará a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL que proceda a: a) Ascender póstumamente al señor JHON FREDDY MORALES CARRILLO (q.e.p.d.) al grado de Cabo Segundo, conforme lo indica el artículo 8º del Decreto No. 2728 de 1968. b) Reliquidar la pensión de sobrevivientes reconocida a favor de la señora SANDRA YAMILE LAGUNA MORALES, identificada con C.C. No. 1.116.863.305, y de sus menores hijos YORDAN ESTIVEN y JULIANA SOFÍA MORALES LAGUNA, teniendo como referencia lo contemplado en el artículo 19.1 del Decreto No. 4433 de 2004. Las diferencias que se causen en las mesadas se pagarán debidamente indexadas mes a mes, con efectos fiscales a partir de la fecha de retiro efectivo del servicio del causante, en razón a que no se vieron afectadas por el





fenómeno de la prescripción. c) Reconocer y pagar una compensación equivalente a cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes al grado de Cabo Segundo. e) Reconocer y pagar doblemente las cesantías surgidas a favor del causante. Se aclara que deberán descontarse las sumas previamente pagadas por cada uno de los anteriores conceptos, de ser el caso.

MAGISTRADO: Dr. OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

PROVIDENCIA: Sentencia de segunda instancia de fecha 23 de agosto de 2017.

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: MUNICIPIO DE PAIPA

DEMANDADA: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE BOYACÁ

RADICACIÓN: 150013331012200900014501



DESCRIPTORES – Restrictores:

TESIS:

FACULTAD SANCIONATORIA DE LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES – Marco normativo.

El artículo 83 de la Ley 99 de 1993 establece que el Ministerio del Medio Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales, los Departamentos y los Municipios quedan investidos a prevención de funciones policivas para la imposición y ejecución de medidas de policía, además de multas y sanciones que sean aplicables según el caso. Por su parte el artículo 85 de la misma ley, establece que será el Ministerio del Medio Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales, los que impondrán al infractor de la normatividad ambiental las sanciones y medidas preventivas que se consagran en el mismo artículo. Inicialmente se establece con claridad que cuando las conductas prohibitivas que afecten el medio ambiente estuviesen contempladas en estatutos ambientales, serían únicamente las autoridades ambientales las encargadas de avocar conocimiento y mediante el procedimiento establecido para ello, imponer las sanciones establecidas. La Constitución Política de Colombia de 1991 elevó a norma constitucional la consideración, manejo y conservación de los recursos naturales y el medio ambiente, a través de los siguientes principios fundamentales: En su artículo 79 consagra que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano, la Ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo, es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines. La Constitución Nacional incorpora este principio a! imponer al Estado y a las personas la obligación de proteger las riquezas culturales y naturales (artículo 8), así como el deber de las personas y del ciudadano de proteger los recursos naturales y de velar por la conservación del ambiente (artículo 95). Conforme lo anterior, Corpoboyacá tiene la facultad de velar por el medio ambiente, por lo que era la entidad competente de acuerdo a las funciones atribuidas en el artículo 83 de la Ley 99 de 1993, para dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio No. OOCQ-0150/03 en contra del municipio de Paipa y a solicitud del Procurador Judicial Agrario, en virtud de ello, imponer y ejecutar las medidas de policía y las sanciones previstas en la Ley.

DESCRIPTORES – Restrictores:

TESIS:

PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO AMBIENTAL - Marco normativo.

Ahora bien, basado en el deber constitucional, la legislación creó y estableció un proceso sancionatorio con el cual se busca sancionar al infractor ambiental, proceso que debe cumplir con principios y derechos constitucionales como el debido proceso, derecho de defensa, presunción de buena fe, entre otros. Este procedimiento para el caso que nos ocupa, es el establecido en el Decreto 1594 de 1984, por ser la norma vigente a la fecha de los hechos. Es importante precisar que el Decreto 1594 de 1984, contempla en sus artículos 181 a 196 la posibilidad de que las autoridades competentes

adopten medidas de seguridad encaminadas a conjurar, prevenir o impedir la ocurrencia de hechos o la existencia de situaciones de riesgo que atenten o puedan atentar contra la salubridad pública. Para la adopción de tales medidas el legislador no exige formalismos especiales. Dichas medidas, que no son de naturaleza sancionatoria sino preventiva, son de inmediata aplicación ya sea de oficio o a petición de parte interesada. Las enunciadas medidas de seguridad son independientes del procedimiento sancionador que deba adelantarse cuando ocurran actos de agresión al medio ambiente. En tales eventos, el artículo 198 del Decreto 1594 de 1984 establece que una vez proferida la medida de seguridad, "...se procederá inmediatamente a iniciar el procedimiento sancionatorio", lo cual confirma que se trata de actuaciones administrativas distintas. En ese mismo sentido, el artículo 85 de la ley 99 de 1993 relaciona bajo rúbricas separadas las sanciones y las medidas preventivas de policía administrativa, en los siguientes términos: (...) Además de lo establecido en los artículos que se acaban de reproducir, el Decreto 1594 de 1984 contempla las sanciones de amonestación, multa, decomiso de productos o artículos, suspensión o cancelación de registros de los permisos de vertimiento o de la autorización sanitaria de funcionamiento - parte agua y cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio, contra las cuales proceden los recursos de la vía gubernativa, según lo establecen los artículos 214 y 215 anteriormente transcritos. Tales sanciones son prácticamente las mismas que aparecen previstas en el artículo 85 de la Ley 99 de 1993.

DESCRIPTORES – Restrictores:

FACULTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO EN MATERIA AMBIENTAL – Sanción pecuniaria impuesta al Municipio de Paipa por generar impactos ambientales negativos causados por planta de beneficio animal.

TESIS:

A efectos de estudiar el primer cargo propuesto por el ente territorial, sobre el procedimiento para imponer la sanción pecuniaria, es necesario reiterar lo señalado en líneas que anteceden, esto en cuanto a que el párrafo 3° del artículo 85 de la Ley 99 de 1993, remite al procedimiento previsto en el Decreto 1594 de 1984 para imponer las sanciones y medidas descritas en el mismo artículo. De conformidad con el material probatorio allegado al plenario, se observa que la investigación que dio lugar a los actos cuya nulidad se demanda, se suscitó con ocasión al derecho de petición elevado ante la Corporación Autónoma Regional de Boyacá - Corpoboyacá, por el Procurador Judicial Agrario de Boyacá, respecto al seguimiento de las actividades del matadero de ganado del municipio de Paipa, para lo cual la autoridad ambiental realizó visita ocular según concepto U-0107/03 y profirió auto de avocar conocimiento. En virtud de ello, Corpoboyacá profirió la Resolución No. 1115 del 15 de diciembre de 2003, con la cual se requirió al municipio de Paipa, para que en el término de 15 días, iniciara el trámite y obtuviera los permisos de vertimientos, emisiones atmosféricas, para la planta de sacrificio de ganado y se advirtió sobre la necesidad de dar estricta observancia a las consideraciones técnicas señaladas y al cumplimiento de la legislación ambiental, no obstante, en el plenario no reposa contestación a dicho requerimiento por parte del ente territorial, tan solo mediante oficio del 05 de agosto de 2004, se solicita ampliación del plazo por cuestiones de términos contractuales. Posteriormente, la corporación ambiental profirió el auto QCSJ 04-0185 del 7 de septiembre de 2004, a través del cual se requiere por segunda vez lo señalado en la Resolución No. 1115 del 15 de diciembre de 2003 y se concede el término de 30 días para que se realicen unas acciones tendientes a optimizar la operación de la planta de tratamiento de sacrificio de animales desde el punto de vista ambiental. El 21 de diciembre de 2005, el municipio de Paipa presentó ante la entidad demandada, el Plan de manejo ambiental para la planta de sacrificio de ganado, el cual fue aprobado por la entidad ambiental mediante auto QCSJ-05 No. 1230 del 29 de diciembre de 2005 y a su vez, en el mismo acto administrativo requiere para que en el término de 2 meses realice las construcciones que se establecen en el Plan de Manejo Ambiental, posterior a ese término, se concede 3 meses para desarrollar un programa de evaluación integral del sistema de tratamiento. Mediante Resolución No. 0912 de 2008, Corpoboyacá dio inicio al trámite administrativo ambiental de carácter sancionatorio en contra del municipio de Paipa, se dictó medida preventiva de suspensión de las actividades propias del matadero, se dispuso prohibir algunas actividades, se formularon cargos, se concedió el término de 10 días para rendir descargos y de 15 días para aportar el Plan de Gestión Integral de Residuos Hospitalarios y similares, además se requiere a la entidad territorial para el desarrollo de algunas actividades. Hasta este punto del procedimiento sancionatorio ambiental, advierte la Sala que se ha dado estricto cumplimiento a los artículos 197 a 206 del Decreto





1594 de 1984, esto en cuanto a que el trámite se inició por solicitud del Procurador Judicial Agrario, con el apoyo de conceptos técnicos obtenidos de las visitas al matadero municipal, lo cual dio origen a la mencionada Resolución No. 0912 del 24 de septiembre de 2008, acto administrativo en el cual se puso en conocimiento del representante legal del ente territorial los cargos formulados, a su vez se le concedió el término de 10 días hábiles a que hace referencia el artículo 207 *ibidem*, para los respectivos descargos. Al respecto, el ente territorial mediante escrito del 30 de octubre presentó descargos, razón por la cual, la entidad ambiental dictó auto No. 01170 del 06 de noviembre de 2008, mediante el cual se ordena la práctica de pruebas. Luego, en cumplimiento del artículo 209 y con el lleno de los requisitos señalados en el artículo 213 *ibidem*, Corpoboyacá mediante Resolución No. 01189 del 25 de noviembre de 2008, declaró responsable al municipio de Paipa y se impuso una multa de \$18.460.000, decisión, que fue confirmada a través de la Resolución N° 01312 del 31 de diciembre de 2008, la cual desató el recurso de reposición interpuesto por la entidad demandante contra el acto sancionatorio. Conforme lo expuesto, la Sala considera que este primer cargo no está llamado a prosperar, por cuanto se cumplió con el procedimiento establecido por el Decreto 1594 de 1984, para lo cual la entidad demandante tuvo la oportunidad de corregir y explicar ante la autoridad ambiental los incumplimientos a las normas que forman parte del ordenamiento jurídico ambiental y de ejercer a plenitud su derecho de defensa durante el trámite del proceso sancionador correspondiente, además tuvo la oportunidad de interponer el recurso de reposición en la vía gubernativa, según lo establecen los artículos 214 y 215 del Decreto 1594 de 1984. Nexo causal entre los actos administrativos.- Al respecto, señala el ente territorial que no existe nexo causal entre los hechos que fundamentaron la Resolución No. 0912 de 2008 y el presunto daño ambiental señalado en las Resoluciones 1189 y 1312 de 2008, sin embargo, advierte la Sala que en la sustentación del recurso de apelación no se expone de forma concreta cual es el motivo de inconformidad, es decir, no se señala cual es el aspecto que difiere en los actos administrativos. (...) De lo anterior, se puede concluir que no son de recibo los argumentos expuestos por el municipio de Paipa, teniendo en cuenta que la corporación de carácter ambiental es congruente con la expedición de los actos acusados, es por ello, que con claridad se puede establecer que la Resolución 1189 de 2008 es consecuencia de la Resolución No. 0912 de 2008, es decir, en el acto administrativo que decide el trámite administrativo sancionatorio se realizó un correcto análisis de los cargos endilgados al ente territorial en el acto que dio inicio al proceso, imputaciones que se resumen en los siguientes términos: 1- Disposición y acumulación inadecuada de rumen en predios contiguos. 2- Realización de quemas a cielo abierto de los decomisos. 3.- Disposición por infiltración de las aguas residuales industriales. En conclusión, el cargo alegado por el ente territorial relacionado con que no existe nexo causal entre los hechos que fundamentaron la Resolución No. 0912 de 2008 y el presunto daño ambiental señalado en las Resoluciones 1189 y 1312 de 2008, no está llamado a prosperar. (...) En efecto, con las distintas pruebas que reposan en el plenario era factible establecerlos los cargos formulados en contra del municipio de Paipa, consistentes en realizar disposición y acumulación inadecuada de rumen en predios contiguos a la planta de sacrificio de animales, generando olores desagradables, moscos y otros vectores, así como deterioro al ambiente, contaminación del aire, el suelo y demás recursos naturales renovables, la realización de quemas a cielo abierto de los decomisos generados en la planta de sacrificio de ganado, ocasionando afectación al recurso aire, y la disposición por infiltración de las aguas residuales industriales, los cuales se evidenciaron y se generaron por la inoperancia de la planta de tratamiento de aguas y por la incineración de los decomisos a cielo abierto. Conforme a ello, existían razones más que suficientes para la expedición de la Resolución No. 1189 de 25 de noviembre de 2008. (...) No obstante lo anterior, se reitera que en el presente asunto, la autoridad ambiental actuó con el debido sustento probatorio en aras de cumplir con su obligación legal y constitucional de preservar el medio ambiente, pruebas que dentro del proceso administrativo no fueron atacadas por la entidad demandante y por el contrario se enuncian una serie de actividades que demuestran que si existió afectación ambiental, para lo cual valga decir, si en gracia de discusión, cesan las acciones u omisiones que generan el daño, esto no impide la continuación del proceso sancionatorio. Preciado lo anterior, pasa la Sala a verificar la gradualidad de la multa impuesta mediante Resolución No. 01189 del 25 de noviembre de 2008, lo que ha dicho del apelante, no existe la fundamentación debida frente a la proporcionalidad de la sanción pecuniaria impuesta al municipio de Paipa. En el mencionado acto administrativo, Corpoboyacá dispuso sancionar al acá demandante con una multa de 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a la suma de \$18.460.000, para lo cual expuso en la parte motiva de la Resolución No. 01189 del 25 de noviembre de 2008, lo siguiente: (...) Como se advierte de la lectura de las normas en cita, la autoridad ambiental tenía la facultad de imponer multa de acuerdo el Decreto 1594 de 1984 has-

ta por una cuantía de 10.000 salarios diarios mínimos legales vigentes, que para el año 2008, fecha de la imposición de la sanción ascendía a la suma de \$ 153.630.000 y al tenor del artículo 85 de la Ley 99 de 1993, tenía un límite de multa diaria hasta por una suma equivalente a 300 salarios mínimos mensuales, es decir \$138.450.000, sin que en ambas disposiciones se exigiera elementos diferentes a la motivación de la decisión. Se encuentra entonces que en el presente caso, Corpoboyacá cumplió con los requisitos exigidos por la norma, esto por cuanto explicó en el acto administrativo enjuiciado las razones que lo llevaron a imponer la sanción, encontrando debidamente acreditado dentro del expediente que el ente territorial transgredió determinadas normas que protegen los recursos naturales y el medio ambiente, básicamente los Decreto 2811 de 1974, 1541 de 1978 y 948 de 1995, aunado a ello, está demostrado en el expediente que se realizaron varios requerimientos al municipio infractor, sin que se haya superado las situaciones que generaron el daño ambiental. Por lo anterior, no son de recibo los argumentos expuestos por el demandante, en cuanto a la exigencia de prueba científica que determine la dimensión del daño causado, siendo que, para la Sala es claro que la sanción de multa atribuida al municipio de Paipa, cumplió con los elementos impuestos por el Decreto 1594 de 1984 y la Ley 99 de 1993, en consecuencia, no prospera el cargo del actor.



MAGISTRADA: Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
PROVIDENCIA: Sentencia de segunda instancia del 27 de julio de 2017
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: WILSON ANTONIO IZQUITA PINZÓN Y OTRO
DEMANDADO: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
RADICACIÓN: 15001333300220140015901



DESCRIPTORES – Restrictores:

CAMBIO DE DENOMINACIÓN DEL EMPLEO DE ESCOLTA I A ESCOLTA II EN LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – No hubo desmejora salarial cuando se hizo para ajustar la planta de personal a la nueva nomenclatura.

TESIS:

Se examinará entonces, para el caso concreto, qué sucedió con el salario devengado por los demandantes, como consecuencia de las decisiones salariales tomadas por la Fiscalía General de la Nación. El Decreto 1047 de 2011 "por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones", expedido en desarrollo de la Ley 4 de 1992, contempló cuatro niveles salariales de escolta, con las siguientes remuneraciones, conforme se lee en el artículo 4º: (...) Posteriormente el Decreto 4058 de 2011, creó empleos en la entidad; en lo que interesa a este debate, así:(...)De lo hasta acá expuesto es claro que a partir del 1º de enero de 2012 existían en la entidad cinco categorías de empleo de escolta y cinco categorías de empleo de agente de seguridad. Pero esta norma, adicionalmente, estableció "equivalencias" y decidió: "Artículo 2º. Establéceme las siguientes equivalencias de empleos en la nomenclatura de la Fiscalía General de la Nación: (...) Las equivalencias en materia de derecho administrativo laboral, implican que para ocupar un empleo, los requisitos de académicos pueden ser acreditados mediante experiencia o viceversa. Sin embargo, para el caso concreto lo que hizo la norma fue cambiar la denominación del empleo, de allí que ordenara ajustar la planta de personal a la nueva nomenclatura. Así las cosas, en la nueva nomenclatura quienes se desempeñaban como Escolta I se denominaron Escolta II; y quienes se desempeñaban como Escolta II se denominaron Escolta III. Ello porque, como se ha explicado, conforme al Decreto 1047 de 2011, sólo existían cuatro categorías de empleo de escolta y fue el Decreto 4058 del mismo año, el que creó una quinta categoría, en esas condiciones, era necesario establecer un nuevo rango salarial que estableciera la asignación para el Escolta I que, de hecho, fue menor del que hasta entonces devengaba esa categoría de empleo, con lo cual se preservó el principio de proporcionalidad entre las distintas categorías del mismo nivel de empleo. En efecto, la norma que se viene examinando, Decreto 4058 de 2011, de acuerdo con la nueva nomenclatura estableció la remuneración, tanto de los cinco grados de agente de seguridad como de los cinco grados de escolta, sin que ello conllevara variación en la remuneración de los empleos de escolta existentes en el Decreto 1047 de 2011, frente a quienes, se reitera, únicamente se presentó un cambio en la denominación del



empleo, de la siguiente forma: Artículo 4°. La remuneración mensual de los siguientes empleos de la Fiscalía General de la Nación, quedará así: (...) He allí la razón por la cual se justificó el cambio de denominación del empleo de quienes siendo Escolta I pasaron a la nomenclatura Escolta II, de manera que su salario, no sufriera desmejora alguna sino que se mantuviera en la misma cuantía de \$ 1.582.354. Ello se infiere de lo dispuesto en los artículos 4° del Decreto 1047 de 2011 y el artículo 4° del Decreto 4058 de 2011, pero en manera alguna se trató de que el Escolta II tuviera un salto salarial correspondiente al cargo de Escolta III. Simplemente mantuvo, ahora como Escolta II el mismo salario que devengaba como Escolta I y, para el cargo creado, se determinó un salario inferior, dada su clasificación en la planta de personal. Luego, mediante el Decreto 875 de 27 de abril de 2012, el Gobierno Nacional, fijó la remuneración del empleo de Escolta II en \$1.661.472 y para 2013, mediante el Decreto 1035 de ese año, se fijó en \$1.718.627. En el año 2014 se expidió el Decreto 017 "Por el cual se definen los niveles jerárquicos, se modifica la nomenclatura. Se establecen las equivalencias y los requisitos generales para los empleos de la Fiscalía General de la Nación." Conforme al artículo 8° los cargos de Agente de Protección y Seguridad en sus niveles I a IV fueron ubicados en el nivel técnico, sin contemplar nomenclatura para cargo de escolta y, tal como se había procedido con el Decreto 4058 de 2011, en el artículo 9° se estableció una "equivalencia" de empleos así: (...). Es decir, ubicó a los Escoltas I y II en el mismo rango salarial tal como fue previsto por el Decreto 205 de 2014 con una asignación mensual de \$1.769.155. 6. (...) Según se lee en el plenario los demandantes ingresaron a la Fiscalía General de la Nación en el empleo de Escolta I, no obstante, por virtud de la nueva nomenclatura de empleos establecida en el Decreto 4058 de 2011, sus cargos fueron denominados Escolta II, sin ninguna desmejora salarial pues, como quedó visto, tanto para el empleo de Escolta I como en el empleo de Escolta II el salario en el año 2011 fue fijado en la suma de \$1.582.354 (fls. 254 y 382). Y la misma situación se concluye para los años posteriores: (...). Así entonces, en manera alguna se observa que por razón de los cambios de denominación de los empleos de la entidad, se haya presentado el desmejoramiento salarial que plantea la demanda, planteamiento que incurre en yerro al considerar que el empleo Escolta I debió ser asimilado al grado salarial del Escolta III, nueva denominación que, conforme al Decreto 1047 de 2011, correspondía a quienes se venían desempeñando como Escolta II. Los demandantes se desempeñaban como Escolta I y fueron incorporados en la planta de personal, con la nueva denominación, a los empleos Escolta II, en cabal cumplimiento del Decreto 4058 de 2011, y Agente de Protección y Seguridad II como lo dispuso el Decreto 017 de 2014. Así las cosas, no le asiste razón a la parte demandante cuando afirma en el hecho 4 de las demandas, que "la asignación mensual para mis poderdantes, es decir, para quienes ejercen el cargo de Escolta II, es la suma de (...) (\$1.871.104)...", pues, como se advirtió ut supra, aquellas personas que ostentaban este cargo inicialmente y que devengaban ese salario, pasaron a denominarse Escolta III; situación que no se presenta en el caso sub examine. Por contera, entonces, queda sin fundamento la alegada vulneración de la prohibición contenida en la Ley 4 de 1992, en tanto los decretos que cambiaron la denominación de los empleos mantuvieron el salario, sin desmejora alguna. Admitir el planteamiento de la demanda sería desconocer las normas que, conforme a la ley, establecieron el salario del empleo que desempeñaban los demandantes para reconocer el salario correspondiente a Escolta III.

MAGISTRADA: Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ

PROVIDENCIA: Sentencia de segunda instancia de fecha 27 de julio de 2017

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: YORGIN VARELA MUÑOZ

DEMANDADO: MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

RADICACIÓN: 15238333975220150009801



DESCRIPTORES – Restrictores:

RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y DE LA POLICÍA NACIONAL - Marco normativo.

RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y DE LA POLICÍA NACIONAL - Al personal civil de las Fuerzas Militares vinculado luego de la vigencia de la Ley 100 de 1993, no le es aplicable el régimen pensional especial del Decreto 1214 de 1990.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Inaplicación por no coexistir normas aplicables que regulen la situación jurídica del actor, de manera que debiera preferirse la más beneficiosa y no es potestad de él elegirla.

TESIS:

Mediante el Decreto 2339 de 1971, el Gobierno Nacional expidió el Estatuto de Personal Civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, el cual fue modificado por el Decreto 2247 de 1984. No obstante, por medio del Decreto 1214 expedido el 8 de junio de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.”, se reguló la pensión de jubilación para el personal civil de la siguiente manera: (...) Entonces, los destinatarios de ese régimen especial, eran aquellas personas naturales que prestaban sus servicios en el Despacho del Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional, quienes, al cumplir los requisitos allí establecidos, tenían derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación equivalente al 75% del último salario devengado. Posteriormente, con la expedición de la Ley 100 de 1993, se suprimieron los regímenes especiales y se estableció uno general; igualmente, se exceptuó a los miembros de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y al personal regido por el Decreto 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vinculara a partir de su vigencia, esto es, a partir del 23 de diciembre de 1993. En la Sentencia C-556 de 1996, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la premisa “con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley”, con fundamento en que, según el artículo 11 de esa ley, el Sistema General de Pensiones, se aplica sin distingo alguno a todos los habitantes del territorio nacional, sin que ello genere un desconocimiento de los derechos adquiridos de aquellas personas que pretenden mantener los beneficios pensionales de un régimen especial; indicó que existía una diferencia entre los regímenes especiales de las Fuerzas Militares y el del personal civil del Ministerio de Defensa, por tanto, al primer grupo régimen lo exceptuó completamente, mientras que al segundo (personal civil), lo excluyó bajo una condición temporal; igualmente adujo: (...) Criterio que fue reiterado en la sentencia C-1143 de 2004 proferida por esa misma Corporación, en la cual se pronunció sobre el trato diferencial que se formula en el artículo 279 de la ley 100 de 1993 entre el régimen prestacional de los miembros de las Fuerzas Militares y el régimen del personal civil al servicio del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, precisó: (...) Entonces, los miembros activos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, no se encuentran cobijados por el ámbito de aplicación de la Ley 100 de 1993 sin distinción de la fecha de vinculación; por su parte, el personal civil del Ministerio de Defensa, únicamente se excluye si se encontraban vinculados antes de su entrada en vigencia. El Consejo de Estado, se ha pronunciado en los mismos términos; en la sentencia proferida por la Subsección “A” de la Sección Segunda el 1 de septiembre de 2014, con ponencia del Consejero Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número 25000-23-25-000-2010-00166-01, expuso: (...) Posición que concordante con el concepto de 12 de agosto de 2003 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esa Corporación, que explicó que era válido que, a través del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se excluyera al personal civil que ingresó con posterioridad a su entrada en vigencia, comoquiera que no tiene derechos adquiridos y, además, la Constitución Política no determinó la existencia de un régimen especial como lo hizo con las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. (...) Fuerza entonces concluir que el principio de favorabilidad no es aplicable al caso bajo análisis, pues no coexisten normas aplicables que regulen la situación jurídica del actor, de manera que debiera preferirse la más beneficiosa y no es potestad del administrado elegirla. (...) Así las cosas, el régimen que se debe aplicar al demandante, es aquel establecido en la Ley 100 de 1993 que, en el artículo 33, estableció: (...) De conformidad con lo manifestado, el señor Yorgin Varela Muñoz, no es beneficiario del régimen pensional establecido en el Decreto 1214 de 1990 y tampoco cumple con el requisito de la edad de que trata el parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003.

DESCRIPTORES – Restrictores:

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO – El tiempo prestado en éste debe ser tenido en cuenta solo para el cómputo en el momento del reconocimiento pensional.

TESIS:

Según la Sala de Consulta y Servicio Civil del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, el servicio militar obligatorios es una obligación constitucional, en la cual no surge una relación laboral; no





obstante, el legislador estableció, en favor de quienes lo presten, algunos derechos laborales equivalente a los generados en ellas. La afirmación realizada anteriormente, encuentra sustento en el literal a) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993 que reza: a) En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley;”. A su turno, el artículo 1 de la Ley 24 de 1947, estableció que los servicios prestados alternativamente a distintas entidades de derecho público, son acumulables para el reconocimiento de la pensión y su monto se distribuye en proporción al tiempo servido y a la remuneración en cada una de ellas. (...) La lectura juiciosa de la jurisprudencia traída en cita, permite concluir que, si bien es cierto que el servicio militar obligatorio no configura una relación laboral, no lo es menos que el tiempo que sea destinado a este, debe ser tenido en cuenta para el tiempo que hiciera falta al momento de obtener el reconocimiento pensional. (...) Según se observa en la tabla anterior, el actor prestó el servicio militar obligatorio e ingresó a laborar como Adjunto Tercero a partir del 1 de agosto de 1994, esto, permite concluir que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 no tenía un régimen especial que amparara su situación jurídica. Pero aún más, lo cierto es que a la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993 el demandante no se encontraba vinculado al servicio de la entidad demandada. Ahora, en el escrito de apelación, manifestó que el servicio militar obligatorio debe tenerse en cuenta para determinar que el régimen contemplado en los artículos 98 y 99 del decreto 1214 debe ser aplicado para efecto de reconocer la pensión. Al respecto, considera la Sala que, como se explicó en la jurisprudencia traída en cita anteriormente, el tiempo de servicio militar obligatorio únicamente puede ser tenido en cuenta para el requisito de tiempo de servicios, es decir, solo puede adicionarse al tiempo que haya laborado el beneficiario ya sea en entidades de carácter público o privado. Lo anterior, dista de la afirmación realizada por el demandante, pues, no puede concluirse que su cómputo determine el régimen pensional aplicable, toda vez que, como lo ha decantado la jurisprudencia, es la fecha de vinculación al servicio la establece qué norma es aplicable al caso concreto.

MAGISTRADA: DRA. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ

PROVIDENCIA: Sentencia de segunda instancia de fecha 28 de septiembre de 2017

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: GLORIA ISABEL HERÁNDEZ

DEMANDADO: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

RADICACIÓN: 15238333975120150033301



DESCRIPTORES – Restrictores:

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN EN EL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES DE LOS DOCENTES - Marco normativo – Precedente jurisprudencial.

TESIS:

En el escrito de alegatos de conclusión, el apoderado de la entidad accionada, manifestó que existe falta de legitimación por pasiva, en tanto el Ministerio de Educación no expidió los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales, sino que fueron expedidos por la Secretaría de Educación en uso de las facultades que le confirió el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005. En el presente caso, se debate la legalidad del acto administrativo por el cual se reconoció una pensión de jubilación, el cual fue proferido por el Secretario de Educación de Boyacá, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005. (...) A su vez, el artículo 2 del Decreto 2831 de 2005 dispone: (...)Las normas transcritas señalan que las prestaciones sociales serán reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dichos derechos se reclaman mediante un procedimiento adelantado ante la Secretaría de Educación Departamental; la Secretaría luego de haber recibido la documentación requerida para acceder a la prestación social, emitirá un proyecto de acto administrativo mediante el cual reconocerá y ordenará el pago del derecho. Sin embargo, el artículo 5 del Decreto 2831 de 2005, en armonía con el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, somete la expedición de dicho acto a la aprobación previa de la sociedad fiduciaria encargada del pago de la prestación. La Subsección “B”

de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia proferida el 14 de febrero de 2013, en el proceso con radicación número 25000-23-25-000-2010-01073-01 (1048-12) y ponencia del consejero Doctor Gerardo Arenas Monsalve, siendo demandante Luz Nidia Olarte Mateus y demandado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se refirió a la legitimación en la causa por pasiva de la accionada en los siguientes términos: "De lo anterior se infiere que a la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece la docente peticionaria se le confía la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue una prestación social, resolución que con posterioridad debía aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ello, en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones. En efecto, no hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989. Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales {Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo. Así las cosas, contrario a lo afirmado por la parte demandada, estima lo Sala que el extremo pasivo de la presente controversia fue integrado en debida forma dado que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición de la demandante tendiente a obtener el reajuste de la prestación pensión al que viene percibiendo, como en efecto lo hizo mediante los actos demandados. Lo anterior, permite declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y entrar al fondo del presente asunto, bajo las siguientes consideraciones." . Entonces, la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar trámites que se adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación, dada la evidente complejidad que ello entrañaba; sin embargo, no despojó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, prevista en la Ley 91 de 1989. En este caso, si bien, la Secretaría de Educación de Boyacá elaboró el proyecto de acto administrativo por medio del cual se reconoció la pensión al demandante, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme al artículo 56 de la Ley 962 de 2005, quien tiene la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales. El ente territorial suscribió el acto administrativo en representación de la Nación razón por la cual se sustrae de la relación sustancial que dio origen a la demanda. Queda así establecida la legitimación en la causa material de la demandada para responder por la legalidad de los actos demandados.

DESCRIPTORES – Restrictores:

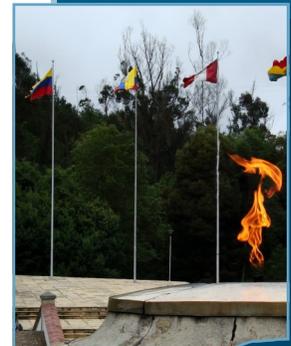
SANCIÓN DISCIPLINARIA – Incidencia en el reconocimiento pensional.

RECONOCIMIENTO PENSIONAL – Incidencia de la sanción disciplinaria.

RECONOCIMIENTO PENSIONAL – Cálculo del último año de servicios ante la existencia de una suspensión disciplinaria.

TESIS:

La jueza a quo sostuvo que no era procedente tener en cuenta como último año de servicios, el periodo comprendido entre el 7 de noviembre de 2010 y el 6 de marzo de 2012, toda vez que la demandante adquirió el status el 8 de marzo de 2012, es decir, a su juicio, el último año de servicios debe contabilizarse desde el 8 de marzo de 2011 al 7 de marzo de 2012, independientemente que durante los meses





que fue sancionada disciplinariamente no hubiere percibido emolumento alguno. Contrario sensu, la parte demandante considera que los 4 meses que duró la sanción no deben ser tenidos en cuenta para calcular la mesada, comoquiera que pierde 1/3 de la pensión, además, porque no se encontraba en servicio así la relación laboral no se hubiera terminado. Como se precisó en los antecedentes de esta sentencia, el a-quo para concluir que el último año de servicios debía atender incluso el período en el cual la demandante estuvo suspendida disciplinariamente, como se observa al folio 201 vto., hizo alusión a la sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 22 de septiembre de 2010 en el proceso con radicación número 11001-03-25-000-2006-00049-00(1067-06), con ponencia del Consejero Doctor Gerardo Arenas Monsalve. En un esfuerzo interpretativo del recurso de apelación, citado en el acápite pertinente, a pesar de la confusión que el mismo revela, entiende la Sala que la inconformidad del apelante se contrae a que tal sustento jurisprudencial es aplicable para el caso de pago de aportes pensionales y no para el reconocimiento pensional en sí mismo. Leída la jurisprudencia indicada, se observa que tal pronunciamiento declaró nulo el inciso 2o del artículo 71 del Decreto 806 de 1998 "Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general en todo el territorio nacional", precisamente al considerar que: "...Consecuente con lo hasta aquí expuesto, considera la Sala que suspender el pago de los aportes a la seguridad social cuando se presenta suspensión en el ejercicio de las funciones por parte del trabajador, implica para éste, el desconocimiento de los derechos a la permanencia y continuidad en el sistema. Aunado a lo anterior, no se evidencia una causa que justifique la exoneración que la norma le hace al Estado de no cancelar los aportes cuando el servidor se encuentra en licencia no remunerada o ha sido sancionado disciplinariamente con suspensión, contrario a lo que ocurre en tratándose de empleador privado el que aún en presencia de una cualquiera de las situaciones administrativas descritas, está en la obligación de pagar los aportes que a él le corresponden con base en el último salario base reportado. Así las cosas, al no tener fundamento la exoneración al Estado del pago de la cotización cuando el servidor público está suspendido del ejercicio de sus funciones por sanción disciplinaria o por licencia no remunerada, se impone la anulación del aparte normativo demandado, por vulnerar los principios de igualdad, solidaridad, continuidad y reserva de la ley como ejes centrales del Sistema de Seguridad Social. (...) Esa sentencia, permitía concluir, como lo hizo la jueza a-quo, que "... la citada sanción no implica retiro del servicio..." pero además se pronunció el Consejo de Estado para señalar que: (...). Entonces, contrario a la conclusión del a-quo, no encuentra la Sala fundamento para concluir que en el último año de prestación de servicios debe ser tomado en cuenta el período en el cual el empleado estuvo suspendido y no devengó emolumento salarial ni hizo aportes al sistema pensional, precisamente por ello, como lo señala la sentencia citada, tal período no puede computarse para efectos prestacionales, entre otros el de la pensión de jubilación. De esta forma entonces, sin perjuicio de la sanción disciplinaria, lo cierto es que para efectos pensionales la norma dispone que se tendrá en cuenta el último año de servicios, lo cual implica que ese año, que puede ser continuo o discontinuo, debe tomarse en el sentido útil, es decir de servicios que impliquen remuneración y aportes a pensión, pues ésta es esta la base para liquidar la pensión; de lo contrario, se tendría que los efectos de la sanción trascienden su órbita para afectar en adelante el derecho pensional, que es de tracto sucesivo. En este caso, entonces, se concluye que el último año de servicios fue discontinuo pero, en manera alguna puede aceptarse que los últimos doce meses, por razón de la sanción disciplinaria se reducen a ocho, ello sería aplicar una norma que no existe, pues pensión en este caso se liquida sobre la base de lo devengado en el último año de servicios, en es decir los últimos 12 meses en los que recibió remuneración. Como se observa a folios 138 y subsiguientes, a Gloria Isabel Hernández Díaz, docente de la Escuela Escobal del Municipio de El Cocuy, mediante la Resolución No. 0008 de 3 de agosto de 2010, le fue impuesta sanción disciplinaria de "suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para ejercer función pública en cualquier cargo por un término de cuatro (4) meses". La sanción disciplinaria fue cumplida en el periodo comprendido entre el 5 de julio de 2011 y el 4 de noviembre de 2011. En consecuencia el periodo base para determinar la pensión será del 7 de noviembre de 2010 al 4 de julio de 2011 y del 5 de noviembre de 2011 al 8 de marzo de 2012, lo cual reporta el último año de que trata la Ley 33 de 1985.

MAGISTRADO: DR. FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
PROVIDENCIA: Auto de fecha 26 de septiembre de 2017
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: FRANCY YANETH CARRERO SANDOVAL
DEMANDADO: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
RADICACIÓN: 15001333301220150002401



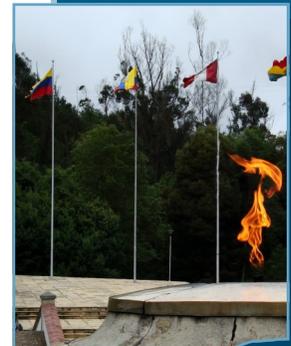
DESCRIPTORES – Restrictores:

ACTOS ADMINISTRATIVOS – Clasificación.

CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – No es posible analizarla respecto de un acto que por su naturaleza no es pasible de control de legalidad.

TESIS:

Con el objeto de resolver la problemática planteada en el recurso de apelación, se realizará un análisis de solo una parte de la inmensa clasificación de los actos administrativos; así, comienza la Sala por advertir, que existen dos categorías en las cuales se dividen estos a saber: i) por los efectos que producen, y ii) su decisión o contenido. Desde el punto de vista del efecto que producen, resulta que los actos pueden clasificarse en generales y particulares, siendo los primeros aquellos que se dirigen a personas indeterminadas (decretos) y los individuales son los que se refieren a personas determinadas específicamente; es importante en este punto resaltar, que la determinación o indeterminación no se refiere al número de personas a las cuales se dirija el acto, sino al hecho que las mismas estén singularizadas. De otra parte, desde el punto de vista de su contenido, existen tres clases de actos, los definitivos, de trámite y de ejecución. Los actos administrativos definitivos o principales están contemplados en el artículo 43 de la Ley 1437 de 2011 y se definen como aquellos "que deciden el fondo del asunto de manera directa o indirecta, o que hagan imposible continuar con la actuación". Por su parte, los actos administrativos de trámite son los que se expiden como parte de un procedimiento administrativo que se encamina a adoptar una decisión; y los de ejecución, cuyo objeto es dar cumplimiento a lo ordenado en un acto administrativo anterior o a lo dispuesto por un Juez en una sentencia. (...) Así las cosas, uno de los elementos que determinan si un acto es pasible o no de control judicial, es su grado de afectación a un derecho, en dicho punto convergen las clasificaciones expuestas, pues para el fin citado es necesario que la decisión adoptada en el acto administrativo no solo cree, modifique o afecte un derecho particular (para una o varias personas), sino que, además, el contenido de dicho acto debe ser de tal naturaleza que ponga fin a la actuación administrativa que lo originó. De lo expuesto con anterioridad se infiere la imposibilidad para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de pronunciarse acerca de la legalidad de los actos administrativos previos que se dan durante el transcurso de la actuación administrativa o de los que se den con posterioridad a la firmeza del acto administrativo que puso fin a la actuación, puesto que la manifestación unilateral de voluntad de la administración solo se verá plasmada en el acto definitivo, tal como lo manifestó el H. Consejo de Estado en la providencia que a continuación se cita: (...) En este mismo sentido se ha pronunciado la H. Corte Constitucional, al indicar que los actos de trámite dentro de la actuación administrativa tienen como fin dar impulso al procedimiento hasta tanto se tome una decisión de fondo que la concluya, por tanto, sería este último acto el que podría ser demandado. Se puede concluir de lo expuesto hasta el momento, que para determinar si se está ante un acto de trámite o uno definitivo habrá de analizarse: i) si pone fin a la actuación administrativa, ii) tiene como consecuencia la afectación de un derecho particular, es decir, lo crea, modifica o extingue. En el sub examine, el apoderado de la accionante recurrió la providencia que declaró probada la caducidad de la acción respecto del oficio N° GC 20127010000411 de fecha 6 de enero de 2012; oportunidad en la que expuso como argumento que el A quo injustificadamente alteró el nexo de causalidad existente entre los dos actos administrativos acusados, pues en su criterio, los oficios GC20127010000411 del 6 de enero de 2012 y No 20137010008201 del 4 de octubre de 2013, son una misma decisión de la administración, que alteró una situación jurídica concreta de la accionante. Sobre el particular, considera la Sala que no es cierto que los actos demandados constituyan un único e inescindible pronunciamiento de la administración, toda vez que son producto de actuaciones administrativas diferentes, tal como a continuación se sustenta. A través de derecho de petición de fecha 2 de agosto de 2011, reiterado el 31 de enero de 2013, la demandante solicitó ante la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía General de la Nación su reintegro o nueva vinculación en apli-





cación a lo ordenado en la Sentencia SU 446 de 2011 de la Corte Constitucional, en el cargo de Asistente de Fiscal III, o de ser posible, en el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Tunja. La citada petición fue atendida mediante el oficio GC 20127010000411 del 6 de enero de 2012, oportunidad en que se le informó que la documentación por ella aportada sería remitida al Cuerpo Técnico de Investigación CTI para que realice el estudio de seguridad, el cual se necesita para una posible vinculación, también se le informó que si el mencionado estudio cumple con las exigencias normativas sería fijada fecha para la prueba psicotécnica. En el mismo acto administrativo le fue comunicado que la práctica de los exámenes anteriormente citados no genera para la entidad obligación de vincularla si alguno de ellos muestra un resultado negativo o si no son suficientes el número de vacantes. Posteriormente, el 23 de septiembre de 2013, la demandante radicó derecho de petición dirigido al Fiscal General de la Nación, por medio del cual solicitó nuevamente su reintegro al cargo que venía desempeñando en dicha entidad, así como que se realice el reconocimiento y pago de salarios y demás derechos laborales causados desde el 8 de abril de 2010, con los intereses a que haya lugar, y la indemnización moratoria correspondiente. El citado derecho de petición se decidió negativamente mediante oficio No 20137010008201 del 4 de octubre de 2013, expedido por el jefe de la Oficina de Personal - Secretario Técnico de la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía, como quiera que revisado el Sistema de Información ORFEO no se encontró que Franci Yaneth Carrero Sandoval hubiese efectuado solicitud antes del 31 de enero de 2012, conforme lo dispuesto en la Circular 001 del 2 de enero de 2012. Del recuento realizado, es posible concluir que los actos administrativos demandados fueron producto de dos actuaciones administrativas diferentes, además mientras el primero se limita a informar el trámite a seguir a efectos de su reincorporación a la planta de personal como empleada de la Fiscalía, el segundo si decide de fondo sobre la petición negándola. Para sustentar lo anterior, es importante precisar que el oficio GC 20127010000411 de fecha 6 de enero de 2012 comunicó al accionante que fue recibida su petición, y que le sería realizados una serie de exámenes para determinar la viabilidad de su reincorporación a la planta de personal; en tal sentido, no puede considerarse que definió la situación jurídica respecto del derecho reclamado, pues ni negó su reincorporación a la planta de personal, ni accedió a la referida solicitud. Brota de los argumentos expuestos que el oficio GC 20127010000411 de fecha 6 de febrero de 2012, no era un acto administrativo definitivo que pudiera, ser objeto de control por parte de la Jurisdicción Contencioso -Administrativa sino un acto de mero trámite. Así las cosas, la primera precisión que debe realizar la Sala respecto la de decisión del A quo es que no era posible analizar la caducidad de un acto que por su naturaleza no es pasible de control de legalidad. Si bien, en el fondo es claro tanto para el A quo como para este Tribunal que no puede tramitarse la pretensión de nulidad respecto del oficio GC 20127010000411 de fecha 6 de enero de 2012, la juez de primera instancia erró al estudiar si el mismo fue demandado en término, pues tal como lo ha considerado el Consejo de Estado, la caducidad solo debe ser analizada respecto de aquellos actos que pongan fin a la actuación administrativa. Se concluye entonces que existe mérito para modificar la decisión adoptada en providencia de 7 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, pues la razón por la que no puede analizarse la nulidad del oficio GC 20127010000411 de fecha 6 de febrero de 2012, no es que el mismo haya sido demandado por fuera del término de caducidad, sino que, al ser de trámite no es susceptible de control judicial, lo que configura respecto del mismo inepta demanda.

MAGISTRADO: DR. JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

PROVIDENCIA: Sentencia de segunda instancia fecha 12 de septiembre de 2017.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: LUZ DARY MUÑOZ VARGAS

DEMANDADO: MUNICIPIO DE CUCAITA

RADICACIÓN: 15001333300320140016301



DESCRIPTORES – Restrictores:

DESPIDO INDIRECTO POR MOTIVO DE EMBARAZO – Renuncia provocada por el nominador.

DESVIACIÓN DE PODER – Configuración.

PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA POR ESTADO DE EMBARZO – Conciliación de situaciones contrapuestas para efectos del restablecimiento del derecho tales como la falta de requisitos para el cargo y el estado de gravidez.

PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA POR ESTADO DE EMBARZO – Pago oficioso de la indemnización prevista en los artículos 21 del Decreto No. 3135 de 1968 y 41 del Decreto No. 1848 de 1969, en razón a que la actora era un sujeto de especial protección y con fundamento en la sentencia C-197 de 1999 de la Corte Constitucional

TESIS:

Verificado el expediente, según como fue relacionado en el acápite precedente, de las pruebas documentales allegadas al plenario no se observa circunstancia diferente a que la accionante renunció al cargo que ocupaba como Inspector de Policía código 303 grado 03 del MUNICIPIO DE CUCAITA de forma voluntaria e irrevocable. Sin embargo, al acusarse en este caso en esencia la configuración de la causal de nulidad de desviación de poder, la Sala no puede pasar por alto que precisamente los móviles de una eventual actuación alejada de los principios que rigen la función pública tratan de disimularse, ocultarse o desaparecerse por parte de quienes ejecutan los actos reprochables, para efectos de no dejar huella de los mismos. Esta circunstancia no ha sido ajena a los razonamientos del Consejo de Estado, que con base en la doctrina especializada ha afirmado: (...)Por ello, en casos como el presente es deber del Juez auscultar con sumo detalle el contenido de las probanzas que integran el proceso, para verificar no solo la existencia de hechos claramente probados, sino también de aquellos a los que se llega por vía indiciaria o que se reconstruyen a partir de diferentes elementos de convicción, todo lo anterior con fundamento en las reglas de la sana crítica y de la experiencia, de acuerdo a lo indicado en el artículo 176 del CGP. En el sub lite, los medios de prueba con los que se pretende demostrar la desviación de poder son los testimonios recaudados durante el trámite procesal; no obstante, los mismos -antes de analizar sus pormenores- generan una dificultad adicional al tallador debido a la falta de una total consistencia conjunta. De esta forma, puede aseverarse que existen dos versiones de lo ocurrido; una que indica que la demandante renunció voluntariamente y sugiere con sutileza que la motivación de esa decisión fue la advertencia de la ausencia de requisitos para ocupar el cargo por parte de la Secretaría de Gobierno y Talento Humano del MUNICIPIO DE CUCAITA; y otra que sostiene que la renuncia no fue libre ni espontánea, sino que el 10 de febrero de 2014 el Alcalde de la localidad, en compañía con otros funcionarios (incluyendo la aludida Secretaria de Gobierno y Talento Humano), citó a la demandante para pedirle que se separara del cargo en virtud de un compromiso que tenía frente al mismo, e incluso le indicó a la actora cómo debía motivar su manifestación por escrito. Al respecto, la jurisprudencia ha explicado que cuando existen varias versiones verosímiles, el Juez debe establecer el peso de cada hipótesis teniendo como sustento los postulados de la sana crítica y, ante escenarios con el mismo peso, debe inclinarse por aquel que cuente con un mayor grado de probabilidad lógica: (...) En el presente caso, las pruebas testimoniales e indiciarias permiten asegurar que la renuncia presentada por la actora fue provocada por su nominador. Al respecto, fue probado que el 10 de febrero de 2014 le fue pedida la renuncia a la accionante en una reunión realizada en el despacho del Alcalde, aun cuando ésta se encontraba embarazada y, por ende, gozaba de una estabilidad laboral reforzada. Sin embargo, debido a que la actora no cumplía los requisitos legales para ocupar el cargo, la Sala considera que el restablecimiento del derecho no puede implicar el reintegro al servicio con el pago de la totalidad de los salarios y prestaciones dejados de percibir, sino únicamente el pago de los emolumentos que hubiera devengado hasta la fecha del parto y el posterior goce de la licencia de maternidad. Lo anterior por cuanto se presume legalmente que la causa del despido indirecto fue el embarazo y, en todo caso, aquel es constitutivo de desviación de poder. Finalmente, la Sala oficiosamente ordenará el pago de la indemnización prevista en los artículos 21 del Decreto No. 3135 de 1968 y 41 del Decreto No. 1848 de 1969, esto es, el equivalente a 60 días de salario, tomando como base el último devengado, en razón a que la actora era un sujeto de especial protección y con fundamento en lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-197 de 1999.





MAGISTRADO: DR. LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
PROVIDENCIA: Auto de fecha 7 de julio de 2017
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ABEL DE JESÚS CARDOZO QUINTANA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN: 15001233300020170039300



DESCRIPTORES – Restrictores:

SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO TARDÍO DE LAS CESANTÍAS – Como no es un asunto de carácter laboral, la determinación de la competencia para conocer de estos procesos se rige por el numeral 3º del artículo 155 del C.P.A.C.A.

TESIS:

La demanda de la referencia presentada por Abel de Jesús Cardozo Quintana, contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja, fue remitida a esta Corporación por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, quien por auto del 7 de diciembre de 2016, resolvió obtenerse de avocar conocimiento por carecer de competencia en razón de la cuantía. Observa el despacho que en todo caso al demandar un acto administrativo o pronunciamiento de la administración pública que negó la pretensión económica del demandante se debe acudir a la acción propia descrita en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, que reza: (...). En el sub lite, se configuró el acto administrativo ficto o presunto por la no respuesta a la solicitud para el reconocimiento de la sanción moratoria en el retardo del pago de las cesantías, aspecto que descontextualiza la formulación de un título ejecutivo, y traslada la titularidad de la acción a la postulación del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos concretos. El numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala: (...) 3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes". Para el despacho está claro que en el presente caso no se está frente a la hipótesis de un asunto laboral en el que la regla para la competencia por el factor cuantía sería la del numeral 2 ibídem, sino que se trata de un caso muy distinto en el que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho pretende la nulidad de un acto administrativo ficto o presunto por la falta de respuesta a la solicitud del pago de la sanción moratoria, es decir, el reconocimiento económico de unos intereses ocasionados por el pago tardío de un prestación ya reconocida y cancelada. En otras palabras, en el presente caso no se discute el reconocimiento de una prestación laboral, como son las cesantías, sino la consecuencia económica del no pago oportuno de la misma, equivalente a la sanción económica. Por lo anterior, al existir manifestación de voluntad de la administración en un acto administrativo concreto, que no tiene carácter laboral, la competencia se asigna a los jueces administrativos conforme al numeral 3 del artículo 155 del C.P.C.A. Así las cosas, se observa que el actor en el escrito visible a folio 35, fijó el monto de la cuantía en la suma de (\$172.789.165), suma que no alcanza a los 300 SMLMV necesarios para atribuir la competencia para conocer de este proceso, lo cual fuerza su remisión los Juzgados Administrativos como lo dispone el artículo 168 del CPACA. En consecuencia, la competencia para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, corresponde evidentemente al Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Tunja a quien le fue asignada la demanda por reparto.

MAGISTRADA: Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
PROVIDENCIA: Auto de segunda instancia de fecha 31 de agosto de 2017.
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CARLOS EDUARDO USSA PÉREZ
DEMANDADO: CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ
RADICACIÓN: 15001333301020160010001



DESCRIPTORES – Restrictores:

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Las pretensiones aducidas en ésta no tienen que ser idénticas a las planteadas en la demanda.

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – No es posible pedir la nulidad de un acto administrativo de carácter particular porque ésta es un competencia exclusiva del juez administrativo, pero podrá conciliarse sobre sus efectos económicos, evento en el cual se entenderá revocado.

TESIS:

La conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad cuando en la demanda se formulan pretensiones, como en el sub examine, de restablecimiento de un derecho, tal como lo prevé el artículo 161 numeral 1o del CPACA, en consonancia con el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 y el Decreto 1716 de 2009. A su turno, la solicitud de conciliación presentada ante la Procuraduría, debe contener las pretensiones y los asuntos origen de la mentada solicitud para que, en sede judicial y en caso de no prosperar, se pueda demandar por las mismas razones. Lo anterior, implica que si se realiza la audiencia de conciliación extrajudicial y se declara fracasada, el accionante puede acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa a demandar las pretensiones a las que se contrajo la solicitud; no obstante, según el criterio del máximo órgano contencioso administrativo, las pretensiones no exigen ser idénticas, pues basta que el objeto coincida con el problema jurídico planteado ante el Procurador. La Sección Primera de esa Corporación, mediante auto proferido el 23 de febrero de 2016, en el proceso con radicación número 25000-23-41-000-2014-01206-01 y ponencia del Consejero Doctor Guillermo Vargas Ayala, sostuvo: "La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha encargado de analizar el asunto planteando la siguiente interrogante: ¿hasta qué punta deben coincidir los asuntos sometidos a conciliación extrajudicial con aquellos planteadas en el texto de la demanda? Lo anterior partiendo de la premisa básica de que el texto de aquélla no puede, ni debe ser una reproducción literal del acta de conciliación [...] En este sentido, la Sección Quinta del Consejo de Estado al ocuparse de temas relacionados con la obtención de una reparación integral efectiva para las víctimas en casos de derechos humanos, consideró que entre la solicitud de conciliación extrajudicial y la demanda no necesariamente debe existir plena coincidencia en los textos, en cuanto resulta suficiente que la demanda y la petición de conciliación sean congruentes en el "objeto" del asunto, para entender cumplido el requisito en estudio. La anterior postura fue adoptada por la Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado, en tanto en mi caso similar concluyó el objeto de controversia que llevó al demandante a presentar la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público y la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es el mismo. Ahora bien, en el asunto objeto de estudio tenemos que de la comparación entre las pretensiones expuestas en la solicitud de conciliación prejudicial y los consignadas en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, se observa que si bien no son exactamente iguales, respecto de los valores, si se evidencia una congruencia entre los dos escritos. " Una juiciosa lectura de la jurisprudencia traída en cita, permite afirmar que los requisitos y alcances de la demanda y de la solicitud de conciliación extrajudicial son distintos y que basta con que ambas resulten congruentes en el objeto del asunto para entender agotado el requisito. De hecho, cuando se acude a la conciliación extrajudicial, su objeto sustancial es económico y no de legalidad de actos administrativos. En materia contencioso administrativa, la Ley 1285 de 2009 estableció la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acudir a dicha jurisdicción cuando se interpongan las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. Así mismo, el Decreto 1716 de 2009 precisó en su artículo 2o que pueden acudir a la conciliación las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, para llegar a un acuerdo entorno a conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las citadas acciones. De otra parte, el Consejo de Estado ha sostenido que resulta válido que en los acuerdos conciliatorios se pacten obligaciones sujetas al cumplimiento de algún plazo o condición, por lo que una vez llegado el plazo u ocurrida la condición, éstas se hacen exigibles. Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que el hecho de que los acuerdos conciliatorios a los que lleguen las partes de un contrato estatal estén contenidos en el acta de liquidación del mismo para poder declararse a paz y salvo, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 217 del Decreto 19 de 2012. Así mismo, la jurisprudencia contencioso administrativa ha preci-





sado que es posible conciliar las reclamaciones laborales derivadas de retiros del servicio, pues en estos casos el demandante sólo tiene meras expectativas derivadas de la acusación de un acto administrativo amparado con la presunción de legalidad, la cual se pretende desvirtuar con la demanda. En el mismo sentido, se ha sostenido que la pretensión de reintegro laboral, es un asunto conciliable, puesto que se trata de cuestiones económicas que no versan sobre derechos ciertos e indiscutibles. Así entonces, lo fundamental al momento de examinar si la conciliación extrajudicial guarda concordancia con la demanda no es el aspecto relativo a la legalidad sino al restablecimiento que se demanda, siempre que los hechos que dan lugar a ésta sean los mismos que se adujeron en la conciliación, ello por cuánto ante el Ministerio Público no se pretende discutir la legalidad del acto administrativo sino el pago económico que se pretendería en una demanda a título de restablecimiento del derecho, si ella fuera, posteriormente, presentada. (...)Sin duda, las pretensiones económicas formuladas en la audiencia de conciliación no son diferentes de las planteadas en la demanda, por el contrario, su objeto coincide plenamente, esto es, el reintegro y pago de salarios y demás emolumentos que debía devengar en la prestación del servicio. Ahora, la apoderada de la Contraloría adujo que, en sede de conciliación, no se alegó la ilegalidad de los actos administrativos y por consecuencia no se solicitó su nulidad, argumento que, en primer lugar, carece de razonabilidad pues, cuando más, si en sede de conciliación se llegara a un acuerdo de contenido económico, lo que procedería sería la revocatoria directa de los actos administrativos y, en segundo lugar, tampoco es de recibo el argumento puesto que, como quedó indicado, la ahora entidad demandada se opuso a la conciliación, precisamente, al considerar que los actos ahora demandados se ajustaban a la legalidad. Recuérdese que la facultad para declarar la nulidad de un acto administrativo es de exclusiva competencia del juez administrativo, quien por definición, ha sido desde siempre el guardián de la legalidad administrativa, facultad que no compete al Ministerio Público al llevar a cabo la conciliación extrajudicial, en consecuencia esta es una pretensión que no puede formularse en esa sede; se reitera, sólo que si se llegara al acuerdo conciliatorio se entenderá revocado el acto administrativo como lo prevé la ley y lo ha entendido la jurisprudencia de tiempo atrás. Ahora, la entidad accionada manifestó que no se determinaron los requisitos de forma y contenido que permiten inferir que el objeto de la conciliación y la demanda es idéntico; además, sostuvo que los argumentos de la conciliación no pueden ser cambiados al momento de la presentación de la demanda, toda vez que si ello ocurre, se produce un hecho nuevo que exigiría agotamiento de la vía gubernativa. Como se observó en los apartes transcritos de la demanda y de la solicitud, es evidente que en los dos escritos se alega el vicio de los actos que desvincularon al señor Carlos Eduardo Ussa Pérez; contrario a lo sostenido por la entidad demandada, en ambas, las pretensiones se encaminan al pago de salarios, prestaciones y emolumentos que debió devengar el actor por el tiempo que duró desvinculado del servicio que, como se indicó ut supra, fue consecuencia de los actos administrativos que ahora se demandan, fueron expedidos por la demandada antes convocada a la conciliación y, además, no queda duda que tuvo perfecto conocimiento de que esas decisiones, eran las que motivaban la inconformidad del antes convocante, ahora demandante, en consecuencia, no puede alegar que se le llama a un proceso judicial asaltando su derecho a tener previamente la opción de ofrecer un acuerdo económico que ponga fin a la controversia que ahora se trajo a la sede judicial.

MAGISTRADO: DR. FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

PROVIDENCIA: Sentencia de segunda instancia del 13 de junio de 2017

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: JOSE EUSTACIO JIMENEZ GARCIA

DEMANDADO: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES UGGPP

RADICACIÓN: 15001333300920140011702



DESCRIPTORES – Restrictores:

SOBRESUELDO PARA SERVIDORES DEL INPEC – Como factor salarial que es debe ser incluido en la liquidación pensional.

ADICIÓN DE LA SENTENCIA – Inaplicación del artículo 287 del C.P.C. para incluir en la segunda instancia el sobresueldo dentro de la base de liquidación pensional, pese a no haber sido la sentencia apelada por el actor.

**TESIS:**

En el mismo sentido, el Decreto 446 de 1994 reguló el pago del sobresueldo a los servidores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, así: (...) De lo anterior se infiere que el sobresueldo se encuentra establecido de manera taxativa como factor salarial y que se percibe de manera habitual en razón de las necesidades del servicio, por lo que se ordenará su inclusión al momento de reliquidar la pensión del actor. (...) De otra parte, no pasa desapercibido el hecho de que el "sobresueldo", no obstante haber sido devengado por el actor en el último año de servicio, no fue objeto de análisis por parte del A-quo y no fue alegado vía recurso de apelación por el demandante, circunstancia que a la luz del artículo 287 del CGP, restringe en principio la competencia del superior para adicionar la sentencia, así: (...). No obstante lo anterior, dicha condición no puede limitar la facultad del superior jerárquico de manera absoluta, menos tratándose de amparar derechos fundamentales irrenunciables, como lo es el derecho a la seguridad social, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional, al considerar: "...La Corporación estima que el mismo carácter tuitivo justifica la inclusión del derecho a la seguridad social dentro de los derechos que no pueden ser objeto de menoscabo al resolver la apelación, pues el afiliado o el beneficiario de los sistemas de seguridad social también merece protección especial y advierte que a favor de esta tesis procede aducir que, según las reformas últimamente efectuadas y en particular las introducidas por la Ley 1149 de 2007, el Código Procesal ya no lo es exclusivamente del trabajo, puesto que también lo es de la seguridad social. (...) ...En conclusión, sería inconstitucional una interpretación del principio de consonancia que excluyera la protección de derechos mínimos irrenunciables del trabajador como los previstos en los artículos 48 y 53 de la Carta y, por ello, a su protección debe acceder el juez, aún cuando los motivos de su violación no hayan sido sustentados al interponer el recurso de apelación, pues, se reitera, su desconocimiento constituiría una flagrante violación del principio de irrenunciabilidad que, de acuerdo con el artículo 53 superior, ampara los derechos mínimos del trabajador, del principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal establecido en el artículo 228 de la Constitución y del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Carta con el carácter de derecho irrenunciable.. (...) " Así las cosas, atendiendo a la connotación que tiene la seguridad social como derecho fundamental, en estrecha sujeción con los derechos a la igualdad, al mínimo vital y al pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones, entre otros, y dado el carácter universal e irrenunciable de los mismos, se deberá dar aplicación al artículo 4o constitucional, por lo que se resolverá inaplicar la citada norma procedimental, y, consecuentemente, se adicionará la sentencia apelada para incluir el sobresueldo dentro de la base de liquidación pensional.

DESCRIPTORES – Restrictores:

COSA JUZGADA Y SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO DEL 4 DE AGOSTO DE 2011 - Solo opera para quienes provocaron las providencias denegatorias antes de esa sentencia y sólo para las mesadas pensionales causadas hasta la fecha de su firmeza – Reiteración jurisprudencial.

TESIS:

En cuanto a la efectividad del reajuste, se recoge criterio adoptado por la Sala en sentencia del 16 de marzo de 2015, relativo a los efectos de cosa juzgada de las providencias proferidas por la jurisdicción con anterioridad a la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, oportunidad en la cual se expuso: "Esta Sala concluye entonces, que a raíz de la relevancia que trae consigo la aplicación del derecho viviente, es lógico advertir que la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, proferida por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cumple los tres elementos para tener efectos vinculantes y para precisar de una vez por todas la interpretación más acertada sobre la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año. En este sentido, a partir de la expedición de dicha providencia, es decir, el 4 de agosto de 2010, dada la nueva interpretación real y operante de la norma, cambiaron los argumentos jurídicos con que venían los particulares a solicitar la reliquidación de su mesada pensional con la inclusión de todos los factores salariales, y la de los fallados al momento de decidir tales asuntos. De la misma manera que con anterioridad al 4 de agosto de 2010, la causa que tenían los demandantes para conseguir la liquidación de la pensión era diferente en virtud del derecho viviente que para la época regía, con posterioridad a la misma fecha la norma viviente cambió, y se fundó una interpretación incluyente la cual amparó los

derechos de quienes reclamaban la liquidación de la pensión con todos los factores salariales. A partir de la fecha mencionada, se instituyó una interpretación progresiva y favorable a los derechos de los pensionados y generó un nuevo acontecimiento de hecho y un nuevo argumento jurídico en el que se fundaron las pretensiones existentes y que convirtió la nueva acción instaurada en un caso no similar al anterior. (...) Para la Sala, cabe colegir que las sentencias denegatorias de reliquidación pensional proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo antes de la expedición de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 hacen tránsito a cosa juzgada respecto de las mesadas pensionales causadas hasta la firmeza de la referida sentencia, pero no a las que se causen con posterioridad a ella, pues en esos casos el sujeto encontrará una nueva situación normativa que podrá hacer valer para promover un nuevo litigio, más aun teniendo en cuenta que la prestación en estudio es de naturaleza periódica y de tracto sucesivo. En suma, cabe reiterar, la cosa juzgada solo opera para quienes provocaron las providencias denegatorias antes de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 y sólo para las mesadas pensionales causadas hasta la fecha de su firmeza. (...)" Bajo esta óptica, teniendo en cuenta que la sentencia del 22 de abril de 2010 proferida por el Consejo de Estado, que resolvió en segunda instancia una demanda de reliquidación pensional impetrada por el actor, mantuvo sus efectos hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, esto es, el 1 de octubre de 2010, se ordenará el pago de las diferencias de las mesadas causadas a partir de esta fecha, al configurarse cosa juzgada relativa respecto de las mesadas causadas con anterioridad, tal como lo consideró el A quo en la sentencia objeto de apelación.



REPARACIÓN DIRECTA

MAGISTRADO: Dr. JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

PROVIDENCIA: Sentencia de segunda instancia fecha 27 de junio de 2017.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: ANGELA MARGOTH ROJAS GARCÍA

DEMANDADO: MUNICIPIO DE TUNJA

RADICACIÓN: 15001333300520140008301



DESCRIPTORES – Restrictores:

PERJUICIOS DERIVADOS DE LA DECLATORIA DE ÁREA DE RESERVA AMBIENTAL POR PARTE DEL ESTADO A UN PREDIO DE PROPIEDAD PRIVADA - Inexistencia de responsabilidad del municipio por haber actuado en cumplimiento del deber que la Constitución y la ley le imponían.

TESIS:

Como quiera que el caso bajo estudio se circunscribe a la afectación del lote de propiedad de la demandante en área de protección ambiental por reserva de rondas, de acuerdo al POT de Tunja, suceso que impidió el licenciamiento para la construcción orientado a satisfacer el interés de la propietaria, causando perjuicios materiales y morales, es menester señalar, que de conformidad con lo establecido en el artículo 313 C.P., que estableció como una de las funciones de los Concejos Municipales, las de reglamentar el uso de suelos y dentro de los límites que fije la Ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, así como la de dictar normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del ente municipal. Es por lo anterior y tal como se señaló en líneas precedentes, en cumplimiento de las directrices Constitucionales, se expidió la Ley 388 de 1997, la cual señaló de manera puntual las funciones que en materia de desarrollo y ordenamiento municipal pueden dictar las autoridades municipales, en cuyo literal B, del Numeral 1° del artículo 10°, señaló el deber de las autoridades territoriales de definir las directrices para el manejo de las cuencas hidrográficas y para la conservación de las áreas de especial importancia dadas las características propias del ecosistema en su territorio. Conforme a lo antes señalado, fue expedido el Acuerdo 014 de 2001, “por medio del cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Tunja”, mediante el cual se dispuso en su artículo 225... áreas de protección ambiental reserva rondas, como: (...) Asimismo, el numeral 2° del artículo 24 ibidem, estableció como áreas protegidas o suelos de protección, entre otras las siguientes: (...) Por su parte, tal como se señaló en el Oficio suscrito por la Asesora de Planeación Municipal de fecha 13 de diciembre de 2012 (fl. 58-61), señaló que: el predio No. 01030697001500, según el mapa P-42 (uso del Suelo Urbano), se encuentra localizado en las siguientes áreas de ocupación... área de protección ambiental reserva rondas, código UENP para la cual en el artículo 162 del P.O.T...” (Subraya la Sala). En tal virtud y conforme a lo anteriormente señalado es preciso advertir que en cumplimiento de sus funciones legales, el Concejo Municipal, al establecer en el Acuerdo 014 de 2001, la limitación por área de protección ambiental - reserva de rondas, dentro de los cuales se encuentra el predio de la accionante, actuó en cumplimiento del deber que la Constitución y la Ley le imponen, así como su actuar se encuentra dentro de los límites allí establecidos, circunstancia esta que para la Sala deja ver que la actuación de la Administración Municipal es legítima. Ahora bien, aunado a lo anteriormente expuesto se tiene que dentro de las áreas protegidas se reconoce la existencia de propiedad privada, por tanto, el derecho subsiste, pero los atributos del uso y usufructo del inmueble están limitados en virtud de la función ecológica de la propiedad y la primacía del interés general de conservar las áreas de especial interés ecológico, limitación que afecta directamente el poder de usufructuarlo plenamente dado que, como en el caso sub examine, el particular aunque puede enajenar libremente su propiedad cuando esta se encuentra en una zona de reserva ambiental, no puede realizar obras de infraestructura o construcciones de edificaciones sin la licencia previa de la autoridad competente, y mientras esto se produce es obvio que el particular debe respetar todas las normas del Código de recursos naturales renovables. En este punto, acerca del reconocimiento de perjuicios, derivados de la declaratoria de área de reserva ambiental por parte del Estado a un predio de propiedad privada, como lo señaló la parte actora en su escrito de alza da, ha dicho recientemente el Honorable Consejo de Estado: “Para la Sala, en aplicación de lo dicho en



el numeral I de esta Sentencia, en el presente caso se debe realizar un análisis de la medida adoptada por el INDERENA en el caso concreto y de sus consecuencias con el fin de determinar el grado de afectación de la propiedad de los demandantes. Como se indicó en dicho aparte, le corresponde al demandante probar la imposibilidad o limitación jurídica o fáctica de explotación del bien de su propiedad por la declaratoria de afectación al interés general. Si de las pruebas aportadas al proceso el juez infiere que la afectación tiene efectos expropiatorios, es decir, imposibilita toda explotación jurídica o económica de la propiedad, se deberá indemnizar por la totalidad del valor del predio -descontando la valorización generada por la afectación en los términos del artículo 219 C.C.A. - y ordenar la aplicación del artículo 220 C.C.A.; ahora bien, si de la naturaleza de la afectación y de lo probado por las partes en el proceso se encuentra que la limitación en el ejercicio de propiedad tiene carácter parcial o que el ordenamiento jurídico permite usos adecuados a la afectación y compensaciones tarifarias, esto se deberá tener en cuenta con el fin de establecer el alcance concreto de los perjuicios; finalmente, si la limitación derivada de la afectación resulta de naturaleza leve, se deberá realizar un juicio más severo para determinar la existencia de un daño especial que deba ser indemnizado, por cuanto dichas afectaciones leves obedecen al ámbito normal de cargas que todo propietario debe soportar por el hecho de serlo. A pesar de haberlo afirmado durante el proceso, la parte actora no acreditó mediante medios probatorios idóneos que, en el presente caso, el INDERENA hubiere realizado un sellamiento de la propiedad, hubiere prohibido la entrada del propietario o hubiere materialmente impedido a los demandantes el acceso al predio declarado como zona de reserva forestal protectora. Tampoco probó la existencia de un derecho, una relación obligacional una práctica de mercado o, al menos, una expectativa cierta de ganancias a partir de la explotación de su predio: la verdad es que se limitó a afirmar, sin darle sustento probatorio, que para el momento en que se hizo efectiva la declaratoria de Zona de Reserva Forestal Protectora había realizado inversiones para explotar la zona con ganadería o que se habían iniciado las actividades tendientes a construir una Universidad de la Megadiversidad, por lo tanto, esta Sala no reconocerá los perjuicios derivados del lucro cesante alegado por la parte actora. La Sala debe recalcar que, en materia de afectaciones al interés general, no resulta suficiente que el actor alegue que no pudo utilizar el bien de acuerdo con sus propósitos íntimos o sus meras expectativas, puesto que el artículo 669 C.C., es claro en afirmar que la propiedad debe ejercerse con sujeción a la ley; en el caso concreto la Finca "El Saldo" su explotación económica y jurídica debe realizarse en concordancia con la afectación que pesa sobre el bien, esto es, la de una Reserva Forestal Protectora. En ese orden, en los eventos en que se ha intentado conocer los límites de la potestad del legislador en cuanto a la regulación de los derechos fundamentales, y en menor escala, las atribuciones de la Administración para la restricción de libertades, la doctrina y la jurisprudencia han advertido que los derechos, aún los de carácter Constitucional, no pueden considerarse ilimitados o absolutos, pues deben ceder ante el interés general y los fines esenciales del Estado. Ahora bien, en cuanto al argumento de la parte actora, en que el ente municipal debía poner en conocimiento de la propietaria del lote y suscribir la información en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, de la limitación a la propiedad, como zona ambiental de reserva por afectación de la ronda del río, es preciso advertir, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 9ª de 1989, previo: "Toda afectación por causa de una obra pública tendrá una duración de tres (3) años renovables, hasta una máximo de seis (6) y deberá notificarse personalmente al propietario e inscribirse en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, so pena de inexistencia. La afectación quedará sin efecto, de pleno derecho, si el inmueble no fuere adquirido por la entidad pública que haya impuesto la afectación o en cuyo favor fue impuesta, durante su vigencia", en tal sentido, no es admisible el argumento en cuestión, como quiera, que el deber de información únicamente hace referencia a la afectación de una obra pública, que se encuentra en la riva de la ronda de un río, por lo que se concluye que la entidad no omitió ningún deber legal, en tanto no se trata de una obra pública sino de un lote de terreno privado. Además de lo anterior, corresponde a la Sala advertir, que la Ley 388 de 1997, que entre otras cosas, regula los Planes de Ordenamiento Territorial, no contempla que los usos del suelo deban registrarse en cada inmueble, de suerte que las disposiciones que en dicha materia emitan los entes locales, para ser efectivas, no requieren de su registro y basta con la publicación del plan de ordenamiento territorial para su obligatorio cumplimiento, tal como en efecto fue señalado por el Ministerio Público en su Concepto. En cuanto al punto anterior que además es sostenido por el recurrente, frente al ejercicio de una actuación legítima del Estado, por cuanto, luego de la compra del lote en cuestión ha venido pagando lo correspondiente a impuesto predial, lo que le ofreció una falsa expectativa, considera la Sala necesario advertir que, tal como se indicó en líneas precedentes, los Planes de Ordenamiento Territorial son de público conocimiento, razón por la cual la información se encontra-

ba al acceso permanente de la accionante, y en todo caso podía solicitar, si así lo creyera necesario, la exoneración del pago de impuestos, ante la entidad competente. Bajo el contexto anterior es preciso destacar, que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, las expectativas legítimas y estados de confianza se consolidan y se defraudan cuando se presentan los siguientes supuestos, a saber: (...) Aplicando los anteriores parámetros al caso específico, no se advierte la existencia de un comportamiento estatal que haya suscitado expectativas legítimas en la demandante, encaminadas a reconocer y permitir la explotación del bien objeto del litigio, sin ninguna clase de restricción, máxime cuando la función social y ecológica de la propiedad no se deriva solamente del acuerdo que aprobó el POT sino de los principios contemplados en la Constitución Política; adicionalmente, porque no se encontró que se hubiere transgredido el principio de confianza legítima por algún daño provocado por el desconocimiento de expectativas legítimas o de intereses creados al amparo de la confianza, por cuanto claramente el POT fue expedido en el año 2001, siendo fijado en la cartelera de la Secretaría de la Alcaldía a partir del 1º de junio de 2001, mientras que la señora Ángela Margoth Rojas, adquirió el bien según la Escritura Pública el 20 de junio de 2002, por consiguiente, no se encuentra configurado el daño antijurídico, de ahí que la sentencia de primera instancia será confirmada.



MAGISTRADA: DRA. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
PROVIDENCIA: Auto de fecha 30 de agosto de 2017
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: RAMIRO LEAL RESTREPO Y OTROS
DEMANDADOS: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
RADICACIÓN: 15001333301520160007603



DESCRIPTORES – Restrictores:

JURAMENTO ESTIMATORIO – Noción.

TESIS:

El juramento estimatorio, se encuentra regulado como medio de prueba en el artículo 206 del Código General del Proceso y es aplicable al caso por remisión del artículo 306 del CPACA. (...)A su turno, la Sección Tercera, Subsección “C” de esa Corporación, mediante la sentencia proferida el 31 de octubre de 2016, en el proceso con radicación número 11001-03-26-000-2016-00073-00 (56949) y ponencia del Consejero Doctor Guillermo Sánchez Luque, definió el juramento estimatorio así: “12. Mediante el juramento estimatorio se pretende que el demandante valore, bajo la gravedad de juramento, el monto al cual ascienden los perjuicios que reclaman en el proceso. Es un mecanismo dirigido a desincentivar las pretensiones desbordadas, pues los principios de transparencia y lealtad procesales exigen que las partes hayan sufrido los perjuicios en las cantidades respectivas y que estén en disposición de probarlos en el trámite del proceso, so pena de la imposición de multas en su contra. El juramento estimatorio fue establecido en el ordenamiento jurídico colombiano, en las anteriores Códigos Judicial y de Procedimiento Civil, que facultaron al demandante para estimar en dinero el valor del perjuicio reclamado, en procesos como los de ejecución por perjuicios compensatorios y de rendición de cuentas. La Ley 1395 del 2010 amplió su campo de aplicación a todos los procesos en los cuales se pretendiera el reconocimiento, pago o compensación de una indemnización, en los cuales la parte demandante debía estimar razonadamente y bajo juramento el monto al cual ascendían sus reclamaciones. Actualmente, el artículo 206 del Código General del Proceso establece que quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos, el cual fungirá de prueba si su cuantía no es objetada. Dicha norma establece, como regla general, que el juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo que: (i) se trate de perjuicios ocurridos con posterioridad a la demanda o (ii) cuando la parte contraria lo objete.”

DESCRIPTORES – Restrictores:

JURAMENTO ESTIMATORIO - No puede admitirse como prueba y a su vez como un requisito formal de la demanda.



JURAMENTO ESTIMATORIO – Aplicación en los procesos que se tramitan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

JURAMENTO ESTIMATORIO – Como medio de prueba no debe confundirse con la estimación razonada de la cuantía.

TESIS:

*La jueza a quo al resolver sobre las pruebas dijo que atenderla el juramento estimatorio como el requisito de estimación de la cuantía, si bien no lo negó expresamente, como correspondía a la decisión que ocupaba ese momento de la audiencia, así lo entendió la actora al apelar y la jueza al conceder el recurso. Ello impone atender que, en efecto fue desestimado y por ello cabe examinar de fondo el asunto. (...) Como se precisó, sostuvo la a-quo que tendría en cuenta el juramento estimatorio en los términos del artículo 206 del C.G.P y 162 del CPACA. Sea lo primero señalar que no puede admitirse el juramento estimatorio como prueba y a su vez como un requisito formal de la demanda, pues ello implicaría transpolar el fin de la norma en el campo de la jurisdicción contencioso administrativa. En efecto, obsérvese, que el artículo 82 del CGP, prevé que el juramento estimatorio constituye como un requisito de la demanda, cuando éste sea necesario; requisito que no fue previsto en el artículo 162 del CPACA que regula, taxativamente, los requisitos de la demanda que se presenta ante esta jurisdicción, sin que allí se contemple como exigencia el juramento estimatorio; es decir, para efecto determinar los requisitos formales de la demanda, no puede el juez acudir a la aplicación del artículo 306 del CPACA a fin de llenar un vacío regulatorio que, como queda explicado, no existe. Así entonces, mientras el artículo 206 del CGP determina que el juramento estimatorio tiene fines probatorios; por su parte, el artículo 162 del CPACA acude a la cuantía pero sólo a efecto de fijar la competencia funcional. Por ello resulta anti técnico señalar, como lo hace el a-quo, que atenderá el juramento estimatorio para los efectos de competencia por cuantía. Ahora bien, el artículo 211 del CPACA, es categórico al establecer que, en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria, las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso. Si bien el CPACA contiene un capítulo que se ocupa de las pruebas, este avanza únicamente a aspectos como la oportunidad para pedir las, la prueba de oficio, el valor probatorio de las copias simples, la declaración de representantes de entidades públicas, el peritaje y la experticia de parte, por tanto, la norma del procedimiento civil es aplicable en lo concerniente a los medios de prueba. Ahora, el carácter probatorio del juramento estimatorio en el proceso contencioso administrativo, **no** tiene un carácter absoluto de aplicación, si bien es cierto que debe darse un procedimiento especial a este medio de prueba, no lo es menos que, en caso de no objetarse, el juez debe acudir a otros medios de prueba para determinar el monto real de la indemnización. Aunado a lo anterior, el juramento estimatorio como medio de prueba en el campo del derecho administrativo, no puede analizarse de forma aislada, pues el patrimonio público, como derecho colectivo, se integra al interés general, y no puede dejarse de lado a la hora de colocarlo en la balanza ante la omisión de la entidad pública demandada en objetar la prueba, tanto como sucede al valorar la prueba pericial; ello reafirma la necesidad de valorarlo en conjunto con la realidad probatoria que reporte el plenario, sin que se pierda de vista que es esta una de las circunstancias que impone el ejercicio de la facultad probatoria de oficio. (...) Ahora, al revisar la demanda se observa a folios 19 y siguientes el acápite denominado "PRUEBAS" en su lectura no se encuentra que el demandante haya acudido a solicitar que se tuvieran como tal el juramento estimatorio; por el contrario, solicitó documentales, declaraciones y la prueba pericial, antes examinada, lo cual por si solo desestima el juramento estimatorio con carácter probatorio. Luego, en el acápite 6. "ESTIMACION RAZONADA DE LA CUANTÍA" (fl 22 y s.s.), precisó los perjuicios materiales (6.1.1) e inmateriales (6.1.2.) y en como parte del mismo acápite tituló señaló "6.2. ESTIMACIÓN RAZONADA Y JURAMENTADA DE LA CUANTIA: De conformidad con lo establecido en el Art. 206 del C.G.P. Bajo la gravedad del Juramento, se estima la cuantía en..." (Subrayado fuera de texto) Conforme lo dispone el artículo 162 del CPACA la demanda debe contener como requisitos "5. La petición de pruebas que el demandante pretenda hacer valer (...) 6. La estimación razonada de la cuantía..." En estas condiciones, si el demandante pretendía hacer uso del juramento estimatorio como prueba, era su deber indicarlo así con toda precisión, con mayor razón cuando de acudir a ello, la parte contraria tenía el derecho a objetarla; pero incluir tal valor en el acápite de estimación razonada de la cuantía, no sólo pudo generar desorientación a la parte contraria, lo cual ponía en riesgo su derecho de defensa, sino que, además,*

el juez no podría decretarlo en tal condición, en tanto, se reitera, no fue pedida con la formalidad que se exige, es decir, enunciada como aquella que pretendía hacer valer en el proceso, por el contrario lo que dijo en su demanda fue que así estimaba la cuantía, sin que el hacerlo bajo juramento pueda cambiar lo que expresamente señaló en el libelo. La transparencia y la lealtad procesal imponen a la parte indicar con exactitud cuáles pruebas pretende oponer a la parte demandada para sacar adelante sus pretensiones, de forma que ésta pueda ejercer el derecho de contradicción, en los términos legales. En las anteriores condiciones, es claro que el demandante no solicitó tener como prueba juramento estimatorio, y no puede ahora aprovecharse de ello en un momento procesal inoportuno. Así entonces, se confirmará el auto apelado.

MAGISTRADO: Dr. OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

PROVIDENCIA: Sentencia de fecha 31 de julio de 2017

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: JOSÉ ERNESTO SASTOQUE PARRA Y OTROS

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

RADICACIÓN: 15001333300320140013100

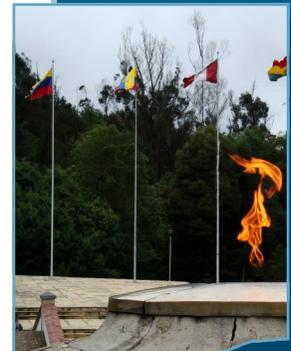


DESCRIPTORES – Restrictores:

FALLA EN EL SERVICIO POR EL INADECUADO MANEJO DE ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL - Estructuración por juego entre patrulleros con armas de dotación oficial.

TESIS:

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala concluye que para la fecha en la que el patrullero Fabio Sastoque Meló recibió un disparo con arma de fuego de dotación oficial por parte del también patrullero Rodrigo Romero Casallas, éstos se encontraban en servicio activo policial. Ahora bien respecto al arma de fuego con la cual se accionó el proyectil que impactó la humanidad del patrullero Fabio Ernesto Sastoque Meló, ésta estaba asignada al patrullero Rodrigo Romero Casallas, es decir, se trató de un arma de dotación oficial. Precisado lo anterior, ha de advertir la Sala que en el presente asunto se presentó una falla en el servicio por el inadecuado manejo del arma de dotación oficial asignada al patrullero Rodrigo Romero Casallas, ello por cuanto éste no tuvo en cuenta las medidas de seguridad en el manejo de éste tipo armas, pese a que contaba con el adiestramiento y capacitación necesarios para tal fin. En efecto, en el expediente aparece copia del acta de instrucción recibida por el patrullero Rodrigo Romero Casallas con fecha 17 de septiembre de 2012, sobre el manejo, arme y desarme de campaña, seguro, cargador (proveedores) del arma de fuego de las siguientes características: clase PISTOLA marca SIG SABER Modelo SP 2022 calibre 9, al momento de ser asignada para el servicio, destacándose las siguientes recomendaciones: “El arma de dotación es única y exclusivamente para el servicio, no se debe mantener cartucho dentro de la recámara, a menos que alguna situación así lo amerite, se le recuerda tener en cuenta y colocar en práctica el decálogo de seguridad con las armas de fuego, el cual es de pleno conocimiento del personal uniformado”. En la Resolución No. 03559 de 28 de septiembre de 2011, por medio de la cual se adoptó el manual logístico de la Policía Nacional, contiene el decálogo de seguridad de armas de fuego en los siguientes términos (Fls 254, 255): “1. Siempre que maneje un arma, inspeccione el arma al recibirla o entregarla, hágalo como si estuviera cargada, nunca pregunte si un arma está cargada, cerciórese por sí mismo y no accione el disparador. 2. Nunca apunte un arma cargada o descargada a objetivos a los cuales no piensa disparar. 3. Controle la boca del fuego de su arma cuando sufra una caída. 4. No mezcle bebidas alcohólicas con el manejo de armas. 5. Antes de cargar el arma revise la munición, debe estar limpia y seca, los cartuchos defectuosos causan accidentes. 6. Antes de oprimir el disparador piense cuál será la dirección del proyectil. 7. No dispare su arma a través de un obstáculo que le impida observar lo que hay detrás de él. 8. No abandone su arma de fuego donde pueda ser tomada por niños o personas inexpertas, manténgala en un lugar seguro y evitar que pueda ser usada contra nosotros o causar daños entre sus posibles manipuladores del arma. 9. No juegue con las armas. 10. Siempre inspeccione el arma al recibirla o entregarla. En todo caso oriente la boca de fuego del arma hacia un lugar seguro y mantenga el dedo fuera del disparador”. Adicionalmente el señor Intendente Andrés George Cárdenas Cárdenas en su condición de comandante de la Estación de Policía de Tibaná en su declaración manifestó que las instrucciones en la cuales se





recordaba a los agentes de policía el decálogo de las armas de fuego, así como la prohibición de su utilización para juego, se impartían mensualmente. Pese a que el patrullero Rodrigo Romero Casallas había obtenido la capacitación necesaria para el uso del arma de fuego que le fue asignada en dotación, omitió el cumplimiento estricto de tales instrucciones, ello por cuanto en el proceso está probado que el proyectil que impactó al señor Fabio Ernesto Sastoque Meló y que a la postre le ocasionó la muerte, fue ocasionado por su actuar negligente e imprudente en el manejo del arma de fuego de dotación. Al respecto resulta ilustrativo las conclusiones consignadas en el informe administrativo prestacional por muerte No. 053/2012 expedido por el Departamento de Policía de Boyacá de fecha 29 de octubre de 2012, en donde respecto a la muerte del patrullero Fabio Ernesto Sastoque Meló, se indicó: "(...) Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso objeto de estudio el señor patrullero Fabio Ernesto Sastoque Meló, el día de los hechos saca su arma y le apunta en la cara en forma de chanza al patrullero Romero Casallas Rodrigo, éste siguiendo el juego, coge el arma con su mano derecha la cual tenía en la cama, una vez la coge se gira y le apunta a la altura de la cabeza al patrullero Fabio Ernesto Sastoque Meló, y sin tener precaución desconociendo por completo el decálogo de seguridad y la instrucción impartida en seminarios teórico prácticos en cuanto al manejo de las armas de fuego, le propinó un tiro en la cabeza causándole la muerte al patrullero q.e.p.d. Fabio Ernesto Sastoque Meló". El uso negligente e imprudente del arma de fuego por parte del patrullero Rodrigo Romero Casallas, de igual forma se corrobora con lo manifestado por el patrullero Jairo Rodríguez Archilla quien fue testigo presencial de los hechos ocurridos el 5 de octubre de 2012 quien indicó lo siguiente: "(...) Después volvió a entrar el señor patrullero Sastoque Meló Fabio, cuando los volteo a mirar y vi a los patrulleros Sastoque y Romero apuntándose con las armas de fuego pistolas de dotación para el servicio en la cabeza y los dos gritándose palabras soeces. Adicionalmente ha de tener en cuenta la propia declaración del señor Rodrigo Romero Casallas quien en su declaración evidencia el uso irresponsable del arma de fuego de dotación oficial cuando sin mediar juicio de razón desenfunda su arma para responder al juego que le proponía el occiso de apuntarse mutuamente con el arma de fuego. En tal sentido y atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el impacto de proyectil de arma de fuego al patrullero Fabio Ernesto Sastoque Meló y que posteriormente le ocasionó la muerte, para la Sala es claro que en el presente caso ha de declararse la responsabilidad del Estado con fundamento en una falla en el servicio, pues lo probado en el proceso pone de manifiesto una inobservancia por parte del patrullero Rodrigo Romero Casallas de las más elementales medidas de precaución en el manejo de su arma de dotación, circunstancia de la cual se derivó el daño objeto del presente proceso. Sin embargo, si bien se encuentra acreditada la negligencia e irresponsabilidad por parte del patrullero Rodrigo Romero Casallas en el manejo del arma de fuego de dotación oficial, ha de indicar la Sala que de acuerdo a los elementos de prueba allegados al plenario, en el presente caso la víctima, esto es, el patrullero Fabio Ernesto Sastoque Meló, tuvo una participación en la causación del daño, tal como se expone a continuación.

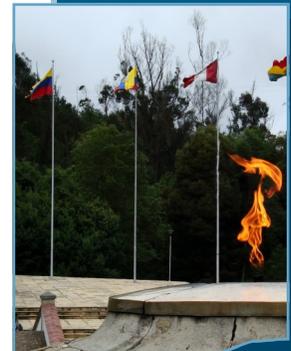
DESCRIPTORES – Restrictores:

FALLA EN EL SERVICIO POR EL INADECUADO MANEJO DE ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL - Concurrencia de hechos culposos por juego entre patrulleros con arma de dotación oficial.

TESIS:

Ha de advertir la Sala que tanto la parte demandante como la entidad demandada dentro de los recursos de apelación formulan su inconformidad en contra de la sentencia de primera instancia, en cuanto a la participación de la víctima en la causación del daño, por supuesto, cada una desde una óptica diferente y excluyente. En efecto, según la parte demandante en el presente asunto se debe proceder al reconocimiento del daño moral a los demandantes sin disminución en su tasación, por cuanto según su dicho, el fallecido Fabio Ernesto Sastoque Meló se debió únicamente a la actuación del agente Rodrigo Romero Casallas al accionar imprudentemente su arma de fuego de dotación oficial, sin que hubiera tenido participación el occiso, razón por la cual no se puede predicar una concurrencia de hechos culposos. A su turno la entidad demandada considera que en el presente caso no es dable atribuir responsabilidad patrimonial a la Policía Nacional por cuanto el daño (muerte) partió única y exclusivamente de la propia víctima quien con su conducta imprudente y desmedida provocó la causación de su propio perjuicio al haber utilizado imprudentemente su arma de dotación oficial, razón por la cual no le asiste responsabilidad alguna a la entidad demandada. A juicio de la Sala no le asiste razón al apoderado de la entidad demandada en razón a que de acuer-

do con la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que la excepción de culpa exclusiva de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad, se hace necesario que la participación de la víctima haya sido exclusiva, decisiva y determinante en la ocurrencia del hecho dañino. (...) Precisamente de acuerdo a lo analizado en precedencia, la causación del daño consistente en la muerte del señor Fabio Ernesto Sastoque Meló no fue causado únicamente por la actuación negligente y deliberada de la víctima (tal como se analizará a continuación), sino que en la concreción del mismo también fue consecuencia de la negligencia e irresponsabilidad por parte del patrullero Rodrigo Romero Casallas en el manejo del arma de fuego de dotación oficial, circunstancia que descarta de plano la existencia de una causal eximente de responsabilidad como lo es la culpa exclusiva de la víctima. De igual forma, tampoco le asiste razón a la parte demandante, por cuanto a juicio de la Sala, en el sub examine se encuentra probada la participación de la víctima en la causación de su propio daño, razón por la cual hay lugar a la aplicación del artículo 2357 del Código Civil, de tal suerte que la condena a imponerse será reducida. En efecto, dentro de la declaración rendida por el patrullero Jairo Rodríguez Archilla quien fue el único testigo presencial de los hechos ocurridos el 5 de octubre de 2012, manifestó lo siguiente: (...)Teniendo en cuenta su respuesta anterior sírvase hacer al despacho un relato cronológico de los mismos. **CONTESTÓ:** Siendo las 10:03 horas aproximadamente me encontraba recostado en mi cama hablando por celular con mi novia, cuando entró el señor patrullero Sastoque Meló Fabio y me dijo que saliéramos de la Estación y que fuéramos a patrullar, que había llamado mi teniente Cárdenas, saliendo el señor patrullero Sastoque de mi sitio de habitación, inmediatamente le dije al señor patrullero Romero Casallas Rodrigo que se alistara para salir rápido a patrullar, cuando unos segundos después volvió a entrar el señor patrullero Sastoque Meló Fabio, cuando los volteé a mirar y vi a los patrulleros Sastoque y Romero apuntándose con las armas de fuego pistolas de dotación para el servicio en la cabeza y los dos gritándose palabras soeces. (Destacado por la Sala). La declaración rendida por el patrullero Jairo Rodríguez Archilla en donde se advierte la conducta imprudente del señor Fabio Enrique Sastoque Meló en el uso de su arma de dotación oficial, se encuentra respaldada en otros elementos de prueba allegados al plenario. Así por ejemplo, ha de reiterarse las conclusiones consignadas en el informe administrativo prestacional por muerte No. 053/2012 expedido por el Departamento de Policía de Boyacá de fecha 29 de octubre de 2012, en donde respecto a las circunstancias que rodearon la muerte del patrullero Fabio Ernesto Sastoque Meló, se indicó: "(...) Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso objeto de estudio el señor patrullero Fabio Ernesto Sastoque Meló, el día de los hechos saca su arma y le apunta en la cara en forma de chanza al patrullero Romero Casallas Rodrigo, éste siguiendo el juego, coge el arma con su mano derecha la cual tenía en la cama, una vez la coge se gira y le apunta a la altura de la cabeza al patrullero Fabio Ernesto Sastoque Meló sin tener precaución desconociendo por completo el decálogo de seguridad y la instrucción impartida en seminarios teórico prácticos en cuanto al manejo de las armas de fuego, le propinó un tiro en la cabeza causándole la muerte al patrullero q.e.p.d. Fabio Ernesto Sastoque Meló". Ha de tenerse en cuenta que en la resolución mediante la cual se sancionó disciplinariamente al señor Rodrigo Romero Casallas por la muerte del patrullero Fabián Sastoque Melo, la Oficina de Control Interno del Departamento de Policía de Boyacá encontró probado que los patrulleros Romero y Sastoque se estaban apuntado con las armas de fuego en la cabeza y los dos gritándose palabras soeces, todo dentro de un juego entre los patrulleros; en efecto en la referida resolución se afirma lo siguiente: "(...) Se encuentra demostrado que para la fecha del 05/10/12 de acuerdo a la declaración rendida por el señor PT Jhon Rodríguez Archilla, se indica que observó que los patrulleros Romero Y Sastoque se estaban apuntado con las armas de fuego en la cabeza v los dos gritándose palabras soeces v donde posteriormente se escuchó un disparo. Se encuentra demostrado que el señor patrullero Romero Casallas Rodrigo accionó su arma de fuego en contra de la humanidad del señor patrullero Sastoque Meló Fabián. Lo que dio motivo a que se presentaran los hechos el día 05 de octubre de 2012 y donde se evidencia que el señor patrullero Romero se encontraba jugando con el arma de fuego con el señor patrullero Sastoque Meló de acuerdo a las pruebas allegadas al plenario, donde se indica que entre los dos uniformados le gustaba jugar con sus armas de fuego, **donde con éste actuar no tuvo en cuenta el numeral 9 del decálogo del uso de armas "no juegue con las armas"** (Destacado por la Sala). En consonancia con las conclusiones anteriores, encuentra la Sala un indicio que indica el uso negligente e irresponsable del arma de dotación oficial por parte del señor Fabio Ernesto Sastoque Meló en anteriores oportunidades, como lo es la declaración del patrullero Víctor Julio Hernández Benítez en donde afirmó lo siguiente: "(...) PREGUNTADO. Indique al despacho si usted tiene o no conocimiento que entre los patrulleros anteriormente relacionados se hubiese realizado alguna clase de broma o juegos con las armas de dotación para el servicio policial, en caso positivo podría indicarnos o no como en qué consistían las mismas. **CONTESTÓ:** En el día de hoy no tuve conocimiento de ello, anteriormente ellos si bromeaban con su armamento de dotación diciéndose que eran





locos y manipulaban su armamento, el patrullero Sastoque Meló era una de las personas que permanecía con un arma de dotación con cartucho en la recámara, no era la primera vez que bromeaban eso fue en varias ocasiones, el cual yo le daba recomendaciones que estuvieran pendientes con el armamento que eso no era juego y que fuera responsable con él, ya que el suscrito es el encargado del armamento de la estación (...)" (Destacado por la Sala), y que contrastado con la declaración del patrullero Jhon Rodríguez Archila, así como lo indicado en el informe administrativo prestacional por muerte y la resolución mediante la cual se sancionó disciplinariamente al señor Rodrigo Romero Casallas, permiten inferir que en efecto se presentó por parte de la víctima un uso negligente e irresponsable del arma de dotación oficial. Así las cosas, en la producción del hecho dañino objeto de la presente demanda contribuyó la víctima, quien con su actuación negligente e irresponsable al desenfundar su arma de dotación oficial, dentro de lo que según las pruebas allegadas al proceso, se trataba de un juego entre los patrulleros, contribuyó a que por parte del señor Rodrigo Romero Casallas en una actuación igualmente negligente e irresponsable de manera culposa hiciera uso de su arma de dotación oficial propinándole un disparo que le ocasionaría la muerte. En efecto, la conducta negligente e irresponsable del patrullero Fabio Ernesto Sastoque Meló (víctima), al apuntar con su arma de dotación oficial sobre la humanidad del patrullero Rodrigo Romero Casallas, evidencia el incumplimiento al decálogo de seguridad de armas de fuego, particularmente la que establece que "Nunca apunte un arma cargada o descargada a objetivos a los cuales no piensa disparar". Dicho lo anterior, para la Sala no cabe duda en cuanto a que la muerte del patrullero Fabio Ernesto Sastoque Meló fue consecuencia de la imprudencia e irresponsabilidad en que incurrieron la víctima y su compañero, el patrullero Rodrigo Romero Casallas, como quiera que actuaron de manera contraria a lo señalado por el decálogo de seguridad para el manejo de las armas y a las recomendaciones que constantemente se les impartía sobre el correcto uso de las mismas, en tanto ambos decidieron jugar con sus armas de fuego de dotación oficial, al apuntarse mutuamente con las armas en la cabeza. Y es que tanto el señor Fabio Ernesto Sastoque Meló (víctima) como su compañero el patrullero Rodrigo Romero Casallas, estaban en el deber de adoptar todas las previsiones y cuidados en el manejo de las armas de fuego que tenían a su cargo, máxime si se tiene en cuenta que éstos habían recibido la instrucción y capacitación necesaria para el manejo de este tipo de armas, con lo cual adquiere mayor relevancia su desatención de las reglas encaminadas a evitar la concreción de los riesgos que pudieran derivarse. En suma a juicio de la Sala en la muerte del patrullero Fabio Ernesto Sastoque Meló concurrió la falla en el servicio por parte de la Policía Nacional y el hecho de la víctima, por cuanto el comportamiento que asumió el señor Fabio Ernesto Sastoque Meló contribuyó de manera cierta y eficaz a la producción del hecho dañino, puesto que de no haberse presentado tal conducta, el resultado seguramente hubiese sido distinto, por lo que la condena se deberá disminuir en un 30% dada la concurrencia del hecho de la víctima en su deceso, razón por la cual se modificará la sentencia de primera instancia en éste punto. Lo anterior teniendo en cuenta que no resulta proporcional asignar el mismo porcentaje en la producción del daño aquí estudiado, a la conducta desplegada por la víctima Fabio Ernesto Sastoque Meló quien pese a manipular de manera imprudente su arma de dotación oficial no la accionó, en comparación con la actuación del señor Rodrigo Romero Casallas quien fue el que accionó su arma de fuego de dotación oficial impactando accidentalmente al señor Sastoque Meló ocasionándole la muerte, razón por la cual, la indemnización a reconocer será reducida en un 30%.

MAGISTRADO: Dr. FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

PROVIDENCIA: Sentencia de segunda instancia fecha 28 de septiembre de 2017.

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: MARÍA MERCEDES DAZA ARÍAS y OTROS

DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y OTROS

RADICACIÓN: 15001333100520110018901



DESCRIPTORES – Restrictores:

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OBRAS O TRABAJOS PÚBLICOS - Responsabilidad derivada de la actuación del contratista.

TESIS:

La Sala, a efecto de determinar si los hechos se enmarcan en los presupuestos de la responsabilidad del Estado, precisa que el daño que se alega en la demanda que dio origen al proceso de la referencia tiene como causa eficiente las obras o trabajos públicos que venían siendo ejecutados por un contratista, el Consorcio ECOAGUAS, en cumplimiento del contrato de obra No. 1081 de 2009, cuyo objeto era la construcción de la placa del puente sobre el río UPANE en la vía carretera GUAZO – municipio de MARIPI. Partiendo entonces de lo precisado, tendrá en cuenta la Sala que la jurisprudencia del Consejo de Estado vigente desde 1985, para los eventos relacionados con los daños que se ocasionen en la ejecución de obras públicas ejecutadas con el concurso de contratistas, tiene determinado que en tales casos: i) Es tanto como si la misma Administración la ejecutara directamente, la Administración es siempre la dueña o titular de la obra pública, ii) La realización de las obras siempre obedece a razones de servicio y de interés general, iii) No son oponibles a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista, esto es, exonerarse de responsabilidad extracontractual frente a esos terceros, en tanto la Administración debe responder si el servicio no funcionó, funcionó mal. En conclusión, en tales eventos se configura la responsabilidad del Estado por la actuación de su contratista y por lo mismo debe asumir la responsabilidad derivada de los perjuicios que puedan llegar a infligirse con ocasión de los referidos trabajos, puesto que se entiende como si la administración hubiese dado lugar al daño antijurídico. Lo anterior, es concordante con lo reiterado por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el entendido que cuando la Administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra a través de la cual va a prestar el servicio público, es tanto como si aquella la ejecutara directamente, esto es, que debe asumir la responsabilidad derivada de los perjuicios que puedan llegar a ocasionarse con ocasión de los referidos trabajos.

DESCRIPTORES – Restrictores:

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OBRAS O TRABAJOS PÚBLICOS – El título de imputación depende según sea la calidad de la víctima que sufre el daño: el operador, es decir la persona que ejecuta la obra, el usuario o el tercero.

TESIS:

Así mismo, teniendo en cuenta que en la demanda se alegó la indemnización de los perjuicios ocasionados a la víctima y a los familiares damnificados de quien sufrió un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, en sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente 15125, con ponencia del Magistrado Alier Eduardo Hernández Enriquez, el Máximo Tribunal de esta Jurisdicción ilustró lo siguiente: (...) Actualmente, en relación con la imputación jurídica del daño, debe decirse que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 19 de abril de 2012, expediente 21.515, con ponencia del Magistrado Hernán Andrade Rincón, unificó su posición para señalar que, al no existir consagración constitucional de ningún régimen de responsabilidad en especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos jurídicos de sus fallos, por lo que los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia. Con base en la aludida posición, el órgano de cierre, en punto a la responsabilidad que puede endilgársele a la Administración por hechos como los que en esta oportunidad ocupan la atención de la Sala, ha sostenido que tratándose de la ejecución de obras públicas se han manejado distintos regímenes de responsabilidad según sea la calidad de la víctima que sufre el daño, el operador, es decir la persona que ejecuta la obra, el usuario o el tercero, bajo el entendido que si se trata del operador que ejecuta una obra pública en beneficio de la Administración, el régimen aplicable sería el de la responsabilidad subjetiva bajo el título de imputación de la falla del servicio. En cambio, por regla general, un tratamiento distinto opera si la víctima del daño era el usuario o el tercero, porque en estos casos el régimen adecuado sería el de la responsabilidad objetiva, y en este escenario, en algunas oportunidades privilegió el título de imputación del riesgo creado y en otros casos habló del daño especial por el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas. De acuerdo con la posición jurisprudencial expuesta, resulta claro que estando ante un accidente de trabajo, la acción procedente es la extracontractual por cuanto quienes demandan son los familiares de la víctima por los daños materiales y morales y en cuanto al régimen de imputación bajo el cual se analizará el caso concreto, procede la Sala a verificar el acervo probatorio y, con base en el mismo, se establecerá si se trató del accidente sufrido por un tercero, o si la víctima se encontraba adelantando alguna actividad a favor de las demandadas, así como se analizará si estas últimas incurrieron en alguna conducta constitutiva de falla en el servicio, toda vez que, de ser así, será necesariamente el régimen subjetivo el que se abordará para analizar si se reúnen los elementos de la responsabilidad del Estado.





MAGISTRADO: Dr. JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

PROVIDENCIA: Sentencia de segunda instancia fecha 27 de junio de 2017.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: ANGELA MARGOTH ROJAS GARCÍA

DEMANDADO: MUNICIPIO DE TUNJA

RADICACIÓN: 15001333300520140008301

DESCRIPTORES – Restrictores:

PERJUICIOS DERIVADOS DE LA DECLARATORIA DE ÁREA DE RESERVA AMBIENTAL POR PARTE DEL ESTADO A UN PREDIO DE PROPIEDAD PRIVADA - Inexistencia de responsabilidad del municipio por haber actuado en cumplimiento del deber que la Constitución y la ley le imponían.

TESIS:

Como quiera que el caso bajo estudio se circunscribe a la afectación del lote de propiedad de la demandante en área de protección ambiental por reserva de rondas, de acuerdo al POT de Tunja, suceso que impidió el licenciamiento para la construcción orientado a satisfacer el interés de la propietaria, causando perjuicios materiales y morales, es menester señalar, que de conformidad con los establecido en el artículo 313 C.P., que estableció como una de las funciones de los Concejos Municipales, las de reglamentar el uso de suelos y dentro de los límites que fije la Ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, así como la de dictar normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del ente municipal. Es por lo anterior y tal como se señaló en líneas precedentes, en cumplimiento de las directrices Constitucionales, se expidió la Ley 388 de 1997, la cual señaló de manera puntual las funciones que en materia de desarrollo y ordenamiento municipal pueden dictar las autoridades municipales, en cuyo literal B, del Numeral 1º del artículo 10º, señaló el deber de las autoridades territoriales de definir las directrices para el manejo de las cuencas hidrográficas y para la conservación de las áreas de especial importancia dadas las características propias del ecosistema en su territorio. Conforme a lo antes señalado, fue expedido el Acuerdo 014 de 2001, “por medio del cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Tunja”, mediante el cual se dispuso en su artículo 225... áreas de protección ambiental reserva rondas, como: (...) Asimismo, el numeral 2º del artículo 24 ibídem, estableció como áreas protegidas o suelos de protección, entre otras las siguientes: (...) Por su parte, tal como se señaló en el Oficio suscrito por la Asesora de Planeación Municipal de fecha 13 de diciembre de 2012 (fl. 58-61), señaló que: el predio No. 01030697001500, según el mapa P-42 (uso del Suelo Urbano), se encuentra localizado en las siguientes áreas de ocupación... área de protección ambiental reserva rondas, código UENP para la cual en el artículo 162 del P.O.T...” (Subraya la Sala). En tal virtud y conforme a lo anteriormente señalado es preciso advertir que en cumplimiento de sus funciones legales, el Concejo Municipal, al establecer en el Acuerdo 014 de 2001, la limitación por área de protección ambiental- reserva de rondas, dentro de los cuales se encuentra el predio de la accionante, actuó en cumplimiento del deber que la Constitución y la Ley le imponen, así como su actuar se encuentra dentro de los límites allí establecidos, circunstancia esta que para la Sala deja ver que la actuación de la Administración Municipal es legítima. Ahora bien, aunado a lo anteriormente expuesto se tiene que dentro de las áreas protegidas se reconoce la existencia de propiedad privada, por tanto, el derecho subsiste, pero los atributos del uso y usufructo del inmueble están limitados en virtud de la función ecológica de la propiedad y la primacía del interés general de conservar las áreas de especial interés ecológico, limitación que afecta directamente el poder de usufructuarlo plenamente dado que, como en el caso sub examine, el particular aunque puede enajenar libremente su propiedad cuando esta se encuentra en una zona de reserva ambiental, no puede realizar obras de infraestructura o construcciones de edificaciones sin la licencia previa de la autoridad competente, y mientras esto se produce es obvio que el particular debe respetar todas las normas del Código de recursos naturales renovables. En este punto, acerca del reconocimiento de perjuicios, derivados de la declaratoria de área de reserva ambiental por parte del Estado a un predio de propiedad privada, como lo señaló la parte actora en su escrito de alzada, ha dicho recientemente el Honorable Consejo de Estado: “Para la Sala, en aplicación de lo dicho en el numeral I de esta Sentencia, en el presente caso se debe realizar un análisis de la medida adoptada por el INDERENA en el caso concreto y de sus consecuencias con el fin de determinar el grado de afectación de la propiedad de los demandantes. Como se indicó en

dicho aparte, le corresponde al demandante probar la imposibilidad o limitación jurídica o fáctica de explotación del bien de su propiedad por la declaratoria de afectación al interés general. Si de las pruebas aportadas al proceso el juez infiere que la afectación tiene efectos expropiatorios, es decir, imposibilita toda explotación jurídica o económica de la propiedad, se deberá indemnizar por la totalidad del valor del predio -descontando la valorización generada por la afectación en los términos del artículo 219 C.C.A. - y ordenar la aplicación del artículo 220 C.C.A.; ahora bien, si de la naturaleza de la afectación y de lo probado por las partes en el proceso se encuentra que la limitación en el ejercicio de propiedad tiene carácter parcial o que el ordenamiento jurídico permite usos adecuados a la afectación y compensaciones tarifarias, esto se deberá tener en cuenta con el fin de establecer el alcance concreto de los perjuicios; finalmente, si la limitación derivada de la afectación resulta de naturaleza leve, se deberá realizar un juicio más severo para determinar la existencia de un daño especial que deba ser indemnizado, por cuanto dichas afectaciones leves obedecen al ámbito normal de cargas que todo propietario debe soportar por el hecho de serlo. A pesar de haberlo afirmado durante el proceso, la parte actora no acreditó mediante medios probatorios idóneos que, en el presente caso, el INDERENA hubiere realizado un sellamiento de la propiedad, hubiere prohibido la entrada del propietario o hubiere materialmente impedido a los demandantes el acceso al predio declarado como zona de reserva forestal protectora. Tampoco probó la existencia de un derecho, una relación obligacional una práctica de mercado o, al menos, una expectativa cierta de ganancias a partir de la explotación de su predio: la verdad es que se limitó a afirmar, sin darle sustento probatorio, que para el momento en que se hizo efectiva la declaratoria de Zona de Reserva Forestal Protectora había realizado inversiones para explotar la zona con ganadería o que se habían iniciado las actividades tendientes a construir una Universidad de la Megadiversidad, por lo tanto, esta Sala no reconocerá los perjuicios derivados del lucro cesante alegado por la parte actora. La Sala debe recalcar que, en materia de afectaciones al interés general, no resulta suficiente que el actor alegue que no pudo utilizar el bien de acuerdo con sus propósitos íntimos o sus meras expectativas, puesto que el artículo 669 C.C., es claro en afirmar que la propiedad debe ejercerse con sujeción a la ley; en el caso concreto la Finca "El Saldo" su explotación económica y jurídica debe realizarse en concordancia con la afectación que pesa sobre el bien, esto es, la de una Reserva Forestal Protectora. En ese orden, en los eventos en que se ha intentado conocer los límites de la potestad del legislador en cuanto a la regulación de los derechos fundamentales, y en menor escala, las atribuciones de la Administración para la restricción de libertades, la doctrina y la jurisprudencia han advertido que los derechos, aún los de carácter Constitucional, no pueden considerarse ilimitados o absolutos, pues deben ceder ante el interés general y los fines esenciales del Estado. Ahora bien, en cuanto al argumento de la parte actora, en que el ente municipal debía poner en conocimiento de la propietaria del lote y suscribir la información en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, de la limitación a la propiedad, como zona ambiental de reserva por afectación de la ronda del río, es preciso advertir, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 9ª de 1989, previo: "Toda afectación por causa de una obra pública tendrá una duración de tres (3) años renovables, hasta una máximo de seis (6) y deberá notificarse personalmente al propietario e inscribirse en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, so pena de inexistencia. La afectación quedará sin efecto, de pleno derecho, si el inmueble no fuere adquirido por la entidad pública que haya impuesto la afectación o en cuyo favor fue impuesta, durante su vigencia", en tal sentido, no es admisible el argumento en cuestión, como quiera, que el deber de información únicamente hace referencia a la afectación de una obra pública, que se encuentra en la rivera de la ronda de un río, por lo que se concluye que la entidad no omitió ningún deber legal, en tanto no se trata de una obra pública sino de un lote de terreno privado. Además de lo anterior, corresponde a la Sala advertir, que la Ley 388 de 1997, que entre otras cosas, regula los Planes de Ordenamiento Territorial, no contempla que los usos del suelo deban registrarse en cada inmueble, de suerte que las disposiciones que en dicha materia emitan los entes locales, para ser efectivas, no requieren de su registro y basta con la publicación del plan de ordenamiento territorial para su obligatorio cumplimiento, tal como en efecto fue señalado por el Ministerio Público en su Concepto. En cuanto al punto anterior que además es sostenido por el recurrente, frente al ejercicio de una actuación legítima del Estado, por cuanto, luego de la compra del lote en cuestión ha venido pagando lo correspondiente a impuesto predial, lo que le ofreció una falsa expectativa, considera la Sala necesario advertir que, tal como se indicó en líneas precedentes, los Planes de Ordenamiento Territorial son de público conocimiento, razón por la cual la información se encontraba al acceso permanente de la accionante, y en todo caso podía solicitar, si así lo creyera necesario, la exoneración del pago de impuestos, ante la entidad competente. Bajo el contexto anterior es preciso destacar, que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, las expectativas legítimas y estados de confianza se consolidan y se defraudan cuando se presentan los siguientes supuestos, a saber: (...) Aplicando los





anteriores parámetros al caso específico, no se advierte la existencia de un comportamiento estatal que haya suscitado expectativas legítimas en la demandante, encaminadas a reconocer y permitir la explotación del bien objeto del litigio, sin ninguna clase de restricción, máxime cuando la fundón social y ecológica de la propiedad no se deriva solamente del acuerdo que aprobó el POT sino de los principios contemplados en la Constitución Política; adicionalmente, porque no se encontró que se hubiere transgredido el principio de confianza legítima por algún daño provocado por el desconocimiento de expectativas legítimas o de intereses creados al amparo de la confianza, por cuanto claramente el POT fue expedido en el año 2001, siendo fijado en la cartelera de la Secretaría de la Alcaldía a partir del 1º de junio de 2001, mientras que la señora Ángela Margoth Rojas, adquirió el bien según la Escritura Pública el 20 de junio de 2002, por consiguiente, no se encuentra configurado el daño antijurídico, de ahí que la sentencia de primera instancia será confirmada.

MAGISTRADA: DRA. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
PROVIDENCIA: Auto de fecha 30 de agosto de 2017
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: RAMIRO LEAL RESTREPO Y OTROS
DEMANDADOS: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
RADICACIÓN: 15001333301520160007603



DESCRIPTORES – Restrictores:

JURAMENTO ESTIMATORIO – Noción.

TESIS:

El juramento estimatorio, se encuentra regulado como medio de prueba en el artículo 206 del Código General del Proceso y es aplicable al caso por remisión del artículo 306 del CPACA. (...)A su turno, la Sección Tercera, Subsección "C" de esa Corporación, mediante la sentencia proferida el 31 de octubre de 2016, en el proceso con radicación número 11001-03-26-000-2016-00073-00 (56949) y ponencia del Consejero Doctor Guillermo Sánchez Luque, definió el juramento estimatorio así: "12. Mediante el juramento estimatorio se pretende que el demandante valore, bajo la gravedad de juramento, el monto al cual ascienden los perjuicios que reclaman en el proceso. Es un mecanismo dirigido a desincentivar las pretensiones desbordadas, pues los principios de transparencia y lealtad procesales exigen que las partes hayan sufrido los perjuicios en las cantidades respectivas y que estén en disposición de probarlos en el trámite del proceso, so pena de la imposición de multas en su contra. El juramento estimatorio fue establecido en el ordenamiento jurídico colombiano, en los anteriores Códigos Judicial y de Procedimiento Civil, que facultaron al demandante para estimar en dinero el valor del perjuicio reclamado, en procesos como los de ejecución por perjuicios compensatorios y de rendición de cuentas. La Ley 1395 del 2010 amplió su campo de aplicación a todos los procesos en los cuales se pretendiera el reconocimiento, pago o compensación de una indemnización, en los cuales la parte demandante debía estimar razonadamente y bajo juramento el monto al cual ascendían sus reclamaciones. Actualmente, el artículo 206 del Código General del Proceso establece que quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos, el cual fungirá de prueba si su cuantía no es objetada. Dicha norma establece, como regla general, que el juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo que: (i) se trate de perjuicios ocurridos con posterioridad a la demanda o (ii) cuando la parte contraria lo objete."

DESCRIPTORES – Restrictores:

JURAMENTO ESTIMATORIO - No puede admitirse como prueba y a su vez como un requisito formal de la demanda.

JURAMENTO ESTIMATORIO – Aplicación en los procesos que se tramitan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

JURAMENTO ESTIMATORIO – Como medio de prueba no debe confundirse con la estimación razonada de la cuantía.

TESIS:

La jueza a quo al resolver sobre las pruebas dijo que atenderla el juramento estimatorio como el requisito de estimación de la cuantía, si bien no lo negó expresamente, como correspondía a la decisión que ocupaba ese momento de la audiencia, así lo entendió la actora al apelar y la jueza al conceder el recurso. Ello impone atender que, en efecto fue desestimado y por ello cabe examinar de fondo el asunto. (...) Como se precisó, sostuvo la a-quo que tendría en cuenta el juramento estimatorio en los términos del artículo 206 del C.G.P y 162 del CPACA. Sea lo primero señalar que no puede admitirse el juramento estimatorio como prueba y a su vez como un requisito formal de la demanda, pues ello implicaría transgredir el fin de la norma en el campo de la jurisdicción contencioso administrativa. En efecto, obsérvese, que el artículo 82 del CGP, prevé que el juramento estimatorio constituye como un requisito de la demanda, cuando éste sea necesario; requisito que no fue previsto en el artículo 162 del CPACA que regula, taxativamente, los requisitos de la demanda que se presenta ante esta jurisdicción, sin que allí se contemple como exigencia el juramento estimatorio; es decir, para efecto determinar los requisitos formales de la demanda, no puede el juez acudir a la aplicación del artículo 306 del CPACA a fin de llenar un vacío regulatorio que, como queda explicado, no existe. Así entonces, mientras el artículo 206 del CGP determina que el juramento estimatorio tiene fines probatorios; por su parte, el artículo 162 del CPACA acude a la cuantía pero sólo a efecto de fijar la competencia funcional. Por ello resulta anti técnico señalar, como lo hace el a-quo, que atenderá el juramento estimatorio para los efectos de competencia por cuantía. Ahora bien, el artículo 211 del CPACA, es categórico al establecer que, en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria, las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso. Si bien el CPACA contiene un capítulo que se ocupa de las pruebas, este avanza únicamente a aspectos como la oportunidad para pedir las, la prueba de oficio, el valor probatorio de las copias simples, la declaración de representantes de entidades públicas, el peritaje y la experticia de parte, por tanto, la norma del procedimiento civil es aplicable en lo concerniente a los medios de prueba. Ahora, el carácter probatorio del juramento estimatorio en el proceso contencioso administrativo, no tiene un carácter absoluto de aplicación, si bien es cierto que debe darse un procedimiento especial a este medio de prueba, no lo es menos que, en caso de no objetarse, el juez debe acudir a otros medios de prueba para determinar el monto real de la indemnización. Aunado a lo anterior, el juramento estimatorio como medio de prueba en el campo del derecho administrativo, no puede analizarse de forma aislada, pues el patrimonio público, como derecho colectivo, se integra al interés general, y no puede dejarse de lado a la hora de colocarlo en la balanza ante la omisión de la entidad pública demandada en objetar la prueba, tanto como sucede al valorar la prueba pericial; ello reafirma la necesidad de valorarlo en conjunto con la realidad probatoria que reporte el plenario, sin que se pierda de vista que es esta una de las circunstancias que impone el ejercicio de la facultad probatoria de oficio. (...)Ahora, al revisar la demanda se observa a folios 19 y siguientes el acápite denominado "PRUEBAS" en su lectura no se encuentra que el demandante haya acudido a solicitar que se tuvieran como tal el juramento estimatorio; por el contrario, solicitó documentales, declaraciones y la prueba pericial, antes examinada, lo cual por si solo desestima el juramento estimatorio con carácter probatorio. Luego, en el acápite 6. "ESTIMACION RAZONADA DE LA CUANTÍA" (fl 22 y s.s.), precisó los perjuicios materiales (6.1.1) e inmateriales (6.1.2.) y en como parte del mismo acápite tituló señaló "6.2. ESTIMACIÓN RAZONADA Y JURAMENTADA DE LA CUANTIA: De conformidad con lo establecido en el Art.. 206 del C.G.P. Bajo la gravedad del Juramento, se estima la cuantía en..." (Subrayado fuera de texto)Conforme lo dispone el artículo 162 del CPACA la demanda debe contener como requisitos "5. La petición de pruebas que el demandante pretenda hacer valer (...) 6. La estimación razonada de la cuantía..." En estas condiciones, si el demandante pretendía hacer uso del juramento estimatorio como prueba, era su deber indicarlo así con toda precisión, con mayor razón cuando de acudir a ello, la parte contraria tenía el derecho a objetarla; pero incluir tal valor en el acápite de estimación razonada de la cuantía, no sólo pudo generar desorientación a la parte contraria, lo cual ponía en riesgo su derecho de defensa, sino que, además, el juez no podría decretarlo en tal condición, en tanto, se reitera, no fue pedida con la formalidad que se exige, es decir, enunciada como aquella que pretendía hacer valer en el proceso, por el contrario lo que dijo en su demanda fue que así estimaba la cuantía, sin que el hacerlo bajo juramento pueda cambiar lo que expresamente señaló en el libelo. La transparencia y la lealtad procesal imponen a la parte indicar con exactitud cuáles pruebas pretende oponer a la parte demanda-





da para sacar avante sus pretensiones, de forma que ésta pueda ejercer el derecho de contradicción, en los términos legales. En las anteriores condiciones, es claro que el demandante no solicitó tener como prueba juramento estimatorio, y no puede ahora aprovecharse de ello en un momento procesal inoportuno. Así entonces, se confirmará el auto apelado.

MAGISTRADO: Dr. LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

PROVIDENCIA: Sentencia de segunda instancia de fecha 13 de septiembre de 2017

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: CARLOS ANDRÉS BARAJAS JIMÉNEZ Y OTROS

DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

RADICACIÓN: 15001333300620140018001



DESCRIPTORES – Restrictores:

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – No basta con que se produzca un fallo absolutorio para deducir que la privación de la libertad, per se, fue injusta.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – Configuración del eximente de culpa exclusiva de la víctima consistente en haber participado en una riña donde resultó muerta una persona.

TESIS:

La Ley 904 de 2006, precepto legal bajo el cual fue juzgado el aquí demandante, contempla la posibilidad de privación preventiva de la libertad, de manera que en el examen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad debe demostrarse una transgresión a las garantías procesales de derecho de defensa y debido proceso, como quiera que no basta con afirmar que se produjo un fallo absolutorio para deducir la injusticia de la privación, pues la medida de aseguramiento implica la restricción de la libertad dentro del ejercicio legítimo del ius puniendi, sin que sea necesario que se encuentre demostrada la culpabilidad del detenido, ya que para esto, siempre deberá evacuarse la totalidad del procedimiento penal. Si bien en la jurisdicción penal no existieron elementos de prueba suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, las pruebas que allí se practicaron y que también hacen parte del presente expediente, dan cuenta de la intervención directa del implicado en los hechos que produjeron la muerte por la que fue acusado, de manera que surge como conclusión respecto a la presunta responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, la configuración del eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima. Recordemos que la responsabilidad penal y la extracontractual del Estado, tienen orígenes y finalidades diferentes, de modo que constituiría un error del administrador de justicia equiparar sus consecuencias, entendiéndose que por no presentarse fallo condenatorio, la privación de la libertad per se, es injusta, pues frente a la configuración de responsabilidad extracontractual del Estado deben concurrir los elementos de existir (i) un daño, (ii) una actuación u omisión de la administración, y (iv) un nexo de causalidad entre estos dos, sin que se configure ningún eximente de responsabilidad, luego de lo cual, sí habría lugar a declarar la responsabilidad del Estado, ordenando reparar los perjuicios causados. De las consideraciones expuestas sobre la facultad del Estado para privar preventivamente de la libertad a una persona, y de las correspondientes a culpa exclusiva de la víctima en materia de privación injusta de la libertad, es clara la configuración de ese eximente de responsabilidad, al establecerse de los testimonios relacionados en el fallo penal, que el aquí demandante participó en la riña que produjo la muerte de Fabio Andrés Toledo Díaz, existiendo certeza sobre las agresiones mutuas que se causaron, de manera que fue la conducta del demandante la que dio lugar a la investigación penal que se inició en su contra, cuya consecuencia (el homicidio de una persona) da lugar a que el Estado en ejercicio legítimo de sus facultades, a efectos de determinar la responsabilidad penal, procediera a restringir su libertad de manera preventiva. En efecto, sobre la participación del demandante en los hechos que dieron lugar a la investigación penal, obran los siguientes elementos probatorios: (...) De esta manera, es claro que tanto para la Fiscalía como órgano investigador, como para el Juez de Control de Garantías, existían indicios suficientes para considerar a Carlos Barajas como sospechoso del delito de homicidio, por actos que él desplegó y que dieron lugar a la investigación penal en su contra. Por otra parte, en el sustento de la demanda no se referencia argumen-

to adicional en que se soporte la presunta injusticia de la privación de la libertad, diferente al haberse proferido en su favor sentencia absolutoria, frente a lo cual, como se vio, se configura un eximente de responsabilidad. De manera que al no existir prueba del defectuoso ejercicio del ius punendi respecto a la investigación de ese hecho, sobre por qué no podía el aquí demandante ser considerado como sospechoso; ni se desvirtuaran los múltiples testimonios sobre su participación en la pelea (lo cual es aceptado en los hechos de la demanda, dando lugar a que se configure el eximente de responsabilidad), o se demostraran irregularidades en el decreto de la medida preventiva, no hay motivos para declarar la existencia de responsabilidad del Estado por la privación de la libertad de Carlos Andrés Barajas. De conformidad con lo expuesto, se revocará la decisión de primera instancia para en su lugar negar las pretensiones de la demanda por encontrar configurado el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.

MAGISTRADO: Dr. JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

PROVIDENCIA: Sentencia de segunda instancia de fecha 13 de junio de 2017.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: ALFONSO LÓPEZ PINEDA

DEMANDADOS: NACIÓN RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

RADICACIÓN: 1501333300420130013401



DESCRIPTORES – Restrictores:

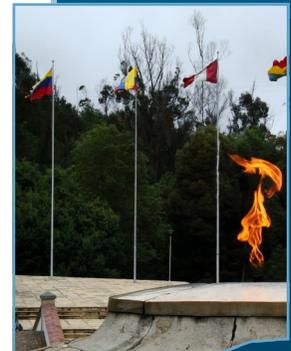
ERROR JURISDICCIONAL – Estructuración. Cargo suprimido por una autoridad administrativa incompetente y, sin embargo, se negaron las pretensiones de la demanda.

ERROR JURISDICCIONAL – Inexistencia de libre interpretación jurídica, pues ella ni siquiera se hizo.

REESTRUCTURACIÓN DE LAS PLANTAS DE PERSONAL Y SUPRESIÓN DE CARGOS – Competencias de los Concejos y de los Alcaldes Municipales.

TESIS:

El origen del daño se pregona por la parte demandante en el sub lite por la interpretación normativa aplicada en la providencia emitida por el Tribunal Administrativo de Casanare el 15 de septiembre de 2011 dentro del proceso 2002-00999-01. Así entonces, el análisis de la imputabilidad del daño implica verificar si se satisfacen los presupuestos para que se declare la responsabilidad del Estado por error judicial, tal y como lo determinó el a quo, por el contrario, si como lo sostiene la entidad apelante, la decisión judicial, obedece al principio de autoridad judicial y amerita que se revoque la sentencia de primera instancia. En la anterior medida, los presupuestos, como en precedencia se sostuvo, son: i) que respecto de la providencia contentiva del error se hayan agotado los recursos de ley, y por ende se encuentre ejecutoriada, y ii) que la providencia proferida por autoridad judicial, sea contraria a derecho. (...) Ahora, del segundo aspecto por analizar, es decir, si la providencia cuestionada es contraria a derecho, se dirá lo siguiente: El fallo de primera instancia emitido dentro del proceso 2002-0999, entre otras razones, había dejado plasmado que el Concejo Municipal de Cómbita, no era la autoridad judicial competente, pues la facultad de suprimir cargos, como el que ejercía el demandante, señor Alfonso López Pineda, era de autonomía propia del Alcalde Municipal, basado en las facultades conferidas por la Constitución Política de 1991. Por el contrario, el fallo de segunda instancia dentro del mismo proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, basado en las mismas normas constitucionales que sirvieron de fundamento al fallo del a quo sostuvo que el argumento de incompetencia de la autoridad que había expedido el Acuerdo No. 042 de 2001, no revestía el menor análisis, concluyendo que no asistía la razón para declarar la incompetencia del Concejo Municipal. Al respecto, el recurso de apelación presentado por la Rama Judicial dentro del proceso que en este momento se estudia, insistió como argumentos de defensa los mismos utilizados en la contestación de la demanda, que esa decisión se efectuó con fundamento a un análisis normativo propio de la acción que se ejerció, respetando el debido proceso y las garantías de las partes, y que el criterio adoptado lo fue por interpretación normativa fundado en el principio de autonomía judicial de las autoridades judiciales, lo que no permite concluir, que se hubiese actuado con el propósito de incurrir en un error judicial. Para dilucidar el problema jurí-





dico planteado, es necesario para la Sala realizar un análisis de las razones que fundamentaron la decisión de revocar la sentencia que había accedido a las pretensiones del actor, de reintegro y pago de salarios y prestaciones sociales, y por tanto, concretar que existe un error judicial de orden normativo. Para lo anterior, se destaca que la controversia gira en torno a la interpretación que le dio el juez de segunda instancia a los artículos 313 y 315 de la Constitución Política para definir las competencias tanto del Concejo Municipal como del Alcalde del Municipio de Cóbbita, concluyendo que la competencia para suprimir el cargo del señor Alfonso López Pineda, estaba en cabeza del Concejo Municipal. Sin embargo, es de anotar que precisamente por lo vacío del análisis normativo, no se encuentran las motivaciones de dicha decisión, ello bajo el señalamiento equivocado que el argumento de incompetencia para expedir el Acuerdo No. 042 de 2001, “no reviste el menor análisis” (fl. 146 C 1 proceso 2002-0999). Se percata la Sala al respecto, que el Tribunal en la providencia cuestionada no llevó a cabo un análisis normativo y por tanto, no le permitió llegar a una verdadera decisión en derecho. Sobre las competencias de los Concejos Municipales y los Alcaldes cuando de reestructuraciones en las plantas de personal y supresión de cargos se trata, existe abundante jurisprudencia, que le hubieran permitido llenarse de razones para adoptar una postura que no fuese errada como la que emitió. Como sustento normativo para el caso concreto, subsisten el artículo 313 y 315 de la Constitución Política, los cuales textualmente señalan respectivamente: (...) “Artículo 313. Corresponde a los concejos: 6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta. “Artículo 315. Son atribuciones del alcalde: 7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado. Al respecto, vale la pena traer a colación una providencia del Consejo de Estado, que se refiere de manera práctica al aspecto: “Los concejos municipales deberán determinar la estructura de la administración (...), las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a las diversas categorías de empleo; además la creación de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales (...) y autorizar la formación de sociedades de economía mixta. Por su parte los alcaldes son los encargados de: Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a los acuerdos, además suprimir o fusionar las entidades (...) de conformidad con las directrices generales de la Corporación. (...) Dicho todo lo anterior, la Sala concluye que la decisión de revocatoria del fallo de primera instancia, fue producto de una interpretación errada de la normas, y la hace constitutiva de error judicial, dado que se detectó una equivocación en derecho en la valoración normativa aplicable a uno de los cargos de anulación del acto administrativo que se acusaba en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. (...) Corolario a lo expuesto y para el caso bajo estudio, estima la Sala que tal como lo señaló el a quo, la Corporación Judicial aplicó una consecuencia jurídica que la ley no contempla, lo permite predicar la responsabilidad estatal deprecada, toda vez que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Casanare, se aparta de la autonomía funcional del juez. Nótese que en el sub lite, no se podría pregonar libre interpretación jurídica, pues ella ni siquiera se hizo y al contrario, sí produjo efectos dañinos en el demandante, pues resulta apenas evidente que la decisión errada de revocar la sentencia de primera instancia y negar las pretensiones, sin duda alguna causó en el accionante la restricción del reconocimiento de salarios y prestaciones sociales del cargo que venía desempeñando y que fue suprimido por una autoridad administrativa incompetente, y además de ello, a obtener el reintegro de su cargo, lo cual le generaba estabilidad laboral y derechos económicos, que no obtuvo por la decisión adoptada y que no estaba en el deber de soportar. En tales condiciones, para la Sala en el caso bajo estudio, se encuentra configurado un daño antijurídico imputable a la entidad demandada que compromete la responsabilidad patrimonial de ésta y por tal razón, se deben indemnizar los perjuicios materiales, debiéndose por tanto confirmar la decisión de primera instancia.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

MAGISTRADO: Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ

PROVIDENCIA: Auto de fecha 24 de agosto de 2017.

MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

DEMANDANTE: CONSORCIO AXIOMA UNO (CODECO Y CAS PJ LTDA.)

DEMANDADO: UNIÓN TEMPORAL COLINA CAMPESTRE (MUNICIPIO DE GARAGOA Y LA ASOSOCIACIÓN DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL SIGLO XXI

RADICACIÓN: 1500133330012013007502



DESCRIPTORES – Restrictores:

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – La caducidad no puede extenderse por actuaciones realizadas luego de vencido el término contractual pactado.

TESIS:

Para efecto de establecer cómo se debe contabilizar el término de caducidad para promover el medio de control de controversias contractuales por contratos de obra, la Subsección "C" de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 18 de mayo de 2017 con ponencia del Consejero Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en el proceso con radicación número 05001-23-31-000-2009-01038-02, expuso: (...)El Consejo de Estado acerca del término de caducidad también ha enfatizado que este es perentorio, improrrogable e indisponible, y no hay lugar a revivirlo convencionalmente. Así mismo, ha determinado que el término de caducidad para liquidar contratos se cuenta a partir de la fecha en que se produce o debió producirse la liquidación así: (...) Si bien los argumentos expuestos en la sentencia transcrita fueron esgrimidos en vigencia del Decreto 01 de 1984, en la actualidad tienen plena vigencia dado que la Ley 1437 de 2011, no realizó ningún cambio de carácter sustancial. Resulta ilustrativo al caso el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil a efecto de precisar que la modificación del plazo, debe ser expresa y no puede deducirse de actuaciones externas al contrato, aun cuando que provengan de las partes. (...) En las anteriores condiciones, resulta claro que las estipulaciones del contrato son las únicas que pueden atenderse a la hora de contabilizar los términos tanto de liquidación como de caducidad y que, en manera alguna, un documento suscrito una vez vencido el término del contrato y por una de las partes contratantes modifica las especificaciones contractuales. (...) La Unión Temporal Colina Campestre, conformada por el Municipio de Garagoa y la Asociación de Vivienda de Interés Social Siglo XXI (contratante), celebró contrato de prestación de servicios de obra civil con el Consorcio Axioma Uno (contratista), para realizar la construcción de 35 viviendas de interés social en el predio de la Asociación Siglo XXI - Urbanización Colina Campestre, Área Urbana del Municipio de Garagoa; el contrato, en las cláusulas octava y vigésimo quinta, estableció (...)En efecto, el acta de inicio del contrato, se suscribió el 17 de octubre de 2008; es decir que el plazo de los 12 meses vencieron el 18 de octubre de 2009, tal como lo señaló el juez a quo. A folio 288, obra Otro sí al contrato de prestación de servicios de obra civil de 25 de junio de 2009, el cual aclaró el valor del contrato y estipuló que el plazo para ejecutar el contrato sería de 8 meses contados a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación y la vigencia del contrato sería por 4 meses más. EL CONTRATISTA se obliga a iniciar la ejecución de las obras dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la suscripción del Acta de Iniciación con el interventor de la obra y el desembolso correspondiente a los subsidios", es decir, el plazo del contrato, se pactó en los mismos términos del contrato inicial. Así las cosas, el término de los 4 meses para realizar la liquidación bilateral venció el 19 de febrero de 2010 y el término de los meses para que la Administración realizara la liquidación unilateral el 19 de abril de 2010; por tanto, es a partir de esa fecha que se empieza a contabilizar el término de caducidad para incoar el medio de control de controversias contractuales. A folio 81 del expediente obra el Acta No. 3 de 26 de noviembre de 2012, por la cual el Comité de Conciliación del Municipio de Garagoa, convocó a las partes para realizar una conciliación y se ordenó liquidar el contrato; en ese documento se reseñó los siguientes hechos: - El 7 de julio de 2010, se entregó al contratista un anticipo. - El 6 de enero de 2011 la representante legal del Municipio de Garagoa, solicitó el segundo desembolso de los subsidios entregados por Fonvivienda.- El 24 de junio de 2011, se realizó el segundo desembolso de subsidios. - El 19 de septiembre de 2011, se pactó la entrega de la obra el 31 de octubre de 2011; no obstante, el compromiso fue incum-



plido. El recurrente manifiesta que a partir del 19 de septiembre de 2011, debe contabilizarse el término de caducidad; no obstante, considera la Sala que, de conformidad con la jurisprudencia traída en cita ut supra, éste debe contarse a partir de la fecha en la que debió realizarse la liquidación, esto es, una vez vencido el plazo para ejecutar el contrato. En el plenario no obran documentos que certifiquen las prórrogas que alude erradamente el recurrente, por tanto, el término no puede extenderse en el tiempo por la mora en la entrega de la obra y por las actuaciones que realice la administración luego de vencido el plazo contractual pactado, que dicho sea, ya se contrajeron a una conciliación. Ahora, si bien es cierto que, luego del vencimiento del plazo se realizaron otras actuaciones como la entrega de anticipos, visitas y compromisos de entrega, también lo es que se llevaron a cabo por fuera del término estipulado inicialmente para realizar la obra pactada; en consecuencia, dado la prórroga automática no es legal y no se suscribieron contratos adicionales para extender el término de ejecución del contrato concluye la Sala que esas actuaciones no pueden tenerse en cuenta para ampliar el término de caducidad. Entonces, como el plazo para ejecutar y liquidar el contrato finalizó el 19 de abril de 2010, la parte actora tenía plazo para presentar la demanda hasta el 19 de abril de 2012 y la solicitud de conciliación extrajudicial se presentó hasta el 2 de octubre de 2012, es decir, aproximadamente 6 meses después de haberse vencido el término de caducidad.

REPETICIÓN

MAGISTRADO: DR. JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

PROVIDENCIA: Sentencia de fecha 22 de agosto de 2017

MEDIO DE CONTROL: REPETICIÓN

DEMANDANTE: MUNICIPIO DE TUNJA

DEMANDADA: ARTURO JOSÉ FRUCTUOSO MONTEJO NIÑO Y OTROS

RADICACIÓN: 15001333300520130024002



DESCRIPTORES – Restrictores:

MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN – No es procedente para recuperar lo pagado por concepto de liquidación bilateral de un contrato, por no tener ésta un carácter indemnizatorio.

TESIS:

El argumento principal de la alzada radica en que el pago efectuado por el MUNICIPIO DE TUNJA en virtud de la terminación y liquidación bilateral del Contrato de Obra No. 330 de 2010, según la parte actora, se constituye en un reconocimiento indemnizatorio derivado de "otra forma de terminación de un conflicto", a voces del artículo 2° de la Ley 678 de 2001. En este sentido, revisado el expediente se advierte que el MUNICIPIO DE TUNJA y la UNIÓN TEMPORAL MUISCA el 7 de septiembre de 2010 suscribieron el Contrato de Obra No. 330 de esa fecha, cuyo objeto era la elaboración de estudios y diseños y posterior construcción de la Glorieta Muisca en la ciudad de Tunja, por un valor de \$2.366.485.631,25. Igualmente, se observa que, en virtud de que fuera presentada una acción popular donde se alegaba la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del espacio público, a la defensa del patrimonio histórico y cultural de la comunidad tunjana y a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas y de manera ordenada, el 13 de octubre de 2010 el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja decretó la suspensión provisional de la ejecución del contrato en comento, únicamente en lo relativo a su cláusula 6° referente al pago. Finalizado el trámite de primera instancia, en sentencia del 12 de abril de 2011 el Despacho en mención accedió a las pretensiones de la demanda, declaró la nulidad absoluta del contrato y del acto de su adjudicación, y le ordenó al Alcalde del ente territorial que procediera a resolver el contrato, con las compensaciones económicas a que hubiera lugar. Sin embargo, en segunda instancia esta Corporación en providencia del 26 de octubre de 2011 modificó la decisión del a quo y dispuso dejar sin efectos el contrato y la totalidad del proceso pre-contractual, incluido el acto de adjudicación. En virtud de dicha declaratoria, el 28 de diciembre de 2011 el MUNICIPIO DE TUNJA y la UNIÓN TEMPORAL MUISCA decidieron terminar de mutuo acuerdo el contrato y acordaron su liquidación; razón por la cual en la misma fecha se suscribió el acta de liquidación bilateral respectiva, en la cual se reconoció la suma de \$100.250.000.00 a favor del contratista. En el documento se señaló que el pago debía efectuarse dentro de los 2 días siguientes a su suscripción, lo cual se materializó presupuestalmente el 30 de diciembre de 2011 y dio lugar a la consignación del monto señalado en la cuenta de la unión temporal el 3 de enero de 2012. A partir del relato efectuado en precedencia, puede concluirse que el daño alegado en este caso efectivamente es la afectación del patrimonio público, pero la fuente del menoscabo no fue la sentencia dictada dentro de la acción popular. Al respecto, el proceso en mención, por su naturaleza, pretendía la defensa de los derechos e intereses de toda la comunidad, de modo que no se ventilaba la lesión de un derecho subjetivo y, en consecuencia, la providencia se limitó a disponer las medidas necesarias para hacer cesar dicha vulneración. Nótese entonces que al no existir una pretensión pecuniaria particular o subjetiva, el fallo de segunda instancia no ordenó reconocimiento económico alguno, sino que se limitó a dejar sin efectos jurídicos las actuaciones pre-contractuales y el contrato mismo. Tan es así que aparece de bulto que la decisión no tiene los elementos para ser considerada un título ejecutivo, ya que no consagra una obligación clara, expresa y actualmente exigible a favor de una persona que pudiese considerarse acreedor. A pesar de esto, no puede negarse que la sentencia definitiva dio lugar a que la Administración adelantara las actuaciones que consideró pertinentes para finiquitar la relación contractual que mantenía con la UNIÓN TEMPORAL MUISCA, como lo fue la liquidación del acuerdo de voluntades, que se llevó a cabo de mutuo acuerdo. Así las cosas, la fuente del reconocimiento económico no fue la sentencia sino la liquidación bilate-





ral y, en ese orden de ideas, este Tribunal comparte la apreciación del Juez de primera instancia atinente a que, por esa razón, no se cumple el primer requisito para que prospere la pretensión de repetición. Ahora bien, la parte actora argumenta que la mencionada liquidación bilateral se encuadra dentro del concepto de "otra forma de terminación de un conflicto" empero, esa apreciación resulta desacertada por dos razones fundamentales. En primer lugar, el hecho de que el reconocimiento económico fuera pactado de mutuo acuerdo excluye la existencia de un verdadero conflicto, ya que las partes consintieron en que se trataba de una cifra a la que tenía derecho el contratista sin necesidad de acudir a algún mecanismo alternativo. En segundo lugar, el pago fue efectuado como producto del cumplimiento de las obligaciones consignadas en el acuerdo de voluntades, así que no surgió como consecuencia de una declaratoria o asunción de responsabilidad por parte de la entidad territorial, ni su título fue indemnizatorio. En este punto cabe destacar, como también lo afirmó el a quo, que el aspecto que determina la procedibilidad de la repetición es la irrogación de un daño antijurídico a un tercero mediante la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente o ex agente estatal, lo cual aparece de la misma Constitución: (...). Por lo tanto, no cualquier reconocimiento económico da lugar a la repetición, sino que ésta resulta de la afectación de un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento jurídico en cabeza de un tercero, quien no tiene la obligación de soportar dicha aminoración patrimonial -en amplio sentido-. En concordancia con lo expuesto, la Corte Constitucional ha expresado: (...). En el sub lite, se reitera, el reconocimiento pecuniario no se produjo por la irrogación de un daño al contratista sino en virtud del resultado del balance final o corte final de las cuentas del contrato, connatural a su liquidación, donde se determinó un saldo a favor de la unión temporal. Esto no significa que el Estado carezca de herramientas para recuperar los dineros pagados por la actuación dolosa o gravemente culposa de sus agentes o ex agentes por fuera de los escenarios de la responsabilidad derivada del daño antijurídico en los términos del artículo 90 Superior, ya que bien puede adelantarse un juicio de responsabilidad fiscal con ese propósito, siempre que el menoscabo patrimonial nazca de una inadecuada gestión fiscal, como lo ha explicado el Consejo de Estado: (...) Inclusive, en la misma demanda se expresa que "la Jurisdicción Administrativa jamás ordenó en la sentencia definitiva hacer reconocimientos económicos y a pesar de ello los funcionarios involucrados en la repetición mutuo propio (sic) liquidaron bilateralmente el contrato y pagaron sumas derivadas de dicha liquidación"; de manera que fuerza concluir que el presunto detrimento patrimonial sufrido por el MUNICIPIO DE TUNJA no surgió a partir de una sentencia, conciliación u otra forma de solución de conflictos, sino que, de existir, nació de una indebida gestión fiscal (pago realizado sin sustento jurídico, de acuerdo con el escrito demandatorio) que debe ventilarse dentro de un proceso de responsabilidad fiscal.

NULIDAD ELECTORAL

MAGISTRADO: Dr. LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

PROVIDENCIA: Sentencia de única instancia de fecha 26 de julio de 2017

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD ELECTORAL

DEMANDANTE: FREDDY DAVID ALFONSO MONTENEGRO

DEMANDADO: CAMILO SASTOQUE LEIVA

RADICACIÓN: 15001233300020150084500



DESCRIPTORES – Restrictores:

TRASHUMANCIA ELECTORAL - Requisitos para que se configure como causal de nulidad electoral – La carga de la prueba está en el demandante.

TESIS:

El artículo 316 de la Constitución Política consagra que en las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, "sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio". En relación con la trashumancia electoral como causal de nulidad la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado precisó que la violación del artículo 316 de la Constitución puede generar la nulidad de una elección popular, debido a que la nulidad del voto no puede quedar limitada ni reducida a las causales de nulidad de la elección que señalan los artículos 223 y 227 del Código Contencioso Administrativo, puesto que la propia Constitución introduce una prohibición que afecta la regularidad del voto. Hoy en día se encuentra prevista la citada causal de anulación electoral en el numeral 7 del artículo 275 del CPACA, en el que se consagra que los actos de elección son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando "...7. Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción". Como la trashumancia electoral fue establecida como causal de nulidad electoral, la jurisprudencia señaló que solo se configura si se reúnen los siguientes requisitos: a) Que los inscritos no residan en el municipio donde se inscribieron para las elecciones. Nótese que esta condición exige que se desvirtúe la presunción señalada en el artículo 4º de la Ley 163 de 1994, puesto que, si bien es cierto que la ley presume que al momento de la inscripción los ciudadanos residen en el municipio donde se inscriben, no es menos cierto que es una presunción iuris tantum. En relación con este requisito, se presume que el lugar de inscripción es aquel donde el ciudadano tiene su residencia electoral. b) La demostración de que los inscritos ciertamente votaron en las elecciones. Respecto a este requisito el Consejo de Estado ha considerado que la nulidad de una elección solamente se genera "si existen votos irregulares, pues la simple inscripción irregular puede producir una decisión administrativa que deja sin efecto ese acto pero, por sí sola, no altera la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos ni distorsiona el verdadero resultado electoral, que son algunos de los principales objetos del control de legalidad y constitucionalidad del acto de elección popular". c) La prueba de que los votos irregulares tienen incidencia en el resultado electoral final, pues, de lo contrario, la nulidad del voto resulta inocua". Este requisito exige que los votos irregulares tengan incidencia en el resultado electoral final, pues, de lo contrario, la nulidad del voto resulta inocua, por ende, "el número de votos irregulares no alcanza a alterar el resultado final de las elecciones debe prevalecer la eficacia del voto válido y, en consecuencia, no puede accederse a la nulidad de la elección. Por el contrario, si los votos irregulares pueden modificar el resultado final de la elección deben prevalecer los principios de transparencia de la democracia participativa, puesto que, en últimas, lo que se protege es la verdadera expresión popular". Ahora bien, respecto a la carga de la prueba cuando se asegura que hay trashumancia, el Consejo de Estado ha considerado que: (...) (...) el accionante en su libelo debe precisar, como mínimo, quiénes fueron los trashumantes y en qué mesas de votación sufragaron; no puede esperarse que con la sola mención de los nombres de esas personas el juzgador se adentre en la tarea de ubicar, mesa por mesa, en qué lugar depositaron el voto, ya que ello implicaría una revisión minuciosa de un sinnúmero de documentos electorales, que las más de las veces resultan siendo una cantidad importante. Recuérdese, además, que la carga de la prueba en estas acciones la tiene quien formula el cargo, razón por la que a más de precisar las mesas de votación en que se presentó el fenómeno del trasteo de votos, debe aportarse o pedir que se obtenga la copia au-



técnica del formulario E- II o Lista y Registro de Votantes, con la que se puede establecer si las personas señaladas en verdad votaron. Además, a la parte demandante le corresponde probar que esas personas, que ciertamente votaron, no tenían su residencia en el municipio en el cual depositaron su voto, para lo cual debe desvirtuarse, con pruebas idóneas, la presunción de residencia electoral establecida por el artículo 4° de la Ley 163 de 1994, según el cual se tiene por tal aquella "donde se encuentre registrado el votante en el censo electoral. (...) Obsérvese, además, que la jurisprudencia de la Sección ha dicho que uno de los presupuestos para la prosperidad del cargo por trashumancia electoral es "La demostración de que los inscritos ciertamente votaron en las elecciones", y si la parte demandante, quien tenía la carga de probar ese hecho, no aporta o propicia la aportación de esos documentos electorales, la improperidad de la demanda es decisión ineludible".

DESCRIPTORES – Restrictores:

NULIDAD ELECTORAL – En el caso concreto se niega por cuanto el demandante, a quien le correspondía la carga de la prueba, no logró demostrar los requisitos de la trashumancia.

TESIS:

Por lo expuesto, la Sala considera que el demandante a quien le correspondía probar que se cumplían los requisitos de la trashumancia, no logró demostrarlos, en particular el que los inscritos en el censo electoral no residían en el municipio de Sutatenza. Por lo anterior debido a que, la presunción establecida en el artículo 4° de la Ley 163 de 1994 se desvirtúa si se demuestra, a través de un medio idóneo, que el ciudadano no tiene ningún vínculo con el Municipio en el cual se inscribió, es decir, que no habita o no trabaja en el lugar indicado bajo juramento como su lugar de residencia. En el presente caso, las pruebas aportadas se refieren al registro en el Sistema de Información para la identificación de beneficiarios de Subsidio (SISBEN) y al lugar donde son prestados los servicios de salud, medios probatorios que no son suficientes para desvirtuar la citada presunción, ya que los ciudadanos gozan del derecho de libre escogencia de la Entidad Promotora de Salud y las Instituciones Prestadoras de Salud de los Servicios de Salud, y por ende, recibir los servicios médicos en un lugar diferente a aquel en que inscribió su cédula de ciudadanía y, las bases de datos del SISBEN constituyen meros indicios más no plena prueba, para infirmar la residencia electoral. Al demandante le correspondía probar que los citados electores habitan, tienen asiento habitual, ejercen su profesión u oficio, poseen negocios (no confundir con propiedad) o empleo, o tienen intereses familiares, económicos o políticos en un lugar distinto a aquel en que inscribieron su cédula de ciudadanía, lo cual en el presente caso no ocurrió. En consecuencia, para poder desvirtuar la residencia electoral, es necesario que se aporten entre otros medios probatorios, las resoluciones mediante las cuales el Consejo Nacional Electoral con fundamento en lo previsto en el artículo 4° de la Ley 163 de 1994, reglamentado por la Resolución No. 0424 de 2000, deje sin efectos la inscripción de las cédulas de ciudadanía de las personas que se pruebe que votaron en las respectivas elecciones; o además de aportar las bases de datos del SISBEN, se alleguen certificaciones de trabajo o declaraciones extrajudicial de vecinos o de compañeros de trabajo por medio de las cuales se pruebe que ejercen su profesión u oficio o tienen negocios en un lugar diferente a aquel que inscribieron la cédula de ciudadanía; o declaraciones o certificaciones de que sus padres e hijos viven en un lugar distinto a aquel en que inscribieron su cédula de ciudadanía, para efectos de probar que tienen vínculos familiares.

SENTENCIA DE INTERÉS GENERAL

En cumplimiento del último inciso del numeral 6° de la parte resolutive de la sentencia de fecha 27 de julio de 2017, proferida por la sala de decisión número 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, con ponencia de la doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, dentro de la acción de reparación directa adelantado por Marien Archila Suárez y otros contra el Hospital San Antonio de Soatá y otros, la Relatoría de esta corporación hace la siguiente publicación.

POR LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE SOBREVIDA PADECIDA POR UN PACIENTE, TAB CONDENÓ A LA E.S.E. HOSPITAL SAN ANTONIO DE SOATÁ AL PAGO DE PERJUICIOS Y MEDIDAS RESTAURATIVAS NO PECUNIARIAS.

Como supuestos fácticos del caso, se tiene que el 11 de mayo de 2010 en la Planta de Triturado denominada Peña Colorada de mencionado municipio, uno de sus trabajadores sufrió un accidente de trabajo a las 5.30 de la tarde, consistente en la perforación en la parte abdominal con barra de acero, por lo cual fue llevado ese hospital por sus compañeros donde fue atendido por urgencias. Allí, horas más tarde, le practicaron una cirugía. Posteriormente le practicaron otros exámenes que dieron como resultado la existencia de una pancreatitis postraumática, y dadas sus condiciones de salud que empeoraron, el 13 de mayo siguiente fue remitido a la Clínica Boyacá de Duitama, en donde finalmente perdió la vida dos días después.

El Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia de segunda instancia que se reseña, luego de referirse al régimen aplicable a eventos de responsabilidad médica, al error en el diagnóstico, al material probatorio obrante en el expediente donde encontró demostrados el daño, la falla imputable a la demandada y el nexo causal, concluyó que no cabía duda que en este caso se evidenciaba una afectación a los derechos constitucional y convencionalmente protegidos, tales como el derecho al diagnóstico, el derecho a la salud y el derecho a la vida, derivada de la falla médica en el diagnóstico y tratamiento.

En efecto, en este caso, las deficiencias de la primera cirugía al no detectar la totalidad de las lesiones y la tardía remisión del paciente a un centro de mayor nivel donde se contara con mayores elementos y equipos diagnósticos, para identificar y tratar las lesiones que sufrió el paciente, constituyeron los factores determinantes para concluir que se le disminuyó el chance o la oportunidad para restablecer su salud, lo que concordaba con la vulneración de los derechos constitucional y convencionalmente referidos; más aún cuando se trataba de un proceso de atención de urgencias, que requería del diagnóstico y la referencia del tratamiento a seguir, luego de la estabilización del paciente, que no era otro que la remisión a un centro de mayor nivel que contara con los medios diagnósticos y de tratamiento que la gravedad de las lesiones detectadas en la laparotomía en estómago y páncreas.

En virtud de lo anterior, la corporación judicial condenó administrativa y extracontractualmente a la E.S.E. Hospital San Antonio de Soatá por la pérdida de oportunidad de supervivencia padecida por el paciente, y en consecuencia la condenó al pago de perjuicios materiales y morales en favor de los demandantes. Así mismo, la condenó por la afectación de los derechos convencional y constitucionalmente protegidos (derecho a la salud, derecho a un diagnóstico y a la vida digna) a la reparación por medio de las siguientes medidas restaurativas no pecuniarias:

1. Ordenar a la ESE Hospital San Antonio de Soatá a ofrecer excusas a los demandantes, siempre que los mismos así lo consientan, en una ceremonia que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria del fallo con presencia del Director de la ESE Hospital San Antonio de Soatá y de los médicos tratantes del caso adscritos a esa ESE.
2. Ordenar a la ESE Hospital San Antonio de Soatá a establecer un link en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de la providencia.





3. Ordenar a la ESE Hospital San Antonio de Soatá que en el término de 1 mes elabore y apruebe guías y protocolos sobre la relevancia e importancia de diagnóstico en el servicio de urgencias y la detección de signos de alarma y remisión en casos de heridas o contusiones en la zona abdominal y la necesidad de aplicar antibióticos, así como la importancia de los registros en la historia clínica de los pacientes.

4. Publicar esta providencia en todos los medios de comunicación de los que dispone el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Finalmente, dispuso remitir copia de esta sentencia al Tribunal Seccional de Ética Médica Seccional Boyacá o quien haga sus veces, para que sea adelantada la investigación disciplinaria pertinente a los médicos que intervinieron en la atención del señor Rovier Olmedo Camacho Peña en la ESE Hospital San Antonio de Soatá entre el 11 y 13 de mayo de 2010.

(Exp: 1569333300220120000901. Fecha: 27-07-17).

Texto de la providencia





Tribunal Administrativo de Boyacá

PALACIO DE JUSTICIA DE TUNJA.

CARRERA 9 No. 20-62 PISO 5°.

TELEFONO: (8) 7403091 Extensión 5109. FAX: (8) 7448994

E-Mail Relatoría:

reltadboy@cendoj.ramajudicial.gov.co

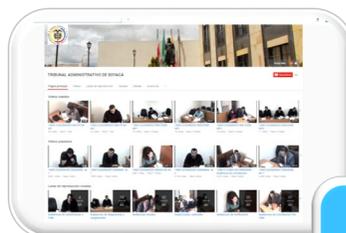
relatoriatab@gmail.com

NOTA DE ADVERTENCIA

“La indexación de la información a través de descriptores, restrictores y la tesis, no exoneran al usuario de la información de corroborar su contenido con los textos de las providencias y atendiendo posibles inconsistencias que de presentarse se sugiere sean puestas en conocimiento de la Relatoría”.



VISITENOS EN YOUTUBE Y TWITTER



CONSEJO EDITORIAL

Magistrados

Dr. Fabio Iván Afanador García
(Presidente)

Dr. Oscar Alfonso Granados Naranjo
(Vicepresidente)

Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Dr. Luis Ernesto Arciniegas Triana

Dr. José Fernández Osorio

Dr. Félix Alberto Rodríguez Riveros

Secretaria

Dra. Claudia Lucía Rincón Arango

Relator

Gonzalo López Niño



BOYACÁ

ALTAR DE LA PATRIA DE TODOS LOS COLOMBIANOS