

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2023-00081-00
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTE	LUÍS CARLOS RÚA SÁNCHEZ
DEMANDADO	NACIÓN – UNIDAD NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO, MUNICIPIO DE MANIZALES, MUNICIPIO DE NEIRA, MUNICIPIO DE ANSERMA, MUNICIPIO DE CHINCHINÁ, MUNICIPIO DE PALESTINA, MUNICIPIO DE VILLAMARÍA

Procede el Despacho Primero del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre la admisión de la demanda de la referencia.

Lo primero que el Despacho considera necesario, es que teniendo en cuenta que el proceso instaurado por **Luis Carlos Rúa Sánchez** contra **Nación – Unidad Nacional de Gestión del Riesgo, municipio de Manizales, municipio de Neira, municipio de Anserma, municipio de Chinchiná, municipio de Palestina, municipio de Villamaría** fue remitido por parte del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, y que al momento de realizarse el reparto entre los Magistrados de esta Corporación la oficina judicial cambió su radicado, por la Secretaría de este Tribunal envíese mensaje al correo electrónico suministrado por la parte demandante (PDF 02 del expediente digital)mailto:acoprescolombia@gmail.commailto:acoprescolombia@gmail.com, mediante el cual se le comuniqué que el proceso continuará identificándose con el radicado 17001-23-33-000-2023-00081-00.

En segundo lugar, procede el Despacho a decidir sobre la admisión de la demanda de la referencia.

El artículo 18 de la Ley 472 de 1998 dispone:

ARTICULO 18. REQUISITOS DE LA DEMANDA O PETICION. Para promover una acción popular se presentará una demanda o petición con los siguientes requisitos:

- a) La indicación del derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado;
- b) La indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su petición;
- c) La enunciación de las pretensiones;
- d) La indicación de la personas natural o jurídica, o la autoridad pública presuntamente responsable de la amenaza o del agravio, si fuere posible;
- e) Las pruebas que pretenda hacer valer;
- f) Las direcciones para notificaciones;
- g) Nombre e identificación de quien ejerce la acción.

La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, si fuere conocido. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia de oficio ordenará su citación en los términos en que aquí se prescribe para el demandado.

A su turno el artículo 144 del CPACA establece:

ARTÍCULO 144. *Protección de los derechos e intereses colectivos.* Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. **Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda.**

En el presente asunto evidencia el Despacho que, debido a la alerta naranja dada por las autoridades respectivas, respecto del volcán Nevado del Ruiz y la urgencia que esta situación representa da lugar a la excepción contemplada en la normativa anterior de exigir el requisito de procedibilidad de haber presentado una petición ante las accionadas para buscar la protección de los derechos colectivos que se consideran están siendo vulnerados.

De otro lado, y al observarse que se cumplen los requisitos del artículo 18 de la Ley 472 de 1998 transcrita en líneas anteriores, es procedente admitir la demanda de la referencia.

Ahora bien, solicita la parte actora se decrete como medida cautelar:

- 1) Que luego de un chequeo técnico realizado en menos de 24 horas se determine la capacidad técnica de respuesta por parte de las autoridades, entre ellas las Alcaldías de Manizales, Villamaría, Chinchiná, Palestina, Neira y Anserma, en materia de vehículos de emergencia, motobombas, equipos de búsqueda, equipos de monitoreo, y equipos de alarmas tempranas, sonido y demás elementos para reaccionar de manera oportuna. Que en este chequeo participe una mesa ciudadana, en la cual me ofrezco a participar también.
- 2) Que las autoridades de Caldas preparen lugares de refugio para los ciudadanos, y en todo caso se inicie una interlocución con el Gobierno Nacional de cara a desarrollar una estrategia de reacción inminente.
- 3) Se cree una comisión ciudadana que vigile y tenga acceso inmediato a las decisiones en materia contractual que se desarrollen en este proceso, en la cual deseo participar.
- 4) En caso de que la evaluación de 1) indique que no hay capacidad logística para atender la inminente situación, o que faltare algún elemento, ordénese su adquisición inmediata a través de las modalidades de contratación más ágiles que den esta garantía sin que haya lugar a corrupción y de cara al país.
- 5) Ordénese a las Alcaldías de Manizales, Villamaría, Chinchiná, Palestina, Neira y Anserma (<https://www2.sgc.gov.co/sgc/volcanes/VolcanNevadoRuiz/Paginas/Mapa-amenaza.aspx>) la utilización express, contrato, disposición de medios de comunicación para poner en conocimiento de la comunidad caldense las estrategias para evacuar, provisionarse, y en todo caso estar alertas ante la inminente erupción del Nevado del Ruíz.
- 6) Ordénese al Gobierno Nacional, poner a Disposición del Departamento de Caldas toda la capacidad técnica de respuesta como refugios, provisiones, sistemas de alerta y evacuación para reaccionar de manera oportuna.

7) Se me invite a mí y otros ciudadanos interesados a participar de las mesas de diálogo y estrategia con el fin de mantener la transparencia del proceso y veeduría.

En lo que atañe a las medidas provisionales para proteger un derecho, se observa que el artículo 25 de la ley 472 de 1998, dispone:

“Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado.

En particular, podrá decretar las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;
- d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

PARAGRAFO 1o. El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.

PARAGRAFO 2o. Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado.”

A su turno el artículo 234 del CPACA dispone:

ARTÍCULO 234. Medidas cautelares de urgencia. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.

Frente a las medidas cautelares el H. Consejo de Estado en providencia del diecisiete (17) de julio de dos mil tres (2003), de la Sección Tercera, Consejero Ponente: RICARDO HOYOS DUQUE, (Radicación número: 25000-23-27-000-2000-0111-01(AP-0111)), expresó:

“... ”

De lo anterior se colige que la medida cautelar puede decretarse en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, siempre que se pruebe: a) la vulneración actual o inminente de un derecho colectivo y b) que en esa vulneración esté comprometido, por acción u omisión, el sujeto demandado.

Se tiene así que como la medida cautelar se justifica en el proceso adelantado en ejercicio de la acción popular, para detener la vulneración o evitar la violación del derecho colectivo, resulta indispensable la prueba de esta circunstancia para que sea procedente.

De igual manera se impone demostrar, ab initio, no la plena responsabilidad de la parte demandada, sino que ésta realizó acciones u omisiones vinculadas con la vulneración o amenaza del correspondiente derecho colectivo.

La Sala precisa que como el legislador señaló unas precisas causales con fundamento en las cuales el interesado puede oponerse a las medidas previas, que se refieren a los efectos que ha de producir la misma respecto de los derechos colectivos que se pretenden proteger, del interés público y de la situación del demandado, resulta importante tener en cuenta estas circunstancias con el objeto de que se profiera una medida que, además de ser necesaria para la garantía del derecho colectivo vulnerado o puesto en peligro, no resulte lesiva al propio derecho, al interés público o al demandado en grado tal que para éste sea imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

Una vez cumplidos los supuestos que hacen procedente la medida previa o cautelar, el juez puede adoptar la que resulte necesaria para contrarrestar la vulneración o amenaza del derecho colectivo, debe ser la adecuada a las necesidades de cada circunstancia particular, pues las medidas enunciadas en el artículo 25 de la ley 472 de 1998 no son taxativas. La referida norma solamente ejemplifica las medidas que pueden adoptarse para determinados eventos, según se trate de una vulneración presente o inminente, la entidad de la misma y de acuerdo con el acto, hecho, acción u omisión que la genere...”

En el caso bajo estudio considera este Despacho procedente debido a la situación que se presenta con el volcán Nevado del Ruíz decretar como medida cautelar:

Ordenar a **Nación – Unidad Nacional de Gestión del Riesgo, municipio de Manizales, municipio de Neira, municipio de Anserma, municipio de Chinchiná, municipio de Palestina, municipio de Villamaría** que luego de realizar una revisión técnica al volcán nevado del Ruiz se informe la capacidad técnica de respuesta por parte de las autoridades, en materia de vehículos de emergencia, motobombas, equipos de búsqueda, equipos de monitoreo, y equipos de alarmas tempranas, sonido y demás elementos para reaccionar de manera oportuna.

Que por parte de las autoridades de Caldas se estudia la viabilidad de preparar lugares de refugio para los ciudadanos que se puedan ver afectados en caso de erupción del volcán Nevado del Ruíz.

De lo anterior, las entidades accionadas deberán allegar un informe dentro del término de cinco (05) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, sobre el cumplimiento de la medida cautelar.

Respecto de las otras medidas el Despacho las negará por considerarlas impertinentes de cara a la protección de los derechos colectivos y a los hechos narrados por el actor.

Por otro lado, considera el Despacho que hay necesidad además de vincular a INGEOMINAS y al Departamento de Caldas, pues estas entidades dentro de sus funciones les competen participar en las decisiones sobre el seguimiento a las eventualidades del volcán Nevado del Ruiz

En consecuencia, se

RESUELVE

Por reunir los requisitos formales previstos en el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, se admite la demanda presentada por **Luis Carlos Rúa Sánchez**. En consecuencia, se dispone:

1. Vincúlese a la presente acción a INGEOMINAS y a Departamento de Caldas.

2. Por la Secretaría de este Tribunal envíese mensaje al correo electrónico suministrado por la parte demandante (PDF 02 del expediente digital)mailto:acoprescolombia@gmail.commailto:acoprescolombia@gmail.com, mediante el cual se le comunique que el proceso continuará identificándose con el radicado 17001-23-33-000-2023-00081-00.

3. **NOTIFÍQUESE** el presente auto al Representante Legal de la **NACIÓN – UNIDAD NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO**. al correo electrónico **que repose en la base de datos en la Secretaría de la Corporación como buzón dispuesto para notificaciones**, conforme al art 199 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021.

4. **NOTIFÍQUESE** el presente auto al **MUNICIPIO DE MANIZALES - CALDAS** al correo electrónico **que repose en la base de datos en la Secretaría de la Corporación como buzón dispuesto para notificaciones**, conforme al art 199 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021.

5. **NOTIFÍQUESE** el presente auto al **MUNICIPIO DE NEIRA - CALDAS** al correo electrónico **que repose en la base de datos en la Secretaría de la Corporación como buzón dispuesto para notificaciones**, conforme al art 199 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021.

6. **NOTIFÍQUESE** el presente auto al **MUNICIPIO DE ANSERMA- CALDAS** al correo electrónico **que repose en la base de datos en la Secretaría de la Corporación como buzón dispuesto para notificaciones**, conforme al art 199 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021.

7. **NOTIFÍQUESE** el presente auto al **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ - CALDAS** al correo electrónico **que repose en la base de datos en la Secretaría de la Corporación como buzón dispuesto para notificaciones**, conforme al art 199 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021.

8. **NOTIFÍQUESE** el presente auto al **MUNICIPIO DE PALESTINA - CALDAS** al correo electrónico **que repose en la base de datos en la Secretaría de la Corporación como buzón dispuesto para notificaciones**, conforme al art 199 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021.

9. NOTIFÍQUESE el presente auto al **MUNICIPIO DE VILLAMARÍA - CALDAS** al correo electrónico **que repose en la base de datos en la Secretaría de la Corporación como buzón dispuesto para notificaciones**, conforme al art 199 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021.

10. NOTIFÍQUESE el presente auto a **INGEOMINAS** al correo electrónico que repose en la base de datos en la Secretaría de la Corporación como buzón dispuesto para notificaciones, conforme al art 199 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021

11. NOTIFÍQUESE el presente auto al **DEPARTAMENTO DE CALDAS** al correo electrónico que repose en la base de datos en la Secretaría de la Corporación como buzón dispuesto para notificaciones, conforme al art 199 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021

12. NOTIFÍQUESE al **PROCURADOR JUDICIAL ADMINISTRATIVO** y al señor **DEFENSOR DEL PUEBLO** al correo electrónico **que repose en la base de datos en la Secretaría de la Corporación como buzón dispuesto para notificaciones**, conforme al art 199 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021

13. NOTIFÍQUESE esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por correo electrónico, conforme lo dispone el artículo 199 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021.

14. CÓRRASE traslado a los demandados por el término de diez (10) días contados a partir de los dos (2) días siguiente al recibo del mensaje enviado al buzón electrónico, conforme lo dispone el artículo 199 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021, plazo dentro del cual podrán contestar la demanda, solicitar la práctica de pruebas y proponer excepciones, conforme lo disponen los artículos 22 y 23 de la Ley 472 de 1998.

15. SE DECRETA COMO MEDIDA CAUTELAR:

SE ORDENA a la **Nación – Unidad Nacional de Gestión del Riesgo, INGEOMINAS, departamento de Caldas, municipio de Manizales, municipio**

de Neira, municipio de Anserma, municipio de Chinchiná, municipio de Palestina, municipio de Villamaría que luego de realizar una revisión técnica al volcán nevado del Ruiz se informe la capacidad técnica de respuesta por parte de las autoridades, en materia de vehículos de emergencia, motobombas, equipos de búsqueda, equipos de monitoreo, y equipos de alarmas tempranas, sonido y demás elementos para reaccionar de manera oportuna.

Que por parte de las autoridades del Departamento de Caldas se estudie la viabilidad de preparar lugares de refugio para los ciudadanos que se puedan ver afectados en caso de erupción del volcán Nevado del Ruíz.

De lo anterior, las entidades accionadas deberán allegar un informe dentro del término de cinco (05) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, sobre el cumplimiento de la medida cautelar.

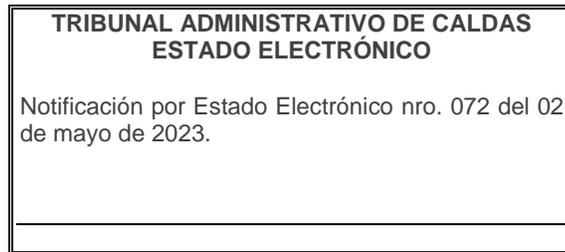
16. Por la Secretaría de la Corporación, **a través de publicación en la página de la rama judicial INFÓRMESE** sobre la existencia del presente trámite a los miembros de la comunidad, para los fines del artículo 24 de la Ley 472 de 1998 (artículo 21, ib.).

17. ADVIÉRTASE a las partes y a los demás intervinientes, que dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término del traslado a las entidades demandadas, se citará a audiencia de pacto de cumplimiento y que la decisión se tomará dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de dicho término, en caso de no llegar a ningún acuerdo en dicha audiencia (artículos 22 y 27 de la Ley 472 de 1998) y de que no haya pruebas para practicar.

18. NOTIFÍQUESE el presente proveído al demandante por estado electrónico.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



Firmado Por:

Carlos Manuel Zapata Jaimes

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Dirección Ejecutiva De Administración Judicial

División 1 De Sistemas De Ingeniería

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **7d8c0183dd438fd377e0bf2d674835c57089d72b7e59489baba7d82da422c4d1**

Documento generado en 28/04/2023 03:20:45 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

*Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía*

Sentencia de Segunda Instancia

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Acción: Reparación Directa
Demandante: Ana Milena Saraza Aguirre y otro
Demandado: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses
Radicación: 17-001-33-31-001-2011-00607-02
Sentencia: 44

Manizales, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto aprobado en sala de la presente fecha

Asunto

§01. A Despacho se encuentra el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses, demandada, en contra de la sentencia proferida el 12 de junio del 2013, proferida por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, en el medio de control de Reparación Directa interpuesto por la señora Ana Milena Saraza Aguirre y su hijo Imanol Andrés Betancourt Saraza, por medio del cual se accedieron a las pretensiones de la demanda.¹ En el proceso inicialmente la Magistrada ponente declaró la falta de competencia territorial por auto del 5 de agosto de 2014, el cual fue revocado el 6 de febrero de 2018 en sede del recurso de súplica.

1. Antecedentes

¹ Fl. 459-172 c1.

1.1. La Demanda²

§02. La señora Ana Milena Saraza Aguirre, en su propio nombre y de su menor hijo IABS, pretende la declaración de responsabilidad administrativa del Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses, demandada. En consecuencia, solicitó la condena al pago indexado de perjuicios materiales por el valor de \$37.278.043 y perjuicios morales por 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes – en adelante smlmv- para cada uno de los actores, como las costas del proceso.

§03. El fundamento de la demanda es el error en que incurrió la demandada al proferir el dictamen pericial de estudio genético de filiación, donde se invirtieron los perfiles de ADN de la madre y del menor, lo cual generó un resultado excluyente de paternidad respecto del señor César Augusto Betancourt Betancourt, padre biológico del menor.

§04. Como hechos se señaló que del vínculo entre la señora Ana Milena Saraza Aguirre y el señor César Augusto Betancourt Betancourt, nació el menor hijo IABS el 18 de febrero de 2014. Durante el embarazo, el señor Betancourt asumió los costos médicos y de sostenimiento.

§05. El 31 de enero de 2006 se realizó el dictamen – estudio genético de filiación DRB-ADN-ICBF-30303 emitido por la entidad demandada, el cual señaló que el señor Betancourt estaba excluido como padre del menor, y en consecuencia dejó de proveer el sostenimiento de la demandante.

§06. La señora Saraza Aguirre promovió proceso de investigación de paternidad en contra del señor Betancourt, de conocimiento del Juzgado Cuarto de Familia de Manizales, donde se allegaron los antecedentes del citado estudio genético.

§07. En el proceso, el Coordinador del Convenio ICBF-INML explicó en el oficio 0827-2009 ADN-ICBF: *“los perfiles de ADN de la Madre y del menor aparecían invertidos, lo que generaba un resultado excluyente de paternidad, que no era real, que al ubicar los mismos perfiles genéticos en la posición correcta, se observaba que Cesar Augusto Betancourth Betancurt, EXCLUÍA DE LA PATERNIDAD, que lamentaban el impacto del tal error y que anexaba el original del nuevo informe pericial corregido”*.

§08. Entonces, el juzgado ordenó practicar una nueva prueba de ADN, realizada por la Universidad Manuela Beltrán- Laboratorio de identificación humana, que expidió examen 1350 RAD 2009-00264 del 30 de octubre de 2009, el cual dictaminó: una probabilidad de acumulada de paternidad de: 9999997679%; un índice de paternidad de 430892814,3 probabilidades a 1, a favor de la paternidad de Imanol Andrés Saraza Aguirre, donde no se excluye de la paternidad del señor Betancourt.

§09. Una vez proferida sentencia de paternidad el 1º de diciembre de 2009 en el cual declaró la paternidad del señor Betancourt, los daños ocasionados por el error de la entidad a la accionante consisten en los costos del sostenimiento del menor, y los traumas que padeció al perder a su compañero, y el padre de su hijo.

² Fls. 2-13, c1.

1.2. Contestación de la demanda – Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses³

§10. Se opuso a las pretensiones, y aceptó los hechos que constan en los documentos administrativos como judiciales.

§11. Como fundamentos de la contestación la entidad sostuvo: (i) el resultado erróneo de la prueba de paternidad no fue la causa fundamental de separación del señor Betancourt; (ii) no existe antijuridicidad del daño, porque la accionante tenía el deber de soportar el daño como carga especial dependiendo de que el resultado de la pericia fuere favorable o desfavorable; (iii) no existió detrimento patrimonial pues la entidad se opuso al proceso ni a la decisión judicial de investigación de paternidad; (iv) no comparte la manifestación de la actora que abandonó su familia, sus estudios, salir de su pueblo, perder a su novio y padre de su hijo por causa del resultado erróneo de la prueba de ADN; y, (v) de esta manera no se configuran los elementos de la responsabilidad administrativa.

1.3. Sentencia de Primera Instancia⁴

§12. El juzgado de primera instancia accedió a las pretensiones de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLÁRASE administrativa y extracontractualmente responsable al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES de los perjuicios causados a los demandantes con motivo del error en que incurrió dicha entidad al proferir el informe – **DICTAMEN PERICIAL DE ESTUDIO GENÉTICO DE FILIACIÓN No. DRB-ADN-ICBF-30303 DEL 31 DE ENERO DE 2006, ICBF-30:03.63A 000422004C. Identificación de la solicitud: 067 de 2004-04-05, al invertir los perfiles de ADN de la madre y del menor, generando con este hecho un resultado excluyente de la paternidad del señor CESAR AUGUSTO BETANCOURT BETANCURT respecto de su hijo IMANOL ANDRÉS BETANCOURT SARAZA.**

SEGUNDO: CONDÉNASE al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de las siguientes personas, las sumas que a continuación se indican:

ANA MILENA SARAZA AGUIRRE (MADRE)	100 SMMLV
IMANOL ANDRÉS BETANCOURT SARAZA (HIJO)	100MLV

TERCERO: SE NIEGAN las demás pretensiones de la demanda. (...)”

§13. La Juez determinó como problema jurídico si el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, es responsable de los perjuicios materiales y morales padecidos por la parte actora, como consecuencia del error incurrido en el

³ Fl. 77-85, c1.

⁴ Fls. 159-172, c1.

dictamen pericial de estudio genético de filiación, cuyo resultado generó la exclusión de la paternidad del señor Cesar Augusto Betancourth Betancurt con respecto de su menor hijo IABS, o si por el contrario, se encuentra acreditada alguna circunstancia que la exonere de responsabilidad administrativa.

§14. Señaló que el título de imputación era la falla del servicio.

§15. Según las pruebas, el daño se atribuye al error cometido por la demandada, al proferir el dictamen de estudio genético de filiación del 31 de enero de 2006, el cual excluyó al señor César Augusto Betancourth Betancurt de la paternidad sobre su menor hijo IABS, y que posteriormente se corrigió con una nueva prueba de paternidad realizada por la Universidad Manuela Beltrán.

§16. Sobre la imputabilidad, el juzgado expuso las obligaciones legales que le asisten a la entidad accionada, contenidas en Ley 721 de 2001, modificada por la Ley 75 de 1968, en virtud del contrato interadministrativo suscrito con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por el cual el Instituto de Medicina Legal realiza las pruebas de filiación para garantizar los derechos de los niños y los adolescentes. Por ello, su obligación consiste en emitir resultados fidedignos, y al no ocurrir ello, con el error cometido en la prueba de investigación de paternidad realizada el 31 de enero de 2006, se evidenció la responsabilidad administrativa de la entidad.

§17. Por consiguiente, condenó a perjuicios morales para cada actor equivalente a 100 smlmv al acreditarse de las pruebas testimoniales las consecuencias sociales, psicológicas y emocionales que trajo la actuación en la vida de los accionantes.

§18. Se negaron los perjuicios materiales reclamados, porque: (i) el proceso de paternidad solicitó las sumas de manutención; (ii) el valor del arrendamiento fue cancelado por el hermano de la accionante; (iii) en el proceso ordinario se condenó por agencias en derecho; y, (iv) los demás perjuicios solicitados no fueron demostrados.

1.4. Apelación de la entidad accionada⁵

§19. Se presentó recurso para disminuir la tasación de perjuicios morales, que debió haber sido proporcional, en razón a los testimonios que dieron cuenta de las consecuencias que generó a los accionantes la errónea prueba pericial, siendo el perjuicio mayor la muerte de un familiar, que no es equiparable a la presente situación, teniendo en cuenta que la situación no trascendió en el tiempo.

1.5. Alegatos

⁵ Fls. 175-177, C1.

§20. Mediante auto del pasado siete (07) de abril del 2014, se corrió traslado de alegatos a las partes y al ministerio público (fl. 4, c1).

§21. **Parte actora**⁶: Argumentó sobre las consecuencias de índole emocional, social y psicológico que se ocasionó a los demandantes con el error incurrido en el dictamen pericial como fueron: abandono de su familia, amigos y domicilio, mal trato comunitario por la ilegitimidad del menor hijo, las burlas del padre, y el trauma emocional que la actora sufrió. Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

§22. **Parte accionada**: Reiteró los argumentos del recurso de apelación, referente a la tasación de los perjuicios morales, según los elementos del test de proporcionalidad, con sus elementos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, por lo que propone el reconocimiento de 25 smlmv para la parte demandante.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§23. Este tribunal es competente para conocer de la controversia, en concordia con el artículo 153 del CPACA.

2.2. Alcance de la Apelación

§24. El marco de estudio de la Alzada se limitará a lo que fue objeto del recurso de apelación por parte del apelante único, **Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forense**. Lo anterior, en atención a la jurisprudencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado⁷, según la cual, “(...) conviene precisar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones o apreciaciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. (...) el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”-subrayado fuera de texto-.

§25. Es pertinente precisar respecto al objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, está encaminada analizar la condena por perjuicios morales

⁶ Fs. 5-6, c4

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. <http://190.24.134.205/Wdocp/Pdf/500012331000199706093%2001.Pdf>
Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001233100020010079901(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782.

<http://190.24.134.67/SENTPROC/F05001233100020010079901S3ADJUNTASENTENCIA20160913104743.doc>

“(...)

impuesta por la togada de primera instancia, dado que el monto de la indemnización no se ordenó dentro de los límites de la proporcionalidad. Conforme a lo expuesto, los demás puntos que no fueron objeto del recurso de apelación, no serán objeto de análisis por parte de esta sala.

2.3. La Legitimación en la causa de los demandantes

§26. En el presente las partes tienen legitimación para actuar: (i) los demandantes Ana Milena Saraza Aguirre y en representación de su menor hijo IABS, conforme al registro civil de nacimiento aportado⁸; (ii) el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, practicó erróneo el dictamen genético de filiación expedido el 31 de enero de 2006, que arrojó la exclusión de paternidad del señor Betancourth como padre del menor IABS, en cumplimiento del convenio INML y CF -ICBF..

2.4. Problemas Jurídicos

§27. ¿El monto de los perjuicios morales ordenados por el juzgado de primera instancia son proporcionales a las pruebas allegadas al proceso sobre los perjuicios?

3. Perjuicios Morales

§28. La doctrina⁹ ha referido que los perjuicios morales son la forma más simple de resarcir los sentimientos, situaciones dolorosas, menoscabo o deterioro de la integridad afectiva o espiritual dentro de determinados límites que no rallen en lo patológico.

§29. Puede obedecer a diversas expresiones concretas, como, por ejemplo, el dolor que sufre la víctima a causa de situaciones que lesionan bienes personales (vida, integridad física o moral, dignidad, libertad, buen nombre, honor, etc), sin que se excluya la posibilidad de coexistencia de perjuicios. O bien presentarse ante situaciones que ponen en peligro, amenaza a la integridad o perturban el goce, por lo que el daño moral no necesariamente está vinculado al dolor físico o somático producto de lesiones, sino también, por el aspecto psicológico respecto de la situación de los bienes.

§30. La jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰, ha definido el daño moral subjetivado como la alteración negativa que el hecho dañoso causa en las emociones (generar, por ejemplo, miedo o ira), en los sentimientos (dando lugar, entre otros, a enfado, odio, tristeza, congoja, indignación o impaciencia) y en los estados de ánimo de una persona (como podría ser la desazón, o el estado de intranquilidad).

⁸ folio 15 y 56, c1

⁹ GIL, E. (2011). Responsabilidad Extracontractual del Estado (Quinta Edición), editorial temis.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 29 de julio de 2019, exp.48981.

§31. La Sección Tercera de la Alta Corporación, en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 (exp. 26251) expuso que el PERJUICIO MORAL “*se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo*”¹¹.

§32. La jurisprudencia la Sala Plena de la Sección Tercera estableció como máximo grado de aflicción para el caso de muerte para el primer nivel de relaciones afectivas conyugales, paternas y filiales, el porcentaje en 100%, equivalente a 100 smlmv.

§33. En sentencia del 30 de enero de 2020¹² la Sección Tercera del Consejo de Estado ilustró que “... *para que haya lugar a su indemnización, es necesario que la afectación sea intensa, pues no cualquier contratiempo o contrariedad puede ser moralmente compensado...*”

§34. Tradicionalmente, el Consejo de Estado aplicó a los perjuicios morales el arbitrio judicial, pues “... *En la fijación del monto de los perjuicios morales, el juez es soberano, debiendo guiarse si, en cada caso, por la equidad que es la justicia del caso concreto. No se puede aspirar siempre a que sea una suma rija la que corresponde a los hermanos, pues el derecho repele el manejo matemático de las diferentes situaciones fácticas.*” (S. 6854 CE Sec. 3ª. 02/abr/1992)

§35. En la sentencia del Consejo de Estado del 19 de agosto de 2011 se aplicó el test de ponderación a los perjuicios morales.

§36. Posteriormente, en sentencia del 27 de marzo de 2012 el Consejo de Estado desechó la aplicación de la prueba de proporcionalidad porque ese instrumento no es útil para dar objetividad a la reparación del daño moral, porque en la liquidación de este no hay un conflicto de derechos, principios o valores en pugna y esa clase de daño es una lesión a la órbita íntima del ser humano, que es inconmensurable. Como la aplicación del principio de proporcionalidad en la valoración del daño subjetivo violaría el derecho a la igualdad, el criterio aplicable en estos casos es el *arbitrio juris* y la equidad, pues el juez tiene discrecionalidad para determinar la indemnización con base en las pruebas allegadas al proceso, añadió el alto tribunal.

§37. Esta postura se ha refrendado a través del tiempo, como en la sentencia del 5 de marzo de 2020 el Consejo de Estado reiteró el criterio del prudente arbitrio judicial para tasar los perjuicios morales, con base en la libre valoración probatoria, la sana crítica y la equidad: “... *el Juez debe tener como fundamento el arbitrio judicial y debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, para efectos de determinar la intensidad de esa afectación, con el fin de calcular las sumas que se deben otorgar por este concepto.*”¹³

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencias de la Subsección A del 17 de agosto de 2017, exp. 40480; y de la Subsección C del 18 de mayo de 2017, exp. 35635.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B, C.P. César Palomino Cortés, del 30 de enero de dos mil veinte (2020. Radicado número 76001-23-31-000-2009-00211-01(0337-13).

¹³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Consejera ponente (E): MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá, D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020), Radicación número: 76001-23-31-000-2011-00213-01 (50238)

§38. Según sentencia del 6 de febrero de 2020¹⁴, uno de los elementos para el arbitrio judicial es el “...*apoyo en las máximas de la experiencia que hay lugar a inferir que esa situación le generó dolor moral, angustia y aflicción a la persona...*”

§39. En sentencia del 28 de enero de 2020¹⁵ señaló que “... *se requiere probar la magnitud de la consecuencia en el fuero interno del afectado, que permita una cuantificación del perjuicio...*”, por lo que en ciertos casos “... *para el Tribunal no resultaba razonable que el monto de la indemnización fuera exactamente el mismo que concede el Consejo de Estado para casos de grave aflicción o muerte.*”

§40. El ARBITRIO JUDICIAL es, según el diccionario panhispánico de español jurídico es: “*Proc. Margen de apreciación con que cuentan los jueces y tribunales para decidir sobre las interpretaciones más correctas de las normas en relación con las controversias que deben resolver. Se incluye el margen con que cuentan para la valoración de la prueba. - Arbitrio no es arbitrariedad. El primero es legítimo, la segunda es inconstitucional. Nieto, A.: El arbitrio judicial.*”

§41. Uno de los elementos traídos por la jurisprudencia es la equidad, que según el mismo diccionario jurídico citado es: “*Principio de justicia material que debe ponderarse en la aplicación de las normas en atención a las circunstancias del caso.*”-rft-

3.1. Caso Concreto

§42. En el asunto bajo estudio, la parte actora solicitó, se declarara administrativamente responsable al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y en consecuencia al reconocimiento de los perjuicios morales y materiales, con ocasión al error cometido en los resultados de la prueba primigenia de estudio genético de filiación que excluyó inicialmente al señor César Augusto Betancourth Betancurt como padre del menor IABS.

§43. La Juez *a quo*, accedió a las pretensiones de la demanda respecto a la demostración de la falla del servicio, y el daño ocasionado a la parte actora. En consecuencia, y conforme a las pruebas aportadas, reconoció el pago de perjuicios morales a favor de Ana Milena Saraza Aguirre y del menor IABS por el monto de 100 smlmv para cada uno. Y denegó los perjuicios materiales.

§44. Por su parte, la entidad apelante precisó que se debe modificar la sentencia, en cuanto a la tasación del monto de la condena, dado que los perjuicios morales, se deben tasar partiendo de la máxima del dolor infringido por el fallecimiento de una persona.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA- SUBSECCIÓN A- Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN- Bogotá D.C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020)- Radicación número: 54001-23-31-000-2010-00421-01(54396)

¹⁵ Sentencia 2019-05080 de enero 28 de 2020- CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B- Rad.: 11001-03-15-000-2019-05080-00(AC)- Consejero Ponente:Dr. Martín Bermúdez Muñoz

§45. De este modo, atendiendo al recurso de apelación se destaca que, para el juzgado de instancia, los testimonios practicados en el proceso probaron el daño moral causado a la accionante con ocasión al error en el resultado del dictamen de estudio genético de filiación.

§46. Con el objeto de revisar la valoración probatoria realizada en la decisión apelada, se destaca las apreciaciones indicadas por los testigos, conforme a la afectación del daño en los demandantes, según lo probado en las siguientes declaraciones:

- **Álvaro Aurelio Saraza Aguirre expuso** sobre el rechazo de la accionante por la comunidad, manifestó: *“el rechazo fue total, de los conocidos, vecinos, familiares, diciéndole que le iba a meter un tapado al muchacho, reprimiéndola mucho...por parte de la familia generó mucha duda...Se generó mucho trauma sicológico. (...) duró casi dos años encerrada en la casa, no quería salir, posteriormente de eso, yo le dije que se viera para Manizales, hasta que por fin vino. (...) PREGUNTADO: Como es el comportamiento del niño actualmente. CONTESTÓ: El niño está estudiando, le hace mucha falta la figura paterna, mantiene preguntando por el papa...el menor tiene 9 años. (...)”*
- **María Melva Román expuso:** *PREGUNTADO: Dígame al Despacho si la señora Ana Milena sufrió algún tipo de rechazo por parte de la comunidad o familia por motivo de la prueba de ADN que salió negativa. CONTESTÓ: Sufrió mucho, todo el mundo la rechazó, ellos se iban a casar. PREGUNTADO: Que hizo luego de que salió esa prueba de manera negativa. CONTESTÓ: Ella no salía, ni a la tienda, la mantenían señalando, solo le colaboraba el papa(sic) y la mamá... el niño es muy rebelde, mantienen llamando del colegio a la mama (sic)(...)”*
- **María Ligia Aguirre López: Manifestó** (...) *“fueron novios mucho tiempo, un año, ya después ella resultó embarazada, se iban a casar, ya cuando nació el niño, él la citó a ella porque había mucha envidia, y le metieron rumores...luego salió la prueba, ella sufrió mucho, el niño lloró mucho, luego el hermano se la trajo para Manizales, le pagó el arriendo acá. (...)”*
- **Beatriz Elena León Gómez:** (...) *PREGUNTADO: Dígame al Despacho si la señora Ana Milena sufrió algún tipo de rechazo por parte de la comunidad o familia por motivo de la prueba de ADN que salió negativo. CONTESTÓ: Si para ella fue muy duro que la prueba salió en contra de ella, todo el mundo la señalaba, empezaron los chismes, los comentarios...ella ya a lo último decidió no salir, fue una depresión muy dura. PREGUNTADO: que hizo la señora Ana Milena después de que la prueba salió negativa la prueba de ADN. CONTESTÓ: Ella se quedó los dos primeros años del niño, ya luego se fue a vivir a Manizales porque ya no se aguantó más la gente (...)”.*

§47. Visto lo anterior, de las valoraciones de los testimonios rendidos, se colige que la accionante sufrió afectaciones de tipo sicológico, que le produjeron tristeza y aflicción, que alteraron su estado de ánimo, al haber sido señalada por la comunidad en general, por los hechos ocurridos con relación a los resultados de la primera muestra de laboratorio de ADN, que cambiaron su relación afectiva con el señor César Augusto. Igualmente, afectaron de la relación del menor con su padre.

§48. En este contexto, para la Sala se evidencia que si bien la accionante sufrió una afectación emocional en razón a los resultados del primer estudio genético de filiación que ordenó excluir al señor César Augusto como padre del menor en mención. Esta situación fue subsanada con el segundo resultado, ordenado por autoridad judicial, donde se declaró padre al señor César Augusto; y con ocasión a esta decisión, poder ejercer los derechos que le asisten al menor frente a su progenitor.

§49. De este modo, la intensidad de aflicción que sufrió la accionante no se puede equiparar al dolor por el fallecimiento de un familiar, que se tiene como un elemento para cuantificar el mayor daño y grado de afectación moral, el cual se tiene valorado sobre 100 salarios mínimos; porcentaje que se tiene como parámetro para tasar los perjuicios acudiendo a los principios de proporcionalidad y equidad.

§50. En efecto, desde el 31 de enero de 2006 hasta el 1º de diciembre de 2009 se tuvo la incertidumbre de la paternidad del menor IABS y el señalamiento social, por la duración de casi cuatro años.

§51. Se considera igualmente que dicha situación hizo que la demandante cambiara de domicilio.

§52. Además, los testigos aseveraron que los padres iban a casarse, situación que se truncó, y aun subsiste separación entre el padre y el menor.

§53. Por consiguiente, se debe modificará el numeral segundo de la sentencia apelada que ordenó el reconocimiento de perjuicios morales, por el valor equivalente a 90 SMLMV, para cada uno de los demandantes.

§54. Por tanto, se reconocerá a favor de la madre señora ANA MILENA SARAZA AGUIRRE (madre) y a su hijo menor IABS, el equivalente a 90 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de la presente sentencia, para cada uno de ellos.

§55. En consecuencia, se modificará la sentencia de primera instancia que accedió las pretensiones de la demanda.

3.2. Condena en Costas

§56. Toda vez no se demostró que la parte demandante actuó con mala fe o temeridad, no se condenará en costas.

§57. En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo De Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia proferida el 12 de diciembre de 2013 por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo Circuito de Manizales por los motivos antes expuestos, la cual quedará así:

“SEGUNDO: *Condénase al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de las siguientes personas, la sumas que a continuación se indican:*

ANA MILENA SARAZA AGUIRRE (MADRE)	90 SMMLV
IMANOL ANDRÉS BETANCOURT SARAZA (HIJO)	90 SMMLV

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas por lo previamente señalado.

TERCERO. Notifíquese la presente providencia conforme al artículo 203 del CPACA

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
(Ausente con permiso)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 087

Manizales, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-004-2017-00489-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Michel Stiven López Pineda y Otros
Demandados: Nación - Rama Judicial. Fiscalía General de la Nación

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

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Solicitó que se declaren responsables a las entidades demandadas por los perjuicios ocasionados al señor Michel Stiven López Pineda -en adelante MSLP- y a su núcleo familiar¹, a raíz de la privación injusta de la libertad que aquel soportó, entre el 24 de abril de 2014 y el 1 de marzo de 2016. Que por lo anterior, se ordene a las demandadas a pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir los perjuicios morales², daño a la salud³ y los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante⁴.

1.2. Hechos

Se indica en síntesis que, el señor MSLP fue capturado el 24 de abril de 2014 por haber sido vinculado en la investigación penal adelantada por la Fiscalía General de la Nación, por el homicidio de José Gilberto Delgado Álvarez; que el Juzgado Quinto de Control de Garantías, legalizó la captura el día 25 de la misma calenda.

Que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales el 14 de abril de 2016, procedió a la lectura de sentencia, en la cual absolvió al acusado en aplicación del principio de *in dubio pro reo*. Contra dicho fallo, la Fiscalía General interpuso recurso de apelación, no obstante fue declarado desierto, toda vez que el ente acusador no lo sustentó de forma oportuna.

¹ Jeniffer Pineda Otálvaro (compañera permanente), Michael Stiven López Pineda (hijo); Martha Lucía Pineda Sánchez (madre), Yonathan Andrés López Pineda, Johanna Vanessa López Pineda, Néstor Mario López Pineda, Cristian Camilo López Pineda, Edwin López Pineda y Jeniffer Tatiana López Pineda (hermanos)

² Tasados en 200 smlmv para la víctima y 100 smlmv para los demás demandantes.

³ Estimados en 200 smlmv para la víctima, 100 smlmv para la compañera, hijo y madre; 50 smlmv para los demás demandantes.

⁴ Computados en \$ 17.699.513.

2. Contestación de la demanda

2.1. Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Se opuso a las pretensiones de la parte actora para lo cual afirmó que, los presupuestos fácticos de la demanda no llevan a atribuir responsabilidad a la entidad demandada, sumado a que muchos de los mismos corresponden a apreciaciones subjetivas de la parte actora. Propuso las excepciones:

“Excepción de cumplimiento de un deber legal”, sostuvo que el juez de control de garantías estaba en el deber legal de imponer la medida de aseguramiento, cuando se cumplen los presupuestos convencionales, constitucional y legales para ello, que de no hacerlo incurriría en prevaricato por acción.

“Falta de configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del estado”, al señalar que la privación de la libertad soportada por el señor MSLP no puede catalogarse como antijurídica, pues no se trató de una actuación o decisión arbitraria, injustificada o irrazonable que transgrediera los procedimientos y reglas establecidas por el legislador, por lo cual no se demostró un daño antijurídico, un delito o culpa generado por la conducta de un agente judicial, que se traduzca en una falla de la administración, como tampoco el nexo causal, que implica la comprobación que el daño o perjuicio se produjo como consecuencia del actuar de dicha autoridad.

“Falta de legitimación por la causa por pasiva de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial”. Como quiera que fue la Fiscalía General de la Nación en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 250 de la Constitución Política, la que inició la investigación en contra del señor MSLP.

“Hecho de un tercero”, advirtiendo que la investigación, privación de la libertad se basó en la existencia de testimonios que afirmaron que el señor MSLP quien había herido de muerte a José Gilberto Delgado Álvarez.

2.2. Fiscalía General de la Nación

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, toda vez que su actuación se adelantó de conformidad con la Constitución y la Ley, por lo que no se puede predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, no hubo error y ni privación injusta de la libertad, lo que se fundamenta en transcripciones de las pruebas obrantes en el expediente penal y en normas penales y constitucionales relativas a las competencias y funciones del ente acusador. Propuso las excepciones tituladas:

“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, entre la actuación de la Fiscalía General de la Nación y el presunto e improbadado daño aducido por la parte actora, reiterando que la medida impuesta tuvo como base indicios serios que permitían inferir la necesidad de la misma.

“Inexistencia de nexo causal”, sostuvo que la Fiscalía no fue la causante del daño alegato por el demandante, por lo que no puede atribuírsele responsabilidad.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probadas las excepciones de “*inexistencia del nexa causal*”, “*cumplimiento de un deber legal*”, “*Falta de configuración de los elementos que estructuran responsabilidad extracontractual del estado*” propuestas por las entidades demandadas y **negó las pretensiones** de la parte demandante.

Para dar base a la decisión, realizó un análisis fáctico y jurisprudencial del caso, para luego afirmar que, en la privación de la libertad de MSLP se cumplió con los requisitos fijados en el artículo 308 del C.P.P., así como que fue necesaria, proporcional y razonable, ello por cuanto, la conducta del indiciado en la fase de investigación, daba plena razonabilidad para que la Fiscalía General de la Nación, solicitara la medida de aseguramiento decretada, dada la gravedad de los hechos y la naturaleza del delito.

Por lo anterior concluyó que, MSLP estaba en la obligación jurídica de soportar su privación de la libertad, dado que esa medida se derivó de actuaciones de las autoridades que estaban ajustadas a derecho, además porque el Juzgado absolvió a MSLP en aplicación del principio de *in dubio pro reo* y, nunca se dijo que el indiciado no cometió el delito.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; señalando que, el *a quo* para determinar que el señor MSLP tenía el deber jurídico de soportar la medida de aseguramiento intramural, se basó en dos entrevistas, una realizada a la madre del occiso, señora María Del Carmen Delgado y otra de Andrés Felipe Soto Alzate, señalando que esta última no podía ser valorada toda vez que fue posterior a la captura.

Adujo que el *a quo*, transcribió constancias sobre supuestas amenazas a testigos que no están probadas y declaraciones posteriores en audiencias como la de juicio oral, para sustentar la no responsabilidad de las demandadas.

Adicionalmente, refirió que el Juez de lo Contencioso Administrativo no puede inmiscuirse en analizar las pruebas del proceso penal, determinando si el demandante es o no responsable o si era o no justificable su detención intramural, debido a que se violaría el principio del Juez natural y en el proceso administrativo, se terminaría responsabilizando al demandante, cuando en el proceso penal fue absuelto.

III. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se estima necesario resolver: *¿Se encuentran probados los elementos que dan lugar a la responsabilidad administrativa y patrimonial de las entidades demandadas, por la privación de la libertad soportada por el señor MSLP con ocasión del proceso penal adelantado en su contra?*

En caso afirmativo *¿Hay lugar al reconocimiento de los perjuicios deprecados?*

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

No se encuentran reunidos los elementos para atribuir responsabilidad patrimonial a las demandadas, por cuanto el daño sufrido por el señor MSLP, consistente en soportar la carga de un proceso penal que conllevó a la afectación a su derecho a la libertad personal no puede ser catalogado como antijurídico, pues el mismo se observa legal, razonable y proporcionado.

Para fundamentar lo anterior, se analizarán: i) los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado; ii) lo probado en el proceso y iii) el caso concreto.

2.2. Fundamento jurídico - Elementos de la Responsabilidad

2.2.1. El daño

Es considerado el elemento principal sobre el cual gira la responsabilidad civil, pues su fundamento es la reparación de aquel y el límite a la reparación es el mismo daño, pues no se puede reparar ni más ni menos de su real entidad- *Principio de Reparación Integral*.

El daño a efectos de que sea indemnizable requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico; ii) que se lesione un derecho, bien, o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura⁵.

2.2.2. Antijuridicidad e imputación

Establecida la existencia del daño es necesario verificar si este tiene el carácter de antijurídico, esto es, aquél que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, pues no existe causa que justifique la producción de este, razón por la cual deviene en una lesión patrimonial injusta.

En relación con los casos de privación injusta de la libertad, la Corte Constitucional ha sostenido que, se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental pues, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos. Sobre el particular, en la sentencia C-037 de 1996⁶, al analizar la constitucionalidad de, entre otros, el artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, señaló:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término ‘injustamente’ se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros

⁵ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 29 de febrero de 2012; Exp. 21536.

⁶ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención” (subrayas fuera de texto).

De conformidad con lo expuesto, el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida restrictiva de la libertad, ponderando los intereses y derechos comprometidos, de ahí que se deba determinar en cada caso si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido y si su prolongación estuvo justificada.

En adición a lo anterior, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado⁷, en concordancia con la sentencia SU-072 de 2018⁸, ha sostenido que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; y en consecuencia, en cada caso será el juez el que deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada.

En ese sentido, la Corte Constitucional en la referida la sentencia SU-072 de 2018, indicó:

“105. Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica- es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.

“(…)

“106. Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma”.

(…)

109. Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio iura novit curia, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante” (subrayas fuera de texto).

Así las cosas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal y posteriormente, se precluya la investigación o se revoque la medida de aseguramiento por prueba sobreviniente, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración. No por otra razón, la Corte Constitucional afirmó en el pronunciamiento

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez. Sentencia del 19 de febrero de 2021. Rad.: 50001-23-31-000-2010-00004-01(50545)

⁸ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

antes indicado, lo siguiente:

“Determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia –aplicación del principio in dubio pro reo-, o incluso en otros eventos, por ejemplo, cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva, el Estado debe ser condenado de manera automática, esto es, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo que determine si la decisión a través de la cual se restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede un precedente constitucional con efecto erga omnes, concretamente la sentencia C-037 de 1996.

“Ahora bien, a pesar del criterio aplicado por el juez penal, el juez administrativo deberá establecer si está frente a un caso de duda acerca del valor demostrativo de la prueba recaudada o de su absoluta inexistencia y, en tal caso, elegir, si a ello hubiere lugar, un título de atribución objetiva. Esa libertad judicial también se extiende a la nominación de las causales de privación injusta, dado que estas no se agotan en el derogado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en tanto responden a cierto estado de cosas, independientemente de estar o no normados”.

Soportado en las anteriores premisas, la privación de la libertad, bien en cumplimiento de una orden de captura o de una medida de aseguramiento de detención preventiva, como medida coercitiva para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la efectividad de la pena, o impedir que se transgredan otros bienes jurídicos tutelados, no quebranta el derecho a la libertad de protección constitucional (artículo 28) y convencional (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – artículo 12 – y Convención Americana de Derechos Humanos – artículo 22 –), siempre que las autoridades civiles y judiciales acaten de manera estricta los términos y condiciones que la ley prevé para la procedencia y materialización de esa medida.

Así pues, en cuanto al necesario examen de la antijuridicidad del daño que se discute en el juicio de responsabilidad por una privación injusta de la libertad, se exige constatar si la orden de detención y las condiciones bajo las cuales esta se llevó a cabo, se apegaron a los cánones legales y constitucionales o no; en caso afirmativo se analizará el fundamento de la imputación o nexo causal, en especial debe establecerse si el detenido causalmente contribuyó y determinó con su actuar doloso o gravemente culposo a la detención, para estimar si debe asumir las consecuencias de su actuación, que pudo sentar las bases para que se adoptara la medida restrictiva de su libertad.

Si la detención se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico, corresponderá al juez estudiar la responsabilidad bajo alguno de los otros títulos de atribución, como el daño especial, como cuando: i) se logra establecerse que el hecho que pretendía imputarse al detenido no existió, o ii) la conducta era objetivamente atípica; en estos casos también debe analizarse el fundamento de la imputación o nexo causal, en especial si el detenido causalmente contribuyó y determinó con su actuar la detención.

Ahora, cuando en la sentencia penal se logra establecer que el sindicado no cometió la conducta o que fue absuelto en aplicación del principio *in dubio pro reo*, debe auscultar tales circunstancias bajo la óptica del régimen subjetivo de falla del servicio, pues en estos casos, el juez penal debe concluir su veredicto luego de un riguroso análisis probatorio que permita calificar la conducta y verificar la participación del individuo en el ilícito al cual se

lo vincula de cara a las pruebas que se recauden y valoren en el proceso penal respectivo, de cuya valoración se desprende la suerte procesal penal del investigado.

Al respecto, el Consejo de Estado⁹ en sentencia del 22 de noviembre de 2021 precisó que:

*“Esta concepción de la fuente de responsabilidad en comento, si bien encuentra amplia aplicación y desarrollo en la falla del servicio, que exige el estudio de la adecuada actuación del Estado a la hora de dictar la orden de detención contra una persona y por tanto el apego de dicha medida al ordenamiento jurídico, no excluye la posibilidad de estudiar la responsabilidad derivada de la restricción a la libertad de las personas bajo alguno de los otros títulos de atribución como ocurre con **el daño especial** en eventos en los cuales el sindicado sufre injustificada e inmerecidamente los rigores de la medida adoptada en debida forma por el órgano competente, pero, en tales casos, ello resulta de aplicación residual frente a la falla del servicio y puede presentarse en situaciones en las cuales **el mismo reo no dio pie a la adopción de la medida dictada en su contra, donde la actuación del Estado se ajustó al ordenamiento jurídico, pero se causó un desequilibrio de las cargas públicas respecto del administrado, como cuando logra establecerse que el hecho que pretendía imputarse al detenido no existió o la conducta era objetivamente atípica, eventos en donde el daño antijurídico resulta acreditado sin mayor arrojó.***

***Otra circunstancia** sucede cuando en la sentencia penal se logra establecer que el sindicado no cometió la conducta o que **fue absuelto en aplicación del principio in dubio pro reo**, por cuanto, en estos casos, el juez penal debe concluir su veredicto luego de un riguroso análisis probatorio que permita calificar la conducta y verificar la participación del individuo en el ilícito al cual se lo vincula de cara a las pruebas que se recauden y valoren en el proceso penal respectivo, de cuya valoración se desprende la suerte procesal penal del investigado, lo que implica **el deber de auscultar tales circunstancias bajo la óptica del régimen subjetivo de falla del servicio**¹⁰. (Se resalta)*

2.3. Lo probado en el proceso

- El 22 de abril de 2014, el Juzgado Sexto con Función de Control de Garantías expidió orden de captura contra el señor MSLP, por los delitos de homicidio en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones; el 24 de abril de 2014, la Fiscalía 13 Seccional de Manizales realizó la captura y el 25 del mismo mes y año, se legalizó la misma ante el Juzgado Sexto ya mencionado y se impuso medida de aseguramiento y expidió la boleta de detención¹¹.

- El 14 de abril de 2016, el Juzgado Primero Penal del Circuito profirió fallo, en el que absolvió al señor MSLP, providencia que quedó ejecutoriada en la misma fecha¹².

2.4. Análisis sustancial del caso concreto

A continuación, se analizará si: i) se encuentra acreditada la existencia de un daño; ii) si este es o no antijurídico y en caso afirmativo se establecerá iii) si es o no imputable a las entidades demandadas.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P: Nicolás Yepes Corrales. sentencia del 22 de noviembre de 2021, Rad. 50001-23-31-000-2011-00436-01(58457)

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018. FJ. 105 a 107 y 120 a 127.

¹¹ Pág. 89-103 AD “01C1Fls1A99”.

¹² Pág. 43-79 ibidem

2.4.1. En cuanto al daño

En la sentencia apelada se encontró acreditado el daño alegado por los demandantes, que se concretó en la privación de la libertad del señor -MSLP-, desde el entre el 24 de abril de 2014 y el 1 de marzo de 2016 en virtud de la captura, la medida de aseguramiento de detención preventiva y la sentencia absolutoria. Asunto que no es objeto de debate en esta instancia.

2.4.2. En cuanto a la antijuridicidad del daño

La parte demandante en su escrito de apelación señaló que, el fallo de primera instancia determinó que el señor MSLP estaba en el deber jurídico de soportar la medida de aseguramiento, basado en dos entrevistas, y que además no es competencia del juez administrativo entrar a valorar las pruebas del proceso penal, máxime si se tiene en cuenta que fue absuelto.

Al respecto, como se refirió en el acápite anterior, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado¹³, en concordancia con la sentencia SU-072 de 2018¹⁴ de la Corte Constitucional, señala que, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecen un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; y en consecuencia, en todo caso, será el juez el que deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue *apropiada, razonable y/o proporcionada*.

En este orden de ideas, el análisis de responsabilidad de las entidades accionadas se debe desplegar a partir de la revisión de las atribuciones constitucionales y legales que tiene en el marco del *ius puniendi* del Estado y en el desarrollo del procedimiento penal reglado en la Ley 906 de 2004¹⁵, código oponible a los hechos de la presente acción, frente a la imposición de la privación de la libertad, con el fin de determinar si el daño es antijurídico y si las entidades demandadas incurrieron en conductas constitutivas de reproche o afectación ilegítima del derecho a la libertad.

Por lo tanto, para establecer si la privación de la libertad fue *apropiada, razonable y/o proporcionada*, a continuación, se analizará el marco normativo y aplicación en el caso concreto de: i) la captura y ii) la imposición de medidas de aseguramiento y iii) la duración de la privación de la libertad.

2.4.2.1. Sobre la imposición de medidas de aseguramiento:

Como punto de partida se precisa que, la Fiscalía General de la Nación “*está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo*” (Artículo 250, Superior).

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: José Roberto SÁCHICA Méndez. Sentencia del 19 de febrero de 2021. Rad.: 50001-23-31-000-2010-00004-01(50545)

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁵ Artículo 533 Ley 906 de 2004. Derogatoria y vigencia. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.

El artículo 297 de la Ley 906 de 2004 señaló que, “Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, de acuerdo con el artículo 221, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga, según petición hecha por el respectivo fiscal”. En su párrafo precisó que, salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este código, “el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías”.

En el caso concreto se tiene que, la medida de aseguramiento que fue impuesta al señor MSLP se fundó en una serie de pruebas¹⁶ que otorgaban un importante grado de convicción sobre la comisión de las conductas endilgadas, como son la declaración de la señora María del Carmen Delgado Álvarez -madre del difunto- quien relató a los investigadores que:

“(...) A eso de las 8:30 de la noche salió de mi casa (José Gilberto Delgado Álvarez – occiso) que está ubicada en la calle 48D número 3 C-15 barrio Bosques del Norte, pero no me dijo para donde iba, a los cinco minutos de que mi hijo salió, o sentí como dos o tres disparos, para lo cual a los tres minutos me asome a la ventana a verificar que había pasado y vi a un hombre que tenía un saco negro enredado en la mano izquierda y yo alcance a ver como de ese saco le salía el tubo como si tuviera en el saco oculta un arma de fuego, pero no sé si era un revolver o una pistola, al ver esto me fui hasta la puerta de la casa la abrí y al ver esto el hombre que menciono se dio la vuelta y se fue a paso largo hacia el colegio de Bosque del Norte, en ese momento me fui para la tienda de don ROBER a comprar unos cigarrillos, cuando me devolví para la casa me dijeron unos muchachos que mantienen fumando marihuana en la esquina de mi casa, que habían apuñaleado a mi hijo, para lo cual yo les pregunte a esos muchachos que en qué lugar habían herido a mi hijo, respondiéndome ellos que habían herido a mi hijo por el tubo del barrio Santa Ana, luego le pregunte a esos muchachos que si sabían por dónde se había ido corriendo el hombre que estaba parado frente a mi casa con un saco color negro amarrado en la mano donde tenía el arma de fuego, para lo cual ellos me respondieron que no sabían por dónde había cogido, en ese momento me fui a preguntar al CAI San de San Sebastián si era mi hijo el que estaba herido y el agente de Policía me dijo que no era mi hijo el que estaba herido, sintiéndome yo tranquila para lo cual me fui caminando de nuevo hasta mi casa, cuando llegue a mi casa un vecino de nombre RICARDO me dijo que cogiera rápido un taxi y me fuera para San Cayetano porque era mi hijo el que estaba herido, cogiendo de inmediato un taxi para ir a San Cayetano, cuando llegue al centro de salud San Cayetano me dijeron los policías y el portero que mi hijo había llegado muerto allá eso fue todo. PREGUNTADO: Haga una descripción física y morfológica del hombre que estaba frente a su casa minutos después de haber escuchado usted los disparos CONTESTO. Él era bajito como de 1.65 metros de estatura, no era gordo ni flaco era de contextura media, color de piel blanca, corte de cabello bajito, cabello color oscuro, tenía más o menos de 18 a 20 años, tenía un pantalón jean color azul oscuro y una camiseta de cuellito con rayas rojas y fondo azul oscura, ese hombre tenía, cara delgadita, ojos oscuros, tenía una nariz ni muy grande ni muy pequeña PREGUNTADO. Comunique si en ocasiones anteriores al hecho ocurrido el día de hoy, había visto al hombre que usted describió anteriormente que tenía el saco color negro amarrado en el brazo ocultando al parecer un arma de fuego CONTESTO. Primera vez que lo veo por el sector PREGUNTADO. Diga si usted está en la capacidad de realizar en compañía de un técnico en morfología un retrato hablado del hombre que usted menciona estaba frente a su casa minutos después de escuchar los disparos CONTESTO. Si estoy en la capacidad de hacer el retrato hablado del hombre que estaba con el arma de fuego frente a mi casa minutos después de

¹⁶ Expediente digital, archivo “05ExpedienteEscaneadoCno2AExpedientePenal”, folios 28-122.

*escuchar los disparos PREGUNTADO. Comunique si está en la capacidad de señalar en diligencia de álbum fotográfico o en fila de personas al hombre que estaba frente a su casa con el saco color negro ocultando el arma de fuego que usted menciona vio minutos después de escuchar los disparos CONTESTO. Yo creo que si (...)*¹⁷

En nueva entrevista rendida por la señora María Del Carmen Delgado Álvarez, el 28 de marzo de 2013 señaló ante personal de policía judicial lo siguiente:

“(...) PREGUNTADO. Tengo para decir que hace aproximadamente 15 días subí hacia la revertería del barrio Santa Ana, para lo cual en el sector donde vende las arepas me encontré con WILSON el hijo de dona STELLA, lo salude y le pregunte si sabía algo de la muerte de mi hijo JOSE al que conocían como el CHUSCO, para lo cual WILSON me respondió ” ¿Cucha el que mataron en la esquina era su hijo?” para lo cual le respondí que sí, entonces WILSON me dijo ” Cucha ese día que mataron a su hijo creí que el muerto iba hacer yo, porque yo estaba sentado cerca de donde mataron a su hijo y de un momento a otro escuche tres disparos, para lo cual me pare asustado y vi que su hijo cayó al suelo casi a los pies míos, Cucha yo al que le mato a su hijo no le vi la cara bien, pero él tenía un buso color negro de capota puesto y se escapó luego de matar a su hijo hacia Bosques del Norte, cuando yo vi tirado a su hijo en el suelo le cogí la cara y empecé a darle varias cachetadas con el fin de que despertara y le decía también en voz alta, no se muera chino, luego empecé a parar un taxi para llevarlo al centro de salud, cuando de un momento a otro llego la Policía y me ayudaron a subirlo eso fue todo lo que me dijo WILSON, también tengo para decir que he hablado con casi 10 personas del barrio Santa Ana los cuales coinciden diciendo que el que mato a mi hijo es un tal MAICOL al que le dicen PETIS de ese sector, pero esas personas me pidieron que no diera sus nombres por seguridad, por ultimo tengo que decir (...)”¹⁸

El 26 de septiembre de 2013, Dayron Vianey Ramírez Salazar, en entrevista realizada al personal de la Policía Nacional, refirió:

“...PREGUNTADO. Sabe usted porque está en estas instalaciones CONTESTO, Si porque ustedes me citaron para que hablara del que mato al CHUSCO PREGUNTADO. Esta usted aquí por su voluntad o se siente presionado o intimidado por alguna persona para dar esta declaración CONTESTO. Estoy por mi voluntad. PREGUNTADO. Haga un relato claro, preciso y detallado de todo cuanto sepa con respecto a los hechos donde fue asesinado el señor JOSE GILBERTO DELGADO ALVAREZ, hechos acaecidos el pasado 15 de febrero del 2013 CONTESTO. Para el pasado 15 de Febrero a eso de las 08-30 o 09-00 de la noche, me encontraba en la casa de mi mamá que está ubicada en la calle 48 d número 3c -111 barrio Bosques del Norte, yo este día me encontraba en la terraza de dicha casa, la terraza es en el segundo piso, yo recuerdo que ese día estaba con una amiguita de nombre ALEJANDRA que vive en el barrio el Carmen, cuando estaba hablando con ella, de un momento a otro frente a donde venden salchi papas escuche un disparo, para lo cual fije la mirada hacia allá, cuando mire escuche otro disparo y vi que una persona se estaba desplomando quedando de rodillas, también en ese momento observe que el hombre que le estaba disparando le metió el tercer disparo por los lados del cuello, en ese momento cayó totalmente al piso la persona que mencione había quedado de rodillas, luego el hombre que disparo se fue corriendo hacia las barandas del barrio San Sebastián y mientras recorría este trayecto se iba quitando el buso color negro que llevaba puesto cuando le disparo al hombre frente a las salchi papas, con este buso que se quitó el hombre, este escondió el arma de fuego con la que le disparo al hombre que mencione anteriormente, en ese momento es que le observe claramente el rostro a este hombre y me doy cuenta que es MAICOL ESTIVEN alias PETIS el que mato al hombre frente a las salchi papas, seguí viendo a MAICOL hasta que se fue hacia la casa de doña CARMEN y lo perdí de vista, ya que me fui a mirar quien era el hombre al cual MAICOL le había disparado, cuando llegue

¹⁷ Pág. 68-69 AD “03C1A”

¹⁸ Pág. 73 ibidem.

*a donde estaba tendido este hombre, lo reconocí y caí en cuenta que era el **CHUSCO** el hijo de doña **CARMEN**, espere que llegara la Policía los cuales montaron a **CHUSCO** en un taxi y se los llevaron, luego arranque corriendo para donde doña **CARMEN** y le conté que le habían disparado al **CHUSCO**, yo vi que doña **CARMEN** salió para el CAI y luego al no ver nada más que hacer me fui para la casa a dormir, al otro día salí a jugar con **PIPÉ** el hermano de **CHUSCO** y este me conto que habían matado al hermano de él, yo me quede callado en ese momento porque me dio pesar contarle y como en la esquina habían un poco de gambas me dio miedo que ellos me escucharan decir eso porque luego me podían hacer algo malo a mí por sapo, pasado el tiempo hace unos días no recuerdo exactamente cuándo, yo iba por mi hermana a la casa de mi mamá y cuando iba bajando, en la tienda me encontré a doña **CARMEN** la mamá de **CHUSCO** y en ese momento le conté lo que estoy diciendo en esta entrevista, ella me dijo que si le colaboraba a la justicia, yo le dije que le iba a pedir permiso a mis papas y como ellos me dieron permiso estoy colaborando eso es todo (...) PREGUNTADO. Diga cómo era la luminosidad la noche del pasado 15 de febrero cuando ocurrieron los hechos donde fue asesinado el señor **JOSE GILBERTO CONTESTO**. Buena porque donde yo estaba hay un poste de la luz y donde lo mataron a él también PREGUNTADO. Diga si había algún objeto u elemento que le impidiera observar el momento exacto cuando **MAICOL** alias **PETIS** mato a **JOSE GILBERTO CONTESTO**. No nada, yo vi claramente cuando mataron a **JOSE GILBERTO CONTESTO**. PREGUNTADO. Mencione si había algún objeto u elemento que le impidiera observar el rostro de **MAICOL** alias **PETIS CONTESTO**. No, cuando él se quitó el buso de una me di cuenta de que era **MAICOL** alias **PETIS** PREGUNTADO. Mencione hace cuanto conoce usted a **MAICOL ESTIVEN** alias **PETIS** y a razón de que **CONTESTO**. Hace como tres años porque él es del barrio PREGUNTADO. Haga una descripción tanto física como morfológica de **MAICOL ESTIVEN** alias **PETIS CONTESTO**. Él es como de 1.70 de estatura, él es de color de piel blanca, él es flaco, el cabello de él es negro y tiene rayos monos pintados, él tiene artos Barros en la cara. PREGUNTADO. Comuníqueme si usted sabe a qué se dedica **MAICOL** alias **PETIS CONTESTO**. Yo lo único que lo he visto haciendo es jugando fútbol y parado en las barandas con un poco de manes PREGUNTADO. Mencione si alias **PETIS** consume estupefacientes, de ser positiva su respuesta diga que sustancia **CONTESTO**. La verdad no se para que digo mentiras PREGUNTADO. Diga si usted está en la capacidad de señalar en diligencia de reconocimiento en álbum fotográfico o en fila de personas a **MAICOL ESTIVEN** alias **PETIS CONTESTO**. Si claro de una PREGUNTADO. Usted después de los hechos ha vuelto a ver a **MAICOL ESTIVEN** alias **PETIS CONTESTO**. Si de seguido lo veo en las barandas PREGUNTADO. Usted tiene conocimiento del motivo por el cual alias **PETIS** mato a **JOSE GILBERTO CONTESTO**. No se PREGUNTADO. Sabe usted con que arma mato **PETIS** a **JOSE GILBERTO CONTESTO**. Yo sé que era un arma de fuego porque tiraba candela cada vez que disparaba, recuerdo que brillaba PREGUNTADO. Mencione a que distancia estaba usted del lugar donde **PETIS** le disparo a **JOSE GILBERTO CONTESTO**. Del momento en que le disparo, más o menos a media cuadra y cuando se quitó el buso y lo reconocí estaba más cerca PREGUNTADO. Tiene alguna duda de que el homicida fue **MAICOL ESTIVEN** alias **PETIS CONTESTO**. No para nada PREGUNTADO. Diga si usted sabe si **PETIS** porta armas de fuego o armas cortopunzantes **CONTESTO**. Solo ese día le vi el arma de fuego PREGUNTADO. Quien más fue testigo presencial de los hechos de sangre **CONTESTO**. Yo vi a un man tomando gaseosa en la esquina donde ocurrió eso, ese man dijo en voz alta, (HUY YO PENSE QUE ME LOS IBAN A METER A MI) (...)”¹⁹ (sic)*

De acuerdo con el Acta Reconocimiento Fotográfico y Videográfico No. 699 del 26 de septiembre de 2013²⁰, suscrita por el servidor de policía judicial Jairo José Henao de la Sijin, Dairon Vianey Ramírez Salazar reconoció a MSLP como alias “PETIS”, quien señalara como la persona que había disparado al señor José Gilberto Delgado Álvarez.

De acuerdo con el Acta de Inspección a Lugar -FPJ-9- del 21 de enero de 2014, practicada por el grupo de Homicidio de la Sijin, con el fin de “Realizar inspección al lugar de los hechos con el testigo Dairon Vianey Ramírez Salazar...”²¹, se estableció:

¹⁹ Pág. 84-85 Ibidem.

²⁰ Pág. 87-90 Ibidem.

²¹ Pág. 36-38 Ibidem.

“... para comienzos del año pasado (2013) en febrero en la noche a eso de las 08:30 de la noche me encontraba en mi casa (...) en el segundo piso en la terraza cuando de un momento a otro empecé a hablar con una amiga de nombra Alejandra en ese momento escuché el primer disparo y miré hacia San Sebastián hacia el frente de las salchi papas, y vi un hombre disparándole a otro por la espalda, cuando el hombre cayó al suelo el que le disparó se vino a paso largo caminando hacia las barandas, mientras caminaba se quitaba el buso de color negro con capota que tenía puesto y en este ocultaba el arma de fuego con lo que había herido al hombre al frente de las salchi papas, cuando llego a las barandas empezó a bajar por la calle 40E con carrera 38 en ese momento es que me doy cuenta que es Michael el que le disparó al hombre, el me refiero a Michael alias Petis es quien baja hacia la casa del finado o del muerto por esa cuadra se va y lo pierdo de vista eso es todo...”

Adicionalmente, el 20 de junio de 2014, con posterioridad a la captura, el personal de la Policía Judicial entrevistó nuevamente a la señora María Del Carmen Delgado Álvarez, quien, ratificó los hechos expuestos en la anterior declaración y además refirió:

“(...) Yo he hablado con RICARDO un muchacho que vive cerca a mi casa y me dijo que él sabía que MAICOL PETIS fue el que mató a mi hijo; también cuando ustedes capturaron al asesina de mi hijo, me dijo personalmente “El que capturaron fue el que mató al chino”, después de que ustedes capturaron a PETI el que mató a mi hijo; me encontré con FELIPE SOTO ALZATE un muchacho que mantiene por mi casa y me le arrime para conversar, porque e era uno de los muchachos que estaba sentados en la esquina de mica da el día que mataron a mi hijo, entonces le dije “mono ya capturaron al que mató a mi hijo” (...) “yo me di cuenta ese día que asesinaron a su hijo de que fue ese MAICOL PETIS porque yo conozco a ese man y a la hermana y ese día que sentimos el disparo nos fuimos hasta el poste de donde estábamos sentados; exactamente al frente de la esquina de su casa por el camino y pude ver como un man le disparo a alguien al frente de las salchipapas, luego el man que disparo arriba se bajó por la baranda cogió el camino y se paró al frente de su casa, cuando usted iba a abrir el paso por el frente de nosotros y lo reconocí porque le vi la cara y el fierro...”²²

En línea con lo anterior, las actuaciones que conllevaron a la privación de la libertad del señor MSLP se fundaron en las declaraciones rendidas por testigos, quienes señalaron que este había disparado con arma de fuego a José Gilberto Delgado Álvarez, además del reconocimiento fotográfico.

Con base en los elementos materiales probatorio antes destacados -entre otros-, la Fiscalía 13 Seccional de Manizales, solicitud la orden de captura, la cual fue concedida por el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantía, el 24 de abril de 2014, misma fecha en la que se hizo efectiva la captura de MSLP, siendo legalizada por el mismo despacho judicial el día 25 siguiente.

De lo anterior la Sala encuentra que, la captura del señor MSLP se ajustó a los postulados y directrices señalados en el artículo 297 de la Ley 906 de 2004²³, pues, para el momento en que se ordenó la captura, existían “*motivos razonablemente fundados*” para inferir que el ahora demandante, era el autor del delito objeto de investigación.

²² Pág. 71 ibidem.

²³ Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, de acuerdo con el artículo 221, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga, según petición hecha por el respectivo fiscal.

Se destaca que, en este estadio inicial de la investigación penal, la ley no exige para disponer la captura, la existencia de una certeza de la responsabilidad penal solamente exige que se encuentren *“motivos razonablemente fundados”* de la autoría o participación en el delito.

Además, la parte demandante no alega, ni la Sala encuentra que, la Fiscalía para el momento de la captura, conocieran de otros elementos probatorios que pudieran desvirtuar esos motivos razonables que permitían inferir que -MSLP- era autor o partícipe del delito que se investigaba, por el contrario, los elementos materiales de prueba dieron motivos suficientes para imponer la privación de la libertad que padeció.

Por lo tanto, no son de recibos los argumentos expuesto por la parte apelante, respecto a que el Juez de Control de Garantías, se basó únicamente en el testimonio de la madre del occiso para imponer la medida de aseguramiento, por cuanto se acreditó que fue tenido en cuenta además, la declaración de Dayron Vianey Ramírez, así como la diligencia de reconocimiento fotográfico que aquel hizo, ambas realizadas el 26 de septiembre de 2013 y, también la diligencia de inspección al lugar de los hechos del 21 de enero de 2014; actuaciones que, sirvieron de fundamento para la solicitud de la orden de captura de MSLP.

De manera que, si se limita la libertad de un ciudadano y en acatamiento de los términos legales previstos para tal fin, la captura emerge como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado, que propende por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los presuntos autores de las mismas.

Por tanto, a pesar de la existencia del daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico, pues la captura cumplió los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo²⁴.

2.4.2.2. Sobre la medida de aseguramiento

El artículo 306 de la Ley 906 de 2004 dispuso que, el ente investigador solicitará al juez de control de garantías su imposición con indicación de *“la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia”*.

A su vez, el artículo 308 de la referida normativa estableció que, el juez de control de garantías decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla con alguno de los siguientes requisitos:

- 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
- 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*
- 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.*

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de mayo de 2017, expediente 41.533, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

En ese orden de ideas, la medida de aseguramiento de detención preventiva no equivale a sentencia condenatoria y los requisitos establecidos por la Ley Penal para su procedencia difieren en uno y otro caso, pues en la primera sólo se requiere un convencimiento de probabilidad de la responsabilidad del imputado en el hecho punible investigado, mientras que para emitir fallo condenatorio, es necesario que exista certeza la responsabilidad penal endilgada, situación que en momento alguno vuelve injusta la detención preventiva adoptada.

El artículo 313 *ibidem* indica que, satisfechos los requisitos del artículo 308, la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario procederá en los siguientes casos:

1. *En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.*
2. *En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.*
3. *En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Ahora, toda vez que el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de *legalidad, razonabilidad y proporcionalidad*, se torna imperiosa la ponderación de las circunstancias que rodearon la imposición de la medida de aseguramiento, a efectos de establecer si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido.

En el caso concreto, continuando con el análisis del desarrollo del proceso penal, se tiene que, el 24 de abril de 2014, se llevó a cabo ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Manizales la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación por los delitos de “*Homicidio*” y “*Porte ilegal de armas de fuego*” e imposición de medida de aseguramiento en contra del señor MSLP²⁵.

La medida de aseguramiento fue fundamentada en que, se cumplían los requisitos del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, dado que, la Fiscalía en la solicitud de medida de aseguramiento indicó y fundamentó que, se presentaba una de las causales señaladas en el dicho canon normativo, ya que el imputado constituía un peligro para la seguridad de la sociedad, y el Juez de Control de Garantías al momento de imponer la medida de aseguramiento consideró que, era el medio más adecuado dado la gravedad, la modalidad de la conducta y las condiciones de la víctima.

Además, se cumplían los requisitos objetivos contemplado en los artículos 313 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto, el artículo 103 del Código Penal señala frente al homicidio -uno de los delitos imputados al investigado en el proceso iniciado frente a MSLP- que, “*El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses*”²⁶.

De acuerdo a lo anterior, y conforme a los elementos materiales de prueba recaudados hasta ese momento, la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del aquí demandante fue dictada conforme a los parámetros previstos en los artículos 308 y 313 de la Ley 906 de 2004. Además, resultaba razonable y proporcionada teniendo en cuenta, la naturaleza y gravedad del delito investigado, y la forma en que fue ejecutada.

²⁵ Pág. 101 AD “01C1”

²⁶ Entre 13 y 25 años de prisión.

Se reitera que, la parte demandante no alega, ni la Sala encuentra que, para ese momento la Fiscalía conociera de otros elementos probatorios que pudieran desvirtuar esos motivos razonables que permitían inferir que MSLP pudiera ser autor o partícipe del delito que se investigaba y que pudieran desvirtuar las razones que sustentaban la necesidad y urgencia de la medida de aseguramiento.

Por tanto, a pesar de la existencia del daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico, pues la imposición de la medida de aseguramiento cumplió los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.

2.4.2.3. Sobre la duración de la privación de la libertad

Sobre la duración de la privación de la libertad padecida por el señor MSLP ha de señalarse que la misma se extendió entre el 24 de abril de 2014 y el 1 de marzo de 2016, data que fue puesto en libertad, por haber sido absuelto por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales.

El referido lapso de privación de la libertad que soportó el señor MSLP si bien se extendió por un periodo cercano a los dos años, no se observa como desproporcionado o injustificado, en razón a la magnitud de los delitos investigados, como son los de homicidio y porte ilegal de arma,

Así, se tiene acreditado que el trámite del proceso adelantado contra el señor MSLP se dieron las siguientes actuaciones que justifican la duración del sumario:

i) fue capturado el 24 de abril de 2014; ii) en audiencia preliminar del día 25 siguiente se legalizó la captura, se imputaron los delitos antes señalados y se impuso medida de aseguramiento; iii) el 26 de junio de 2014 la Fiscalía presentó el escrito de acusación; iv) el 31 de julio de 2014 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales; v) el 28 de agosto de ese año se llevó a cabo la audiencia preparatoria, diligencia en la cual la defensa del señor MSLP solicitó el aplazamiento, el cual fue aceptado por el juez de conocimiento; vi) el 7 de octubre de 2014 se continuó con la audiencia preparatoria, en la cual además se fijó fecha para llevar a cabo audiencia de juicio oral para los días 29 y 30 de abril, once y 12 de mayo del año 2015; vii) el 29 de abril de 2015 se dio inicio al juicio oral, no obstante la defensa del señor MSLP interpuso recurso de apelación frente a una decisión emitida en esa diligencia, recurso que fue concedido en el efecto **suspensivo** para que fuera resuelto por el Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal; viii) El 27 de octubre de 2015, fue resuelto el recurso de apelación por la mencionada Corporación; ix) El Juzgado Primero del Circuito de Manizales (conocimiento) mediante auto del 30 de noviembre de 2015, dispuso fijar los días 12 y 13 de enero de 2016 como fecha para continuar con la audiencia de juicio oral; x) finalmente, la audiencia de juicio oral se continuó los días 12, 25 a 27 de enero, 17 de febrero y 1 de marzo de 2016, última fecha en la cual fue dejado en libertad el señor MSLP por cuanto se anunció sentido del fallo absolutorio.

De acuerdo con lo anterior, resulta claro que el proceso que se adelantó contra el señor MSLP, surtió sus distintas etapas dentro de un plazo razonable, aunado a que el tiempo se extendió en parte fue, debido a las actuaciones de la misma defensa en tanto solicitó

aplazamientos e interpuso recursos, en todo caso, sin que se advierta una dilación injustificada dentro de ese trámite.

Por lo tanto, la duración de la privación de la libertad no se erige a ojos de esta Colegiatura como fundamento de responsabilidad estatal en virtud de una falla en el servicio.

2.5. Análisis del título de imputación del daño especial

Ahora bien, teniendo en cuenta que la orden de detención y las condiciones bajo las cuales esta se llevó a cabo, se apegaron a los cánones legales y constitucionales, la Sala procederá a analizar si se configuró un daño antijurídico basado en que las entidades rompieron el principio de igualdad de las cargas públicas que debe soportar todo ciudadano al generarse un daño anormal, especial y grave.

Al respecto, el Consejo de Estado ha precisado que, si la detención se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico, corresponderá al juez estudiar la responsabilidad bajo alguno de los otros títulos de atribución, como el daño especial, como cuando: **i)** se logra establecerse que el hecho que pretendía imputarse al detenido no existió, o **ii)** la conducta era objetivamente atípica²⁷; en estos casos también debe analizarse el fundamento de la imputación o nexo causal, en especial si el detenido causalmente contribuyó y determinó con su actuar la detención.

En el caso concreto, la sentencia absolutoria del Juzgado Primero Penal del Circuito señaló:

“...Entonces, ante esa carencia de medios probatorios sólidos y valederos que tengan la virtualidad de llevar el convencimiento al juzgador, -más allá de toda duda- sobre la responsabilidad del inculpado, no queda otra alternativa que no sea la conducente exonerar al procesado LÓPEZ PINEDA de esa responsabilidad, pues en este caso particular, se reitera, no se reúnen los presupuestos consagrados en los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004, es decir, no se puede dictar sentencia condenatoria porque no obra prueba que desvirtúe cabalmente la presunción de inocencia, o provea de elementos de juicio para declarar la inocencia del encausado...”²⁸ (se destaca)

Por lo tanto, el proceso penal contra el señor MSLP terminó en aplicación del principio *In dubio pro reo* es decir, la absolución no se dio porque el hecho que pretendía imputarse no existió, o porque la conducta era objetivamente atípica, sino sobre la conclusión de que las pruebas existentes si bien vinculaban al aquí demandante en algunos escenarios conductuales, se generó duda sobre su autoría en la comisión de los delitos investigados.

Así, sobre la absolución en aplicación del principio *in dubio pro reo*, el Consejo de Estado ha señalado:

*“Otra circunstancia sucede cuando en la sentencia penal se logra establecer que el sindicado no cometió la conducta o que fue absuelto en aplicación del principio *in dubio pro reo*, por cuanto, en estos casos, el juez penal debe concluir su veredicto luego de un riguroso análisis probatorio que permita calificar la conducta y verificar la participación del individuo en el ilícito al cual se lo vincula de cara a las pruebas que se recauden y valoren en el proceso penal respectivo, de cuya valoración se desprende la suerte procesal penal del investigado, lo que*

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P: Nicolás Yepes Corrales. sentencia del 22 de noviembre de 2021, Rad. 50001-23-31-000-2011-00436-01(58457)

²⁸ Pág. 75 AD “01C1”

*implica el deber de auscultar tales circunstancias bajo la óptica del régimen subjetivo de falla del servicio*²⁹. (Se resalta)

De acuerdo con lo anterior, en el presente asunto no se configura la responsabilidad por daño especial, por cuanto, la privación de la libertad del procesado no resulta desproporcionada, pues fue absuelto por el Juez penal luego de un riguroso análisis probatorio del cual concluyó que los elementos materiales probatorios a pesar de presentar indicios de culpabilidad también permitían asomo de duda sobre la participación típica del acusado.

Se advierte que la parte demandante, alega en el recurso de apelación que el Juez de lo Contencioso Administrativo no puede inmiscuirse en analizar las pruebas del proceso penal, menos aún determinar si el demandante es o no responsable o si era o no justificable su detención intramural, debido a que se violaría el principio del Juez natural

Respecto al valor probatorio del expediente del proceso penal en el actual proceso contencioso administrativo, el Consejo de Estado ha señalado:

*“Las copias simples serán valoradas, porque la Sección Tercera de esta Corporación, en fallo de unificación, consideró tenían mérito probatorio. Al proceso se aportó como prueba trasladada la investigación penal adelantada por el Juzgado 150 de Instrucción Penal Militar, por la muerte (...). Conforme al artículo 185 CPC, las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro, siempre que en el proceso primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. Las pruebas documentales trasladadas podrán ser valoradas, aunque no se hubieran practicado con la intervención de la contraparte, si han obrado en el expediente y no han sido tachadas de falsedad. Los testimonios trasladados podrán ser valorados, sin necesidad de ratificación, cuando son allegados a petición de una de las partes y la otra parte estructura su defensa con fundamento en ellos, o cuando las dos partes los solicitan como prueba, una en la demanda y la otra en el escrito de contestación. Como las pruebas fueron practicadas con la audiencia de la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, serán valoradas.”*³⁰

Así las cosas, considera la Sala que las piezas que componen el expediente del proceso penal que se adelantó ante el Juzgado Primero del Circuito de Manizales, fueron valoradas adecuadamente por la *a quo*, por cuanto los testimonios que allí se practicaron en juicio oral, fueron con la presencia del hoy demandante, donde se le respetó el derecho de audiencia y contradicción, dicha aseveración se desprende del fallo proferido el 14 de abril de 2016 en donde se observa que en el juicio oral se garantizó la posibilidad de interrogar y conainterrogara a los testigos, así como su réplica.

Por otro lado, se advierte que la prueba trasladada fue aportada por la parte demandante con el objeto de demostrar su tesis de responsabilidad de las entidades acá demandadas, documental que se decretó en primera instancia sin que se hubiese presentado recurso o reparo alguno por los sujetos procesales, de manera que se respetó el derecho de audiencia. Así que, la valoración que se hace de las pruebas allegadas se realizó tanto en primera instancia como en segunda de forma integral, ello para llegar al convencimiento que aquí se expone.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 21 de octubre de 2021. Radicación número: 76001-23-31-000-2007-01469-01 (41704)

Finalmente, el Consejo de Estado ha señalado sobre la estructuración de la responsabilidad patrimonial del Estado privación injusta de la libertad, lo siguiente:

“[L]a responsabilidad patrimonial por la privación de la libertad se estructura a la luz de un juicio autónomo, complejo, sobre una misma unidad fáctica, en cuanto, a partir de la investigación penal considerada en su conjunto y al margen de la configuración del delito que no es objeto del proceso de reparación, al juez de la responsabilidad patrimonial le corresponde determinar si i) la investigación en la que se impusieron las medidas de aseguramiento invocadas como fundamento de la reparación demandada concluyó con decisión favorable a la víctima porque el Estado, en ejercicio del ius puniendi, no logró desvirtuar la presunción de inocencia y ii) si los hechos o actuaciones que comprometieron en esa investigación a quien demanda en reparación se enmarcan en culpa grave o dolo civil, con entidad suficiente para negar la reparación.”³¹

Corolario, no es de recibo el argumento expuesto por apelante en cuanto afirma que no le es dado al juez administrativo inmiscuirse en las pruebas del proceso penal, puesto que, como se indicó en la jurisprudencia referida *“la privación de la libertad se estructura a la luz de un juicio autónomo, complejo, sobre una misma unidad fáctica, en cuanto, a partir de la investigación penal considerada en su conjunto y al margen de la configuración del delito que no es objeto del proceso de reparación”*.

2.6. Conclusión

Por lo anterior se concluye que, el daño sufrido por el señor MSLP, consistente en la afectación a su derecho a la libertad personal, no es antijurídico pues, la privación de la libertad emergió como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado, que propende por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los presuntos autores de las mismas. Además, la privación de la libertad fue legal, razonable y proporcionada, por lo que no existe un daño que pueda calificarse como antijurídico, y por ende, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo³².

Por estas razones, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la parte actora.

3. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y atendiendo a la remisión normativa señalada por el canon 306 *ibidem* en concordancia con el artículo 365 del CGP, no se condenará en costas en esta instancia ya que no se encuentra acreditada su causación.

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

Sentencia:

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de diciembre de 2016, Radicación número: 19001-23-31-000-2008-00327-01(39393)

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de mayo de 2017, expediente 41.533, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2022 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, dentro del medio de control de reparación directa formulado por Michael Stiven López Pineda y Otros contra la Nación - Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

Segundo: Sin Costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 27 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado
(ausente con permiso)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 089

Manizales, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO: 17-001-33-39-008-2018-00174-02
NATURALEZA: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Mauricio Mejía Valencia
DEMANDADOS: Departamento de Caldas

Se emite fallo con ocasión al recurso de apelación impetrado por el demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita declarar la nulidad del i) Decreto Departamental 0269 del 20 de octubre de 2017, a través del cual se suprimió la planta de personal de la entidad demandada y se estableció una nueva y ii) del Oficio del 20 de octubre de 2017, notificado el 23 de octubre del 2017, expedido por la Gobernación de Caldas a través del cual le comunicó la supresión del empleo que, en carrera administrativa, venía desempeñando.

Ordenar que el demandante sea reintegrado en un cargo de igual o superior categoría, considerándose la no existencia de solución de continuidad en los servicios para todos los efectos legales. Que se reconozcan y paguen al accionante, los salarios y prestaciones dejadas de percibir a partir de su desvinculación del servicio y hasta el momento en que se produzca el reintegro a su cargo y que las sumas objeto de reconocimiento sean debidamente indexadas y canceladas con los intereses que se generen con posterioridad al fallo.

1.2. Sustento fáctico relevante

El señor Mauricio Mejía Valencia obtuvo el cargo de Conductor, Código 480, Nivel 4 Grado 01 en la planta global de la Gobernación de Caldas en 2012, esto al haber sido el

primero en la lista de elegibles del concurso de méritos convocado en 2005. Sin embargo, debido a las enfermedades que se le diagnosticaron, fue reubicado en otro puesto siguiendo las recomendaciones médicas y de la ARL.

En 2017, se anunció el rediseño institucional de la Gobernación de Caldas y la creación de una nueva planta de empleos, lo que implicó la supresión de algunos cargos, entre ellos el de Conductor Código 480 Nivel 4 Grado 01, por lo cual al demandante se le ofreció la opción de recibir una indemnización o ser reincorporado en un empleo igual o equivalente al suprimido. El señor Mejía optó por la reincorporación en carácter preferencial.

La Gobernación de Caldas informó a la Comisión Nacional del Servicio Civil su decisión de reincorporar al señor Mejía, y solicitó que se revisaran las posibilidades de reincorporación, empero esta no se concretó, por lo que la Gobernación desconoció su derecho preferencial en la nueva planta de personal, ya que se dieron nombramientos en calidad de provisionalidad y se suprimieron cargos de carrera administrativa, lo que llevó a la tercerización o contratación de servicios que él antes prestaba.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Se invocó como vulneradas, la Constitución Política, artículos 1, 2, 13, 29, 53 y 209; Ley 361 de 1997; Ley 790 de 2002, artículo 17; Ley 909 de 2004, artículo 6; Decreto Ley 760 del 2005, artículos 28, 29, 30 y 31; Decreto 1227 de 2005, artículo 87; artículos 2.2.11.2.1, 2.2.11.2.2 y 2.2.11.2.3 del Decreto 1083 de 2015 y Ley 1437 de 2011, artículo 37.

Arguyó que, la entidad demandada no consideró la condición médica y la protección especial constitucional que le corresponde al accionante debido a su estado de salud, ignorando los criterios establecidos por la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación SU 049 de 2017, la cual establece cómo se debe brindar protección frente al despido de personas que padecen problemas de salud, pero que no han sido calificadas como moderadas, severas o profundas.

Sostuvo que la comunicación emitida por la Gobernación de Caldas el 23 de octubre sólo le presentó dos opciones: recibir indemnización o ser reincorporado, sin proporcionar una justificación clara de por qué su incorporación no era posible a pesar de su condición de protección especial, por lo que se aplicó en forma indebida el procedimiento establecido por la normativa vigente en asuntos de restructuración de las plantas de personal de las entidades públicas.

Que el 26 de octubre de 2017, el demandante expresó su deseo de optar por la incorporación con carácter preferencial a un empleo de carrera que sea igual o equivalente al que fue suprimido, empero, debido a un error de transcripción, este deprecó su "reincorporación" en lugar de su "incorporación", cuando en realidad se

estaba solicitando el reconocimiento de los derechos preferenciales a la incorporación, situación que en todo caso no puede ser fundamento para que la entidad accionada no valorara su incorporación preferencial, siendo esta una etapa previa a la formulación de una reincorporación, por lo que debió haber decidido en primera instancia sobre la viabilidad de la incorporación del demandante como lo exige la normativa pertinente.

Así, señala que frente a otras personas se permitió la realización de nombramientos provisionales, los cuales tuvieron en cuenta los esfuerzos de capacitación y la experiencia de los funcionarios, lo que les permitió ascender y obtener el reconocimiento de sus títulos profesionales y técnicos. También se realizaron nombramientos de contratistas, pero según el demandante, estos procesos desconocieron el derecho preferencial que le correspondía y favorecieron a personas que no estaban amparadas por la carrera administrativa, a la que él accedió mediante un concurso de méritos. Además, se argumenta que la entidad ha tenido que tercerizar o contratar los servicios que antes eran prestados por el demandante, según lo indica el Estudio Técnico Rediseño Institucional. Por lo tanto, se alega que los actos administrativos expedidos en este proceso son nulos, ya que se emitieron infringiendo las normas que los regulan, de forma irregular, mediante una motivación falsa y desviando las atribuciones correspondientes a quien los emitió

Igualmente, aduce la existencia de falsa motivación y o desviación de poder en los actos demandados al considerar que se ha demostrado que no se emitieron con la intención de mejorar el servicio. Por el contrario, la eliminación de los cargos de carrera administrativa sugiere que se requerirá la contratación de servicios externos para continuar realizando las funciones de la entidad.

Concluye señalando que, ante la ausencia del estudio técnico, la modernización administrativa así pretendida y efectuada por la Alcaldía de Victoria, Caldas, no siguió los lineamientos jurisprudenciales y legales para llevar a término la reestructuración.

2. Contestación a la demanda

El **departamento de Caldas** se opuso a las pretensiones de la demanda en la medida que, el retiro del servicio del demandante se dio tras haber dado estricto cumplimiento a todos los procedimientos legales para la reestructuración de la planta de personal, señalando que el artículo 41 de la ley 909 de 2004 tiene establecida como causal de retiro de los empleados, precisamente la supresión del empleo.

Agrega que, el accionante fue notificado de la eliminación de su puesto de trabajo y se le informó sobre sus opciones para reclamar por incorporación, reincorporación o indemnización, siendo aquel quien solicitó su "*reincorporación*" trámite que fue precisamente el adelantado por la entidad accionada frente a la Comisión Nacional del Servicio Civil, sin que el accionante manifestara su oposición a tal proceder, viniendo

solo a través del presente medio de control a alegar sorpresivamente que lo que pretendía era optar por el procedimiento de *“incorporación”*, al igual que las supuestas condiciones de protección especial constitucional, las cuales nunca fueron expuestas por el demandante dentro del proceso de reestructuración o de reincorporación.

Respecto de la falsa notificación y desviación de poder alegadas, agrega que la decisión de reestructuración fue basada en el correspondiente estudio técnico que recomendó reducir el nivel asistencial de la estructura de empleados, y todavía se deben eliminar algunos puestos de trabajo del nivel asistencial, además de las eliminaciones progresivas que se realicen a medida que los empleados en situación especial de protección de la planta transitoria sean superados, agregando que el hecho de que algunas funciones hayan pasado a escenario de contratación externa u outsourcing, no implica como lo alega la parte actora una situación irregular, pues precisamente esto fue valorado en los estudios técnicos como una solución en pro de la eficiencia del ente territorial.

Agregó que el accionante no puede exigir que su reincorporación se hiciese en un cargo de igual categoría al que otrora desempeñó en forma temporal por diversas situaciones administrativas, pues la garantía que le otorga la legislación pertinente es la de ser reincorporado a un cargo equivalente al obtenido por el sistema de carrera.

Finalmente señala que, se eliminó el puesto de trabajo del accionante y que en la nueva estructura organizativa no se ha creado un puesto equivalente para su posible reinstalación, dado que actualmente en la entidad todos los puestos del nivel asistencial en la nueva estructura están ocupados por empleados públicos que tienen derechos de carrera, sumado a que, en todo caso el accionante ya fue reincorporado en otra entidad que sigue el sistema de carrera administrativa mediante una Resolución CNSC-20182020156975 con fecha del 22 de noviembre de 2018, por lo cual carecen de fundamento las reclamaciones de índole económico esbozadas en la demanda.

En línea con los argumentos expuestos, formuló las excepciones que denominó *“inexistencia de causal legal para demandar”*, *“carencia de soporte fáctico y jurídico de la pretensión”* e *“imposibilidad material de cumplir con un eventual reintegro”*.

3. Sentencia de Primera Instancia

El *a quo* denegó las pretensiones de la parte actora, al concluir que no pudo demostrar la nulidad del acto administrativo demandado, ya que el acuerdo que ordenó la supresión del empleo del actor estuvo debidamente fundamentado en un estudio técnico de modernización institucional, el cual se ajustó a la normatividad vigente y fue suficiente para justificar la supresión del cargo, destacando que la jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando existen motivos de interés general que justifican la supresión de cargos en una entidad pública, el Estado tiene la legitimidad para llevarlo a cabo.

Por lo tanto, en este caso el interés general de la reestructuración de la Gobernación de Caldas primó sobre el derecho subjetivo del demandante.

4. Recurso de apelación

El **demandante** recurrió la sentencia, reiterando los argumentos del escrito de la demanda y señalando que, el *a quo* desconoció que durante el proceso de reestructuración, se observa una ejecución arbitraria e irregular debido a que el demandante fue retirado de la entidad sin seguir los protocolos legales para una notificación personal adecuada, pues su retiro se anunció únicamente a través de un correo electrónico enviado el 20 de octubre de 2017, en el cual se le informaba que sería desvinculado a partir del 23 de octubre de 2017, momento para el cual el decreto de incorporación de los funcionarios a la nueva planta de cargos no había sido emitido, lo cual ocurrió con posterioridad a que el demandante ya había sido forzado a abandonar su puesto en la entidad sin tener conocimiento completo de las razones que motivaron su despido y sin poder ejercer su derecho a la defensa y contradicción.

Agregó que en el Juzgado 4° Administrativo del Manizales con radicación No. 17001-33-33-004-2018-00178-00 se decidió en forma favorable un caso de iguales características al presente, por lo que debe darse un trato igualitario por parte de autoridades ante hipótesis idénticas.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos a resolver

De acuerdo a la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Se demostró la existencia de falsa motivación o desviación de poder o el desconocimiento de las normas en que debía fundarse en el acto administrativo que dispuso la reestructuración de la planta de personal del departamento de Caldas, en tanto dispuso la supresión del cargo que ocupaba el demandante?*

En caso afirmativo *¿Hay lugar al reconocimiento y pago de todos los salarios y prestaciones que hubiese devengado el demandante entre la fecha del retiro del servicio y su reincorporación?*

2. Cuestión previa – solicitud de pruebas en segunda instancia

Mediante memorial arribado el 18 de abril de 2023 la parte actora deprecó el decreto y práctica de pruebas en segunda instancia, petición que fuere formulada en forma extemporánea según se pasa a exponer.

El artículo 212 del CPACA advierte:

“ARTÍCULO 212. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.

...

En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

- 1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.*
- 2. Cuando fuere negado su decreto en primera instancia o no obstante haberse decretado se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió. En este último caso, solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.*
- 3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos...”* (Subrayado y negrilla de la Sala)

Vista la norma anterior cabe señalar que las partes en el trámite de segunda instancia podrán solicitar el decreto y práctica de pruebas dentro del término de ejecutoria del auto que admita el recurso de apelación, por lo cual resulta necesario señalar que el presente asunto dicho proveído fue notificado el 12 de abril de 2023¹, por lo cual los días de ejecutoria de esta decisión trascurrieron entre los días 13, 14 y 17 de abril siguientes.

Cabe destacar que, contrario a lo señalado por la parte actora en su solicitud, dicha decisión fue notificada por estado en los términos regulados en el artículo 203 del CPACA, sin que le sea aplicable la regla de notificación del artículo 205 de dicho estatuto.

Así las cosas, dada la extemporaneidad de la solicitud probatoria formulada no se dará trámite a la misma.

3. Primer problema jurídico

3.1. Tesis del tribunal

No se configuraron las causales de nulidad invocadas por el actor, pues el acto administrativo demandado que suprimió, entre otros, el cargo que era desempeñado por el demandante, se basó en un estudio técnico que determinaba la necesidad y

¹ V. expediente digital, archivo “04NotificacionAutoAdmiteRecurso”.

pertinencia de tal reestructuración; además, el demandante no acreditó la existencia de situaciones de falsa motivación o desviación de poder en dicho proceder, ni la trasgresión de las normas en que debía fundarse el acto en razón de la protección especial por salud.

Para fundamentar lo anterior, se analizará: i) el Régimen legal aplicable a la reestructuración de entidades públicas y supresión de cargos; ii) hechos acreditados y iii) análisis del caso concreto.

3.2. Régimen legal - reestructuración de entidades públicas y supresión de cargos

La Ley 909 de 2004 dispone como causal de retiro del servicio, la supresión del respectivo cargo en la planta de personal de la entidad pública al señalar:

“Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(...)

l) Por supresión del empleo...”

El artículo 46 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 228 del Decreto 19 de 2012 advierte:

“Artículo 46. Reformas De Plantas De Personal. Las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, el Departamento Administrativo de la Función Pública adoptará la metodología para la elaboración de los estudios justificaciones técnicas, la cual deberá ceñirse a los aspectos estrictamente necesarios para soportar la reforma a las plantas de personal.” (Se subraya).

A su vez, el Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública” señala una serie de criterios válidos sobre los cuales se puede motivar la reestructuración de la planta de empleos de una entidad pública, al señalar:

“Artículo 2.2.12.2 Motivación de la modificación de una planta de empleos. Se entiende que la modificación de una planta de empleos está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión,

entre otras causas, de:

1. *Fusión, supresión o escisión de entidades.*
2. *Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.*
3. *Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.*
4. *Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.*
5. *Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.*
6. *Redistribución de funciones y cargas de trabajo.*
7. *Introducción de cambios tecnológicos.*
8. *Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.*
9. *Racionalización del gasto público.*
10. *Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.*

Parágrafo 1. *Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.*

Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad, no tendrá la calidad de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales o equivalentes a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.”

Así mismo, el decreto en cita señala sobre los criterios mínimos que deben ser analizados en el respectivo estudio:

“Artículo 2.2.4 Estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos. *Los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos deberán basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, los siguientes aspectos:*

1. *Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo.*
2. *Evaluación de la prestación de los servicios.*
3. *Evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.”*

3.3. Hechos relevantes acreditados para la resolución del problema jurídico

- Mediante Resolución 3373-1 del 08 de mayo del 2017, la Gobernación de Caldas conformó un comité asesor y un equipo técnico para elaborar un estudio para la modificación de la estructura, planta de personal, manual de funciones y requisitos de

la Gobernación de Caldas, quienes emitieron el documento técnico advirtiendo entre otros aspectos que *"Es imperativo que la Gobernación de Caldas disminuya el nivel asistencial y aumente los cargos del nivel profesional...; ...una vez culminado el 100% del estudio de cargas laborales la proyección definitiva de la planta de personal responde al 66.8% del nivel Directivo, Asesor y Profesional, y un 33.2% del nivel Técnico-Asistencial"*².

- Con base en el citado estudio técnico, el ente territorial demandado expidió el Decreto 0269 del 20 de octubre de 2017 *"por el cual se establece la nueva planta de empleos de la gobernación de caldas y se suprimen unos cargos"* eliminando de la planta de dicha entidad el cargo de Conductor, código 480, nivel 4, grado 1.
- El señor Mauricio Mejía Valencia para la data de emisión del Decreto 0269 de 2017 ocupaba por el sistema de carrera administrativa el cargo de Conductor, código 480, nivel 4, grado 1³.
- Mediante oficio GGA 965 del 20 de octubre de 2017 y oficio de la misma fecha -sin otra identificación- se informó al accionante sobre la emisión del Decreto 0269 de 2017 y el consecuente retiro del servicio por la eliminación de su cargo⁴.
- El 26 de octubre de 2017 el señor Mauricio Mejía Valencia manifestó *"optar por SER REINCORPORADO EN EMPLEO DE CARRERA IGUAL O EQUIVALENTE AL SUPRIMIDO (sic)"*⁵.
- A través de la Resolución CNSC – 20181020124955 del 04 de septiembre de 2018 la Comisión Nacional del Servicio Civil ordenó la reincorporación del señor Mauricio Mejía Valencia en una vacante definitiva del empleo Conductor Código 480 Grado 03 ubicada en la Secretaria de Cultura, Recreación y Deporte del municipio de Dosquebradas-Risaralda y a través de la Resolución CNSC – 20181020157825 del 30 de noviembre de 2018, se dispuso *"Ordenar la reincorporación del señor MAURICIO MEJIA VALENCIA en una (1) vacante definitiva del empleo Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 01, ubicada en la en el Instituto de Valorización de Manizales-INVAMA, conforme a la parte motiva de este proveido"*⁶.

3.4. Caso concreto

La parte actora deprecia la nulidad del decreto Departamental 0269 del 20 de octubre de 2017 y del Oficio del 20 de octubre de 2017, expedido por la Gobernación de Caldas actos a través de los cuales se materializó su desvinculación dada la supresión del empleo que, en carrera administrativa, venía desempeñando.

² Expediente digital, Archivo *"ESTUDIO TECNICO ESCANEADO"*.

³ Expediente digital, Archivo *"04AnexosDemanda"* fls. 2-5.

⁴ Exp. digital, archivo: *"12ActuaciónAdministrativa"*, fls. 5-6.

⁵ Expediente digital, Archivo *"04AnexosDemanda"* fls. 60-61.

⁶ Exp. digital, archivo: *"12ActuaciónAdministrativa"*, fls. 7-27.

Para ello la parte actora esbozó, en su escrito de demanda -reiterados en su recurso de apelación- escuetos argumentos sobre la existencia de una falsa motivación y desviación de poder, así como una trasgresión de las normas en que debía fundarse el acto administrativo al haber desconocido que el demandante gozaba de especial protección constitucional dado su estado de salud, razón por la cual alega, no era dable suprimir su cargo y retirarlo de entidad.

Con el fin de descender al análisis de los referidos cargos de apelación, cabe destacar en primera medida que, la restructuración de la planta de cargos del departamento de Caldas se materializó con la expedición del decreto Departamental 0269 del 20 de octubre de 2017, el cual se basó en un estudio técnico realizado por dicho ente territorial.

Ahora bien, revisado el estudio técnico que soportó las modificaciones a la planta de personal, se observa que en él se analiza la estructura existente, los procesos internos, las funciones de los cargos, sus cargas de trabajo y los costos de nómina; concluyendo que existen un amplio número de cargos de la entidad en el nivel asistencial, hecho que pone en evidencia que la planta de cargos de la entidad no se caracteriza por ser una planta de personal profesionalizada, y que una considerable parte de los gastos de funcionamiento de la entidad se invierte en los cargos del nivel asistencial, sumado a la carga administrativa que ello representa en el manejo de personal y otros pormenores del manejo de la entidad.

Frente lo anterior, los argumentos de la parte actora oponiéndose a tales consideraciones del acto, se limitan a dichos genéricos que en nada plantean situaciones concretas que puedan ser objeto de análisis o enfrentamiento con los análisis técnicos efectuados en el estudio ni en el acto administrativo, aunado a una absoluta falta de labor probatoria de la parte actora que pueda desvirtuar las conclusiones del estudio técnico.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que el vicio de falsa motivación de los actos administrativos debe ser demostrado por quien alega su existencia⁷:

*“Por otra parte, sobre el vicio de **falsa motivación** esta Corporación ha sostenido que se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Subsección indicó⁸:*

«[...] Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 04 de marzo de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 25000-23-25-000-2012-00189-01(4527-16).

⁸ **Cita de cita:** C.E. Sec. Segunda. Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12), mar. 17/2016.

*de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) **la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...]**».*

*Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura **cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria**, lo que puede suceder en uno de tres eventos a saber: i) cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados; ii) cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración, los que habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta; iii) por apreciación errónea de los hechos, «de suerte que los hechos aducidos efectivamente ocurrieron, pero no tienen los efectos o el alcance que les da el acto administrativo.*

*Adicionalmente la jurisprudencia, en lo relativo a la revisión judicial de la falsa motivación de un acto administrativo, ha señalado que quien aduce que se ha presentado dicha causal «[...] **tiene la carga de la prueba, es decir, de demostrar la falsedad o inexactitud en los motivos que explícita o implícitamente sustentan el acto administrativo respectivo, habida cuenta de la presunción de legalidad de que se hallan revestidos los actos administrativos [...]**»⁹. (Se resalta)*

En cuanto a la desviación de poder el Consejo de Estado ha señalado que corresponde al actor demostrar que: *“i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario- y ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra”*¹⁰.

En el presente caso, la parte demandante sostiene que durante el proceso de reestructuración se llevaron a cabo acciones que beneficiaron intereses particulares, los cuales exceden las competencias legales establecidas; que la modificación de la planta de personal tuvo como consecuencia la necesidad de tercerizar funciones, entre ellas la que desempeñaban los conductores.

Estas afirmaciones genéricas en nada plantean situaciones concretas que puedan ser objeto de enfrentamiento con los análisis técnicos efectuados en el estudio ni en el acto administrativo; ello aunado a una absoluta falta de labor probatoria por parte del actor dirigida a desvirtuar las conclusiones del estudio técnico, o que permitan afirmar que

⁹ **Cita de cita:** CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de octubre de 1999, expediente: 3.443, C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa.

¹⁰ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 29 de junio de 2011. Rad. No. 17001-23-31-000-2007-00712-01 (0752-09).

los actos demandados fueran producto de un acto de venganza personal, motivación política, etc., o dirigidos a un interés público diferente por el cual fue conferida la competencia para su expedición.

De allí que la Sala no encuentre configuradas las causales de falsa motivación y desviación de poder en la expedición de los actos administrativos demandados.

Ahora, respecto de los argumentos de trasgresión de las normas en que debía fundarse el acto en razón de la protección especial por salud, cabe traer a colación lo dispuesto por el Decreto 648 de 2017 -modificatorio del Decreto 1083 de 2015- el cual regula la estabilidad laboral reforzada frente a este tipo de situaciones al señalar:

“ARTÍCULO 2.2.12.1.2.1 Destinatarios. No podrán ser retirados del servicio las madres o padres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años...

ARTÍCULO 2.2.12.1.2.2 Trámite. Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal respetarán las siguientes reglas:

1. Acreditación de la causal de protección:

(...)

*c) Personas con limitación física o mental: Los servidores públicos que consideren encontrarse dentro del grupo de personas con uno de estos tipos de limitación, **deben obtener el dictamen de calificación del equipo interdisciplinario de calificación de invalidez de la Empresa Promotora de Salud, EPS, o Administradora de Riesgos Laborales, ARL, a la cual estén afiliados**, o de no existir este organismo, de la Junta de Calificación de Invalidez y radicar ante el jefe de personal o quien haga sus veces la correspondiente certificación. El organismo o entidad, podrá solicitar por conducto del jefe de personal, o de quien haga sus veces, la verificación de la valoración presentada a las Juntas de Calificación de Invalidez;*

(...)

El jefe del organismo o entidad podrá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario de la protección.

2. Aplicación de la protección especial:

Con base en las certificaciones expedidas por los jefes de personal o quienes hagan sus veces y en las valoraciones del tipo de limitación previstas en el numeral anterior, el secretario general de la respectiva entidad analizará, dentro del estudio técnico correspondiente a la modificación de la planta de personal y teniendo en cuenta la misión

y los objetivos del organismo o entidad, el cargo del cual es titular el servidor público que se encuentra en alguno de los grupos de la protección especial y comunicará a los jefes de la entidad respectiva los cargos que de manera definitiva no podrán ser suprimidos o las personas a quienes se les deberá respetar la estabilidad laboral...”

Como puede verse, en asuntos de restructuración de las plantas de personal de las entidades públicas se han establecido mecanismos que permiten el amparo de las personas que se encuentren en condiciones especiales de protección constitucional, sin embargo, igualmente se han impuesto una serie de requisitos que deben ser cumplidos por quienes aleguen la existencia de tales situaciones.

En este orden de ideas, para la causa de especial protección constitucional alegada por el demandante, este contaba con la obligación de efectuar las gestiones necesarias para *“obtener el dictamen de calificación del equipo interdisciplinario de calificación de invalidez de la Empresa Promotora de Salud, EPS, o Administradora de Riesgos Laborales, ARL”* a la cual estuviesen afiliados.

En el caso concreto, el accionante no acreditó haber obtenido un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral -en ningún porcentaje-, ni siquiera que hubiese esgrimido tales situaciones ante la entidad pública mientras surtía el proceso de restructuración.

Frente a este punto, se destaca que la parte actora anexo a su escrito de demanda una serie de historias de atenciones clínicas recibidas de profesionales de la salud para la atención de una patología de *“Lumbago no especificado”*, sin embargo, estos documentos no permiten aseverar la existencia de una afectación en su salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores de manera regular y que por ello se deba otorgar una especial protección constitucional.

Corolario, no se desconoce la existencia de una patología del accionante que ha sido objeto de tratamiento médico, sin embargo, esta situación por sí sola no puede ser el fundamento que ponga al actor en un escenario de protección constitucional excepcional por encima de los demás empleados de la Gobernación de Caldas y que impida la restructuración de su planta de personal, menos aun cuando no se observa ningún tipo de gestión adelantada por el demandante, para obtener la calificación de su estado de invalidez ni para exponer tal situación ante la entidad en el marco del proceso de modificación de la planta de empleos del ente territorial.

Se observa además que, no existe nexo causal entre la desvinculación y el estado de salud del funcionario, que permitiera advertir una situación discriminatoria; sino que, esto obedeció al proceso de reestructuración de la planta de personal adoptado mediante Decreto Departamental 0269 del 20 de octubre de 2017, el cual además estuvo soportado en un estudio técnico. En ese orden de ideas, no es posible afirmar

que la desvinculación del actor obedeció a su condición de salud.

Tampoco se observa la vulneración de los derechos de carrera administrativa, pues según solicitud expresa del demandante, este fue reincorporado a otro cargo de carrera dentro de la administración pública, a través de las resoluciones CNSC – 20181020124955 del 04 de septiembre de 2018 y CNSC – 20181020157825 del 30 de noviembre de 2018, emitidos por la Comisión Nacional de Servicio Civil.

Se precisa que, estos actos de reincorporación son diferentes e independientes de los actos que definieron su desvinculación o retiro del servicio; así, aunque la parte demandante ha argumentado que los actos posteriores de reincorporación tienen relevancia para la validez de los actos originales que llevaron a la eliminación de su cargo y su posterior retiro, es importante señalar que estas son situaciones jurídicas -si bien relacionadas- distintas y que deben ser analizadas como tal, en tanto la parte no planteó la presente litis atacando los actos administrativos que definieron, se itera, la situación jurídica sobre su reincorporación.

Finalmente, tampoco prospera el argumento del apelante referente a la existencia de una sentencia de primera instancia en la cual se decidió un asunto de similares características -Juzgado 4° Administrativo del Manizales con radicación No. 17001-33-33-004-2018-00178-00-; ello no solo dado que la parte actora se limitó a mencionar su existencia, sin acreditar por modo alguno las condiciones particulares de dicho asunto, sino que también atendiendo a que según se comprobó en el sistema de información “Siglo XXI” dicho asunto se encuentra pendiente de resolución judicial¹¹.

3.5. Conclusión

No se configuraron las causales de nulidad invocadas por el actor, pues el acto administrativo demandado que suprimió, entre otros, el cargo que era desempeñado por el demandante, se basó en un estudio técnico que determinaba la necesidad y pertinencia de tal restructuración; el demandante no acreditó la existencia de situaciones de falsa motivación o desviación de poder en dicho proceder, ni la trasgresión de las normas en que debía fundarse el acto en razón de la protección especial por salud.

Por lo anterior se confirmará la sentencia recurrida.

4. Costas

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, no se impondrá condena en costas en esta instancia al observarse

¹¹ <https://procesos.ramajudicial.gov.co/Documentos/pdf/wic32tvejnbgsqsfu3st5bj20230425042504.pdf>

que no se incurrió en gastos procesales en esta instancia, y que la entidad demandada no intervino ante el Tribunal.

Por lo expuesto el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en tanto negó las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por **Mauricio Mejía Valencia** contra el **departamento de Caldas**.

SEGUNDO: SIN COSTAS.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 27 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado
(ausente con permiso)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 88

Manizales, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-008-2018-00451-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Diana Marcela Ruiz Osorio y Otros
Demandados: Nación - Rama Judicial
Fiscalía General de la Nación

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Solicitó que se declaren responsables a las entidades demandadas por los perjuicios ocasionados a la señora Diana Marcela Ruiz Osorio -en adelante DMRO- y a su núcleo familiar¹, a raíz de la privación injusta de la libertad que aquella soportó, entre el 17 de marzo de 2014 y el 30 de septiembre de 2015. Que por lo anterior, se ordene a las demandadas pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir los perjuicios morales², daño a la vida de relación³ y los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante⁴.

1.2. Hechos.

Se indica en síntesis que, la señora DMRO fue capturada el 17 de marzo de 2014 por la Fiscalía General de la Nación, por el delito de secuestro simple a título de coautoría; que el Juzgado Sexto Penal Municipal con función de Control de Garantías, legalizó la captura el día 18 de la misma calenda.

Que el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales el 30 de septiembre de 2015, dio

¹ Nahira Ruiz Osorio, Braian Alexis Castañera Ruiz (hijos), Noralba Osorio, Hernán de Jesús Ruiz Tabares (padres); Juan Carlos Giraldo Osorio, Yesica Paola Giraldo Osorio, Cristian Camilo Giraldo Osorio, Luisa Fernanda Giraldo Osorio, Verónica Giraldo Osorio, Jeniffer Cristina Ruiz Osorio y Jorge Hernán Ruiz Osorio (hermanos)

² Tasados en 70 smlmv para la víctima, hijos y padres y 35 smlmv para los demás demandantes.

³ Estimados en 70 smlmv para la víctima, hijos y padres 35 smlmv para los demás demandantes.

⁴ Computados en \$13.272.000.

sentido de fallo absolutorio para la demandante y ordenó su libertad; que el 23 de noviembre el mismo despacho judicial, procedió a la lectura de sentencia. El Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal, el 25 de julio de 2016 confirmó el fallo.

2. Contestación de la demanda

2.1. Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Se opuso a las pretensiones de la parte actora para lo cual afirmó que, los presupuestos fácticos de la demanda no llevan a atribuirle responsabilidad, sumado a que muchos de los mismos corresponden a apreciaciones subjetivas de la parte actora. Propuso las excepciones:

“Falta de configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del estado”, al señalar que la privación de la libertad soportada por la señora DMRO no puede catalogarse como antijurídica pues no se trató de una actuación o decisión arbitraria, injustificada o irrazonable que transgrediera los procedimientos y reglas establecidas por el legislador, por lo cual no se demostró un daño antijurídico, un delito o culpa generado por la conducta de un agente judicial, que se traduzca en una falla de la administración, como tampoco el nexo causal, que implica la comprobación que el daño o perjuicio se produjo como consecuencia del actuar de dicha autoridad.

“Falta de legitimación por la causa por pasiva de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial”. Como quiera que la Fiscalía General de la Nación en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 250 de la Constitución Política, fue la que inició la investigación contra la señora DMRO.

“Existencia de una excepción frente a la responsabilidad objetiva del estado en cabeza de la Nación Rama Judicial”, señaló que los demandantes tenían el deber de soportar la carga a ellos impuesta y además, la falencia en el despliegue probatorio por parte del ente investigador exonera de responsabilidad a la Rama Judicial.

“Excepción de cumplimiento de un deber legal”, sostuvo que el juez de control de garantías estaba en el deber legal de imponer la medida de aseguramiento, cuando se cumplen los presupuestos convencionales, constitucional y legales para ello, que de no hacerlo incurriría en prevaricato por acción.

“Protección del principio pro infans”, sostuvo que el Consejo de Estado ha mencionado la prevalencia de los derechos de los niños por mandato constitucional, lo cual sumado a la situación de alta gravedad por la que atraviesa el país en materia de agresiones contra la integridad física y sexual de los menores de edad, por lo cual debe exigirse a los adultos un deber de conducta basado en el respeto irrestricto y un trato prudente para con ellos.

2.2. Fiscalía General de la Nación

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, toda vez que su actuación se adelantó de conformidad con la Constitución y la Ley, por lo que no se puede predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, no hubo error y ni privación injusta de la libertad, lo que se fundamenta en transcripciones de las pruebas obrantes en el expediente penal y en normas penales y constitucionales relativas a las competencias y funciones del

ente acusador. Propuso las excepciones tituladas:

“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, entre la actuación de la Fiscalía General de la Nación y el presunto e improbadamente aducido por la parte actora, reiterando que la medida impuesta tuvo como base indicios serios que permitían inferir la necesidad de esta.

“Ausencia de carácter desproporcionado y/o abiertamente arbitrario de la medida de aseguramiento para efectos de que proceda la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad”, que la decisión de decretar la medida de aseguramiento privativa de la libertad no fue inidónea, irrazonable y desproporcionada, por el contrario, el Juez de Control de Garantías cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, para proceder en ese sentido.

“En los eventos en que la absolución penal tuvo como fundamento la aplicación del principio in dubio pro reo y/o que el investigado no cometió la conducta punible, no se puede condenar de manera automática al estado”: Afirma que en el presente caso la absolución penal tuvo como fundamento el hecho que no se pudo establecer el delito de secuestro, por lo que de acuerdo con la jurisprudencia, únicamente hasta la etapa de juzgamiento se pudieron conocer las pruebas que vinculaban o no a la ahora demandante con la comisión del delito objeto de investigación, razón por la cual no se le podía exigir al funcionario judicial que realizara valoraciones de este tipo en el momento de imponer la medida de detención preventiva, ni mucho menos se puede proceder a una condena automática del Estado, por cuanto el proceso penal no finalizó con sentencia condenatoria.

“Inexistencia de nexo causal”, sostuvo que la Fiscalía no fue la causante del daño alegado por el demandante, por lo que no puede atribuírsele responsabilidad.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probadas las excepciones de *“inexistencia del nexo causal”* y *“Falta de configuración de los elementos que estructuran responsabilidad extracontractual del estado”* propuestas por las entidades demandadas y **negó las pretensiones** de la parte demandante.

Para dar base a la decisión, señaló que no se configuró el daño antijurídico, indicando lo siguiente:

“...se observa que no existe prueba que permita acreditar la antijuridicidad del daño alegado por los demandantes, pues, ninguna pieza del material probatorio permite acreditar las condiciones bajo las cuales se dictó la medida, ni si la misma fue adecuada, proporcional y necesaria, y menos aún si contó con el mínimo soporte probatorio exigido por el ordenamiento para su emisión. En efecto, no obra en el expediente ni videos ni audios de la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, medio probatorio que permitiría a esta Juzgadora verificar las razones porque se impuso la detención preventiva en contra de la señora Ruiz Osorio, lo cual constituye la condición necesaria para que tal afectación resulte indemnizable, conjuntamente con los demás elementos de la responsabilidad. No entiende esta Juzgadora por qué no se allegó con el proceso penal el video de la audiencia referida; sólo reposa en el archivo No. 20 del expediente digital el video de la Audiencia Preliminar del 18 de febrero de 2014 que da cuenta del material probatorio en que la Fiscalía sustentó la solicitud de búsqueda selectiva en base de datos de los celulares de la víctima y de la señora Ruiz Osorio, a la que accedió el Juez Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías por considerarla idónea

*y razonada.*⁵

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello señaló que, la demandante DMRO estuvo injustamente privada de la libertad desde el 18 de marzo de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015 y que, con base en la sentencia del Consejo de Estado del 4 de diciembre de 2006, dentro del proceso con radicación 1994-09817-01-13168, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, lo que correspondía al actor era probar se encontró injustamente privada de la libertad durante un largo periodo de tiempo, y que después fue absuelta por los cargos acusados, por lo cual el Estado debía reparar los perjuicios causados por el daño antijurídico.

Señaló que al existir las pruebas de la detención de la libertad y posterior absolución de la demandante y proceder a demandar por considerarse la medida de aseguramiento injusta, era deber de la Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial, probar que la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario fue necesaria, adecuada y proporcional, sin embargo no lo hizo.

Sostuvo que el *a quo* desconoció el principio de la carga dinámica de la prueba, aduciendo que la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos, debía probarlo. Que en la audiencia inicial se decretó la prueba solicitada por la Fiscalía en el sentido de oficial al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales para que aportara audio y video de la solicitud de orden de captura contra la señora DMRO, de las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento y de las audiencias del juicio oral. Frente a lo anterior, manifestó que es desproporcional e inadecuado pretender que la parte más débil dentro del proceso aportara las pruebas, porque la Fiscalía estaba en mejor posición de aportarlas.

Corolario señaló que, no se logró probar que la medida de aseguramiento privativa de la libertad haya cumplido con los presupuestos constitucionales y legales respetando las garantías mínimas al derecho a la libertad y a la presunción de inocencia, las demandadas no lograron desvirtuar que la medida de aseguramiento impuesta fue injusta y por demás desproporcionada, lo que ocasiono un daño moral y material a los demandantes, el cual debe ser reparado por el daño antijurídico causado.

III. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se estima necesario resolver: *¿Se encuentran probados los elementos que dan lugar a la responsabilidad administrativa y patrimonial de las entidades demandadas, por la privación de la libertad soportada por la señora DMRO con ocasión del proceso penal adelantado en su contra?*

En caso afirmativo *¿Hay lugar al reconocimiento de los perjuicios deprecados?*

⁵ Pág. 23-24 AD “30SentenciPrivacion”

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

No se encuentran reunidos los elementos para atribuir responsabilidad patrimonial a las demandadas, por cuanto el daño sufrido por la señora DMRO, consistente en soportar la carga de un proceso penal que conllevó a la afectación a su derecho a la libertad personal no puede ser catalogado como antijurídico, toda vez que: i) no existe prueba que permita acreditar dicha antijuridicidad; ii) a la parte demandante le asistía el deber de demostrar, que la captura, la orden de detención y las condiciones bajo las cuales esta se llevó a cabo, no se apegaron a los cánones legales y constitucionales, ello, conforme lo establece el artículo 167 del C.G.P., no obstante no cumplió con esa carga.

Para fundamentar lo anterior, se analizarán: i) los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado; ii) lo probado en el proceso y iii) el análisis del caso concreto.

2.2. Fundamento jurídico - Elementos de la Responsabilidad

2.2.1. El daño

Es considerado el elemento principal sobre el cual gira la responsabilidad civil, pues su fundamento es la reparación de aquel y el límite a la reparación es el mismo daño, pues no se puede reparar ni más ni menos de su real entidad- *Principio de Reparación Integral*.

El daño a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico; ii) que se lesione un derecho, bien, o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura⁶.

2.2.2. Antijuridicidad e imputación

Establecida la existencia del daño es necesario verificar si este tiene el carácter de antijurídico, esto es, aquél que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, pues no existe causa que justifique la producción de este, razón por la cual deviene en una lesión patrimonial injusta.

En relación con los casos de privación injusta de la libertad, la Corte Constitucional ha sostenido que, se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental pues, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos. Sobre el particular, en la sentencia C-037 de 1996⁷, al analizar la constitucionalidad de, entre otros, el artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, señaló:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término ‘injustamente’ se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los

⁶ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 29 de febrero de 2012; Exp. 21536.

⁷ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención” (subrayas fuera de texto).

De conformidad con lo expuesto, el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida restrictiva de la libertad, ponderando los intereses y derechos comprometidos, de ahí que se deba determinar en cada caso si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido y si su prolongación estuvo justificada.

En adición a lo anterior, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado⁸, en concordancia con la sentencia SU-072 de 2018⁹, ha sostenido que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; y en consecuencia, en cada caso será el juez el que deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada.

En ese sentido, la Corte Constitucional en la referida la sentencia SU-072 de 2018, indicó:

“105. Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica- es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.

“(…)

“106. Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma”.

(…)

109. Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio iura novit curia, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez. Sentencia del 19 de febrero de 2021. Rad.: 50001-23-31-000-2010-00004-01(50545)

⁹ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante” (subrayas fuera de texto).

Así las cosas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal y posteriormente, se precluya la investigación o se revoque la medida de aseguramiento por prueba sobreviniente, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración. No por otra razón, la Corte Constitucional afirmó en el pronunciamiento antes indicado, lo siguiente:

“Determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia –aplicación del principio in dubio pro reo-, o incluso en otros eventos, por ejemplo, cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva, el Estado debe ser condenado de manera automática, esto es, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo que determine si la decisión a través de la cual se restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede un precedente constitucional con efecto erga omnes, concretamente la sentencia C-037 de 1996.

“Ahora bien, a pesar del criterio aplicado por el juez penal, el juez administrativo deberá establecer si está frente a un caso de duda acerca del valor demostrativo de la prueba recaudada o de su absoluta inexistencia y, en tal caso, elegir, si a ello hubiere lugar, un título de atribución objetiva. Esa libertad judicial también se extiende a la nominación de las causales de privación injusta, dado que estas no se agotan en el derogado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en tanto responden a cierto estado de cosas, independientemente de estar o no normados”.

Soportado en las anteriores premisas, la privación de la libertad, bien en cumplimiento de una orden de captura o de una medida de aseguramiento de detención preventiva, como medida coercitiva para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la efectividad de la pena, o impedir que se transgredan otros bienes jurídicos tutelados, no quebranta el derecho a la libertad de protección constitucional (artículo 28) y convencional (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – artículo 12 – y Convención Americana de Derechos Humanos – artículo 22 –), siempre que las autoridades civiles y judiciales acaten de manera estricta los términos y condiciones que la ley prevé para la procedencia y materialización de esa medida.

Así pues, en cuanto al necesario examen de la antijuridicidad del daño que se discute en el juicio de responsabilidad por una privación injusta de la libertad, se exige constatar si la orden de detención y las condiciones bajo las cuales esta se llevó a cabo, se apegaron a los cánones legales y constitucionales o no; en caso afirmativo se analizará el fundamento de la imputación o nexo causal, en especial debe establecerse si el detenido causalmente contribuyó y determinó con su actuar doloso o gravemente culposo a la detención, para estimar si debe asumir las consecuencias de su actuación, que pudo sentar las bases para que se adoptara la medida restrictiva de su libertad.

Si la detención se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico, corresponderá al juez estudiar la responsabilidad bajo alguno de los otros títulos de atribución, como el daño especial, como cuando: i) se logra establecerse que el hecho que pretendía imputarse al

detenido no existió, o ii) la conducta era objetivamente atípica; en estos casos también debe analizarse el fundamento de la imputación o nexo causal, en especial si el detenido causalmente contribuyó y determinó con su actuar la detención.

Ahora, cuando en la sentencia penal se logra establecer que el sindicado no cometió la conducta o que fue absuelto en aplicación del principio *in dubio pro reo*, debe auscultar tales circunstancias bajo la óptica del régimen subjetivo de falla del servicio, pues en estos casos, el juez penal debe concluir su veredicto luego de un riguroso análisis probatorio que permita calificar la conducta y verificar la participación del individuo en el ilícito al cual se lo vincula de cara a las pruebas que se recauden y valoren en el proceso penal respectivo, de cuya valoración se desprende la suerte procesal penal del investigado.

Al respecto, el Consejo de Estado¹⁰ en sentencia del 22 de noviembre de 2021 precisó que:

*“Esta concepción de la fuente de responsabilidad en comento, si bien encuentra amplia aplicación y desarrollo en la falla del servicio, que exige el estudio de la adecuada actuación del Estado a la hora de dictar la orden de detención contra una persona y por tanto el apego de dicha medida al ordenamiento jurídico, no excluye la posibilidad de estudiar la responsabilidad derivada de la restricción a la libertad de las personas bajo alguno de los otros títulos de atribución como ocurre con **el daño especial** en eventos en los cuales el sindicado sufre injustificada e inmerecidamente los rigores de la medida adoptada en debida forma por el órgano competente, pero, en tales casos, ello resulta de aplicación residual frente a la falla del servicio y puede presentarse en situaciones en las cuales **el mismo reo no dio pie a la adopción de la medida dictada en su contra, donde la actuación del Estado se ajustó al ordenamiento jurídico, pero se causó un desequilibrio de las cargas públicas respecto del administrado, como cuando logra establecerse que el hecho que pretendía imputarse al detenido no existió o la conducta era objetivamente atípica, eventos en donde el daño antijurídico resulta acreditado sin mayor arrojó.***

***Otra circunstancia** sucede cuando en la sentencia penal se logra establecer que el sindicado no cometió la conducta o que **fue absuelto en aplicación del principio in dubio pro reo**, por cuanto, en estos casos, el juez penal debe concluir su veredicto luego de un riguroso análisis probatorio que permita calificar la conducta y verificar la participación del individuo en el ilícito al cual se lo vincula de cara a las pruebas que se recauden y valoren en el proceso penal respectivo, de cuya valoración se desprende la suerte procesal penal del investigado, lo que implica **el deber de auscultar tales circunstancias bajo la óptica del régimen subjetivo de falla del servicio**¹¹. (Se resalta)*

2.3. Lo probado en el proceso

- El 18 de marzo de 2014, el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías legalizó la captura de la señora DMRO, diligencia en la cual le fue imputado el delito de secuestro simple a título de coautora y se impuso medida de aseguramiento y expidió la boleta de detención¹².

- El 23 de noviembre de 2015, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito profirió fallo, en el que

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P: Nicolás Yepes Corrales. sentencia del 22 de noviembre de 2021, Rad. 50001-23-31-000-2011-00436-01(58457)

¹¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018. FJ. 105 a 107 y 120 a 127.

¹² Pág. 131-133 AD “01FoliosA”.

absolvió a la señora DMRO¹³; el 25 de julio de 2016 el Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal¹⁴ confirmó la decisión¹⁵.

2.4. Análisis sustancial del caso concreto

A continuación, se analizará si: i) se encuentra acreditada la existencia de un daño y si este es o no antijurídico y en caso afirmativo se establecerá iii) si es o no imputable a las entidades demandadas.

2.4.1. En cuanto al daño y la antijuridicidad

En la sentencia apelada se indicó que no existe prueba que acredite la antijuridicidad del daño alegado por la parte demandante, puesto que ninguna pieza del material probatorio permite acreditar las condiciones bajo las cuales se dictó la medida, tampoco si la misma fue adecuada, proporcional y necesaria, tampoco se pudo verificar si contó con soporte probatorio exigido por ordenamiento para su emisión.

La parte demandante en el recurso de apelación reprochó lo afirmado en la sentencia argumentando que, lo único que debía demostrar era que la señora DMRO había sido privada de la libertad y que después fue absuelta, lo cual, en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba, correspondía a las autoridades demandadas probar que la medida privativa de la libertad había sido necesaria, adecuada y proporcional, además, por cuanto dichas entidades se encontraban en mejor posición para aportarlas.

Al respecto, como se refirió en el acápite anterior, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁶, en concordancia con la sentencia SU-072 de 2018¹⁷ de la Corte Constitucional, señalan que, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecen un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; y en consecuencia, en todo caso, será el juez el que deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue *apropiada, razonable y/o proporcionada*.

En este orden de ideas, el análisis de responsabilidad de las entidades accionadas se debe desplegar a partir de la revisión de las atribuciones constitucionales y legales que tiene en el marco del *ius puniendi* del Estado y en el desarrollo del procedimiento penal reglado en la Ley 906 de 2004¹⁸, código oponible a los hechos de la presente acción, frente a la imposición de la privación de la libertad, con el fin de determinar si el daño es antijurídico y si las entidades demandadas incurrieron en conductas constitutivas de reproche o afectación ilegítima del derecho a la libertad.

Por lo tanto, para establecer si la privación de la libertad fue *apropiada, razonable y/o proporcionada*, debe analizarse el marco normativo y aplicación en el caso concreto de: i) la

¹³ Pág. 40-78 ibidem.

¹⁴ Pág. 79-106 Ibidem

¹⁵ El fallo de primera instancia, condenó al señor Wilson Quintero Marín, el cual fue apelado y confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: José Roberto SÁCHICA Méndez. Sentencia del 19 de febrero de 2021. Rad.: 50001-23-31-000-2010-00004-01(50545)

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁸ Artículo 533 Ley 906 de 2004. Derogatoria y vigencia. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.

captura y ii) la imposición de medidas de aseguramiento y iii) la duración de la privación de la libertad.

En esa medida, para el necesario examen de la antijuridicidad del daño que se discute en el juicio de responsabilidad por una privación injusta de la libertad, se exige constatar si la captura, la orden de detención y las condiciones bajo las cuales se llevaron a cabo, se apegaron a los cánones legales y constitucionales o no; en caso afirmativo debe analizarse el fundamento de la imputación o nexo causal, en especial debe establecerse si la persona privada de la libertad causalmente contribuyó y determinó con su actuar doloso o gravemente culposo a la detención, para estimar si debe asumir las consecuencias de su actuación, que pudo sentar las bases para que se adoptara la medida restrictiva de su libertad.

En el caso concreto, tal y como lo fundamentó la juez *a quo* en el fallo de primera instancia, a la parte demandante le asistía el deber de demostrar el supuesto de hecho de sus pretensiones, es decir debía acreditar que las razones que sirvieron de base para solicitar y emitir la orden de captura y la posterior la medida de aseguramiento por parte de las autoridades judiciales demandadas desbordaron los criterios de legalidad, racionalidad y proporcional.

Al respecto, en un caso de similitud fáctica a la que hoy se analiza, el Consejo de Estado en sentencia del 17 de marzo de 2023 reiteró que le corresponde a la parte demandante cumplir con la carga que establece el artículo 167 del Código General del Proceso¹⁹, así:

“En efecto, en relación con la medida de aseguramiento, al proceso solamente se allegó el acta de las audiencias preliminares realizadas el 31 de marzo de 2007, en la que se evidencia que se realizó el control de la orden de allanamiento, la legalización de captura y de la incautación de elemento material probatorio, la formulación de imputación y la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, pero se advierte que no se trajo al expediente el CD contentivo de dichas audiencias.

Asimismo, del fallo absolutorio que obra en el proceso no es posible determinar con certeza cuáles fueron todas las razones que conllevaron a la imposición de la medida de aseguramiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, aunque de un aparte de la sentencia que absolvió al aquí actor, además del acta de las audiencias preliminares, se desprende que el demandante fue capturado en una vivienda en compañía de tres personas más y que se logró la incautación de 28 gramos de cocaína y sus derivados.

*Se evidencia, entonces, que la demandante incumplió lo previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento de Civil, norma que establece que a las partes les corresponde demostrar los supuestos fácticos en los que funda sus pretensiones, en la medida en que, al no aportar la medida de aseguramiento respectiva -carga probatoria mínima en un caso de estas características-, difícilmente puede realizarse un análisis consistente en si esa decisión desbordó los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad”.*²⁰ (Se resalta)

¹⁹ Artículo 167. Carga de la Prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2023, radicado No. 76001-23-31-000-2011-01089-01 (53.385)

Sobre la insuficiencia del material probatorio, en sentencia del 7 de octubre de 2020²¹ señaló:

*“Así, si bien la decisión de sobreseimiento ofrece algunas luces sobre las pruebas que pudo haber tenido en cuenta quien dictó la medida cautelar, esta pieza procesal por sí sola resulta insuficiente para estimar la ilegalidad de la medida de aseguramiento, **por cuanto de ella no se puede dilucidar si el material incautado fue la única prueba tenida en cuenta por quien ordenó la privación de la libertad, ni tampoco sirve para dilucidar las razones para emitir la decisión cautelar, ni si la misma resulta razonable, proporcional y necesaria**, lo cual debe acreditarse de cara al juicio de responsabilidad, para poder estimar si de tal decisión se deriva un daño antijurídico atribuible al Estado.*

...

Debe recordarse, además, que quien solicita indemnización de perjuicios porque considera que su privación de la libertad fue injusta no sólo debe probar que se restringió el derecho a la libertad y que el proceso penal culminó con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión de la investigación, sino que debe acreditar, además de la efectiva realización de su detención, que las condiciones bajo las cuales esta se produjo o bajo las cuales se dictó la orden de restricción de la libertad, no se avienen al ordenamiento jurídico, para acreditar de esta manera que el daño que alega tiene el carácter de antijurídico y por ende es indemnizable.

Al tratarse de un evento de responsabilidad extracontractual por privación injusta de la libertad, la carga de la prueba que recaía en los demandantes implicaba la comprobación: i) de la realización material de la detención y ii) de las condiciones bajo las cuales ésta se dictó y presentó, de manera que se pueda establecer que esta se realizó de manera contraria al ordenamiento jurídico”. (Se resalta).

Así, si bien al proceso se allegó la copias del acta de legalización de la captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento²² y la copia del fallo proferido en el proceso penal adelantado contra la demandante²³, de su contenido no es posible establecer todas las razones por las cuales se ordenó la captura y se le impuso la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, pues el juez al dictar su sentencia solo indicó que la absolución obedecía un “retiro de cargos” por parte de la Fiscalía, sin que se analizaran las pruebas o razones para admitir dicha absolución.

Por otro lado, las demás pruebas arrimadas al proceso solo dan cuenta de las actuaciones surtidas en el proceso penal frente a Wilson Quintero Marín, quien resultó condenado por los delitos imputados, pero en nada refiere a la señora DMRO.

Con la escasa prueba que fue aportada al proceso en relación con la captura e imposición de la medida de aseguramiento, las cuales se tildan de injustas en la demanda, no se puede concluir la existencia de una arbitrariedad por parte de la Fiscalía o el Juez de control de garantías al solicitarse y ordenarse la privación de la libertad a la señora DMRO.

Además, es preciso señalar que, en virtud del delito por el cual se vinculó a la señora DMRO a la investigación penal, -secuestro simple- contemplado en el artículo 168²⁴, desde el punto

21 Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C en providencia del 07 de octubre del 2020, C.P. Nicolás Yepes Corrales, en el proceso con radicado No. 19001- 23-31-000-2012-00032-01(53997)

22 Pág. 131-133 AD “01FoliosA”.

23 Pág. 40-78 Ibidem

24 ARTÍCULO 168. SECUESTRO SIMPLE. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 733 de 2002. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El nuevo texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo siguiente, arrebató, sustraiga,

de vista objetivo era procedente imponer una medida restrictiva de la libertad, pues se contemplaba una pena de prisión superior a 4 años. Adicionalmente, la gravedad de la conducta investigada justificaría la privación de su libertad, en tanto dicha conducta punible se enmarcaba en los supuestos del artículo 313 de la Ley 906 de 2004 -norma que establece los eventos en los que procede la medida de aseguramiento.

En este orden de ideas, lo que las pruebas permiten evidenciar es el cumplimiento de los requisitos legales para la adopción de las decisiones que restringieron la libertad de la señora DMRO, sin que pueda afirmarse que ello hubiese sido ilegal, irracional o desproporcionado.

De manera que, no es de recibo el argumento expuesto por la apelante, en tanto señaló que le correspondía a las entidades demandadas la carga de probar que la medida de aseguramiento no fue apropiada, razonable y/o proporcionada, ello, como quiera que el artículo 176 del C.G.P., es claro en señalar que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persigue”*; sin que en el trámite del proceso de primera instancia, se advirtiera por el extremo demandante alguna circunstancia que hubiese impedido aportar los materiales de prueba que fueran el fundamento de su tesis de responsabilidad.

Adicionalmente, se observa que en la audiencia inicial el *a quo* decretó como prueba documental solicitada por la Fiscalía General de la Nación²⁵, en el sentido de oficiar al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales para que allegara copia de la noticia criminal, y los videos de la solicitud y emisión de orden de captura, así como las audiencias de legalización de la captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, además de la audiencia del juicio oral, todas correspondientes al proceso radicado 170016000030-2012-00120-00 que se adelantó contra la demandante y Wilson Quintero Marín por los delitos de secuestro simple y homicidio.

La prueba fue atendida a través de mensaje enviado al correo electrónico del despacho de primera instancia, oficio en el que aportó un vínculo contentivo del proceso 2012-00120²⁶; por lo anterior, el despacho a través de auto del 3 de febrero de 2022²⁷, corrió traslado de la prueba a las sujetos procesales, providencia frente a la cual la Fiscalía manifestó que el vínculo arrimado no contenía las audiencias adelantadas en el proceso penal frente a DMRO, por lo cual solicitó al juzgado que procediera a requerir nuevamente la prueba.

El Juzgado Séptimo Penal ante el nuevo requerimiento, envió respuesta en la cual compartió las audiencias que se encuentran visibles en el archivo digital *“20VideoAudienciasControlGarantias”*, frente a esa prueba el Juzgado Octavo Administrativo de esta ciudad, corrió traslado por el término de tres a los sujetos procesales a fin de que, si a bien lo tenían, realizaran las manifestaciones que consideraran pertinentes²⁸, sin embargo, vencido dicho plazo la parte demandante no realizó objeción o manifestación alguna.

De manera que, si la parte demandante consideraba que las pruebas no estaban completas o tenía algún reparo u oposición frente a ellas, así lo debió manifestar en el trámite del

retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de ciento noventa y dos (192) a trescientos sesenta (360) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos(1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

²⁵ A.D. “09ActaAudienciaIncial”

²⁶ A.D. “11RespuetaPruebas”

²⁷ A.D. “12AutoTrasladoPrueba”

²⁸ AD “22VideoAudienciaPruebas” hora 1:25 minutos en adelante

proceso, no obstante, convalidó las actuaciones con su silencio. Aunado a lo anterior no era deber del juez suplir dicha omisión o falta de diligencia.

Al respecto, el Consejo de Estado, sobre el alcance de la facultad oficiosa del juez para suplir la falta de diligencia de las partes, en la citada providencia del 7 de octubre del 2020²⁹, precisó:

“Ahora, aunque el juez posee claras facultades oficiosas para decretar pruebas y con ello auscultar algunos vacíos que en materia probatoria pudo dejar una deficiente concepción de la prueba por el extremo procesal interesado y de esta manera buscar la verdad material, dichas facultades deben utilizarse para esclarecer las partes oscuras que puedan quedar en el proceso, pero no puede esgrimirse para suplir la ritualidad probatoria que corresponde atender a las partes, desequilibrando la relación jurídico procesal entre ambos extremos, pues al juez corresponde guardar la debida neutralidad en el transcurso del proceso, salvo que se presenten o existan condiciones excepcionales que exijan a este hacer uso de las atribuciones oficiosas en materia probatoria”. (Se resalta)

En suma, no bastaba con demostrar la existencia de la privación de la libertad y posterior absolucón de la demandante, para concluir que la captura y la imposición de la medida de aseguramiento era injusta.

2.6. Conclusión

Por lo anterior se concluye que, el daño sufrido por la señora DMRO, consistente en soportar la carga de un proceso penal que conllevó a la afectación a su derecho a la libertad personal no puede ser catalogado como antijurídico, toda vez que: i) no existe prueba que permita acreditar dicha antijuridicidad; ii) a la parte demandante le asistía el deber de demostrar, que la captura, la orden de detención y las condiciones bajo las cuales esta se llevó a cabo, no se apegaron a los cánones legales y constitucionales, ello, conforme lo establece el artículo 167 del C.G.P., no obstante no cumplió con esa carga.

Por estas razones, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la parte actora.

3. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y atendiendo a la remisión normativa señalada por el canon 306 *ibidem* en concordancia con el artículo 365 del CGP, no se condenará en costas en esta instancia ya que no se encuentra acreditada su causación.

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

Sentencia:

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2022 por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, dentro del medio de control de reparación directa formulado por Diana Marcela Ruiz Osorio y Otros contra la Nación - Rama Judicial y la Fiscalía General

²⁹ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C en providencia del 07 de octubre del 2020, C.P. Nicolás Yepes Corrales, en el proceso con radicado No. 19001- 23-31-000-2012-00032-01(53997)

de la Nación.

Segundo: Sin Costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 27 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

(ausente con permiso)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 090

Manizales, veintiocho (28) de abril de dos mil vientes (2023).

Radicado: 17-001-23-33-000-2022-00122-00
Naturaleza: Protección de derechos e intereses colectivos
Demandante: Otoniel Sánchez Gallego
Demandados: Municipio de Aguadas. Corpocaldas. Empocaldas S.A. E.S.P

Se procede a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

I. Antecedentes

1. La demanda

La parte demandante señala que, desde hace ocho años aproximadamente es propietario del lote ubicado en la Carrera 3 N. 2-119 -callejón- en el municipio de Aguadas -Caldas; que en 1991, la Administración Municipal canalizó las aguas desde el sector Monserrate hasta bajar a la carrera 3, aguas que fueron llevadas por la parte más baja de la vía pública y que terminaron por desaguar en su lote.

Que con ocasión a las fuertes lluvias y al no estar pavimentada la carretera se han acumulado en su propiedad aproximadamente 400 toneladas de basura; que ha solicitado en varias ocasiones a la Oficina de Obras Públicas de la Alcaldía una solución a la problemática, sin obtener respuesta favorable, pues argumentan no tener recursos para intervenir en dicho sector.

Que en julio de 2019 también solicitó a la Administración Municipal la evacuación de todas las basuras acumuladas durante años en su lote, sin embargo, no se ha realizado la limpieza del predio ni la canalización de las aguas lluvias, las cuales están ocasionando proliferación de mosquitos e inundaciones en el sector.

Por lo expuesto, solicita la protección de los derechos al *“acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna”*; *“el acceso de una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública”* y *“los derechos de los consumidores y usuarios”* y por tanto,

se ordene, sean recogidas y encausadas las aguas lluvias y las de nacimiento que se encuentran afectando el predio, así como se realice limpieza de toda la basura acumulada durante todos estos años debido a la mala canalización de aguas y que ha generado proliferación de mosquitos.

2. Informe de las accionadas y vinculadas

2.1. Municipio de Aguadas - Caldas

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones del demandante señalando que, no se configuran los presupuestos jurisprudenciales para que se derive la responsabilidad del municipio, esto es, el daño y la imputación.

Que en dicho sector nunca ha existido amenaza de riesgos en las viviendas ni inundaciones por manejo de aguas lluvias o de escorrentía y que, según los registros de Planeación el predio del demandante se encuentra en una zona de protección ambiental; además que no es su obligación realizar limpieza a un terreno particular.

Que la responsabilidad no le es atribuible a esa entidad, sino a Empocaldas por el manejo de aguas lluvias y el manejo de las alcantarillas y o a Corpocaldas por tratarse de un terreno que goza de protección ambiental.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones: *“INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS, DE OBRAS EFICIENTES Y OPORTUNAS, DE PREVENCIÓN DE DESASTRES EN EL SECTOR SEÑALADO POR EL ACCIONANTE”*; *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL MUNICIPIO DE AGUADAS, CALDAS”*; *INEXISTENCIA DEL DAÑO – PERJUICIO”* Y *“AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO”*.

2.2. Empocaldas

Se opuso a las pretensiones de la parte actora; en cuanto a los hechos de la demanda manifestó que, el ingeniero de la Zona Centro Norte de la entidad realizó un informe, en el que se expuso que en la zona de localización del predio objeto de debate, se tiene una red de alcantarillado proveniente desde la Carrera 2 en tubería de 8 pulgadas y que dadas las condiciones del terreno y la existencia de la red, se presume que el alineamiento de la tubería busca la dirección noreste hacia la Carrera 4, que según información de la seccional corresponde a una tubería de 24 pulgadas en cemento, en buen estado.

Que de la inspección realizada se deduce que, la cámara de inspección con nomenclatura 197^a que se ubica en inmediaciones del referido predio, corresponde con un pozo del

alcantarillado de aguas combinadas, que colecta y transporta aguas residuales domésticas y parte de aguas superficiales aportadas desde las zonas con imbornales o alcantarillas de la zona alta.

Que de la misma inspección al sector se logró determinar:

- El predio se localiza en la parte media baja de tres pendientes (batea), dos de las cuales corresponden con dos descensos opuestos a lo largo de la Carrera 3 y la tercera correspondiente con la resultante de la ladera superior a la Carrera 3 en el sentido del alto del Cacique Pipintá.

- El predio en cuestión se observa como un lote de terreno con amplia cobertura vegetal de porte medio bajo, el cual se encuentra totalmente anegado (especie de humedal o zona pantanosa), dadas las condiciones topográficas del lote y posiblemente un descole de aguas de transversales.

- Teniendo en cuenta el aporte de aguas superficiales al lote de manera superficial, dadas las condiciones de pendiente y ubicación del terreno en el punto de menor altura, conformando una batea respecto de las pendientes de la Cra 3 y la ladera superior existentes, las cuales en su mayor parte no son conducidas a la red principal, se estima que el diámetro de 24 pulgadas cemento es suficiente para los caudales de ARD estimados por vivienda y transportar un importante caudal de aguas superficiales (lluvias) que ingresen de forma directa. Las pendientes existentes, garantizan una mayor velocidad del agua colectada para la rápida evacuación de la misma en sentido de las entregas existentes aguas abajo (carrera 4)".

Que si bien el sistema de alcantarillado existente es administrado por Empocaldas, no se encuentra tarifado el tema de las aguas superficiales, actividad que ocupa al prestador del servicio solo si se hubiera incorporado los costos asociados al manejo de la misma en la aplicación de la metodología tarifaria de alcantarillado, por tanto, el tema de las aguas superficiales que son las que vienen afectando el predio, son competencia del gobierno local al ser aportes de aguas de vías de la zona urbana municipal.

Que Empocaldas no brinda el servicio de reposición de sumideros o evacuaciones aguas lluvias con la causación del agua residual, prueba de ello es que esa entidad no realiza cobro por concepto de "sistema de drenaje pluvial" dentro del régimen tarifario que se refleja en la respectiva facturación que se emite a los usuarios.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones: "FALTA DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA Y LEGAL DE EMPOCALDAS S.A. E.S.P - RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO DE AGUADAS, CALDAS."; "INEXISTENCIA DE LA VULNERACIÓN O AMENAZA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS ENUNCIADOS EN ESTA ACCIÓN POPULAR E INEXISTENCIA DE LA SITUACIÓN DE

17-001-23-33-000-2022-00122-00 Acción Popular
AMENAZA O PELIGRO"; *"AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL"*; *"RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO DE AGUADAS EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO"*; *"FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA CAUSA POR PASIVA"*.

2.3. Corpocaldas

No contestó la demanda.

3. Audiencia de Pacto

Se celebró el 06 de diciembre de 2022 y se declaró fallida por falta de acuerdo entre las partes.

4. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

4.1. Municipio de Aguadas – Caldas

Expuso que, de lo manifestado por el actor popular en su escrito, se extracta que los derechos que persigue no tienen nada que ver con asuntos de los que se ventilan en este proceso, pues como lo expuso Corpocaldas se trata de un caso de manejo de aguas lluvias y de escorrentía para ser llevadas y canalizadas a las alcantarillas de Empocaldas, sobre aquel sector donde queda el predio del accionante.

Por tanto no se debe acceder a las súplicas de la demanda en cuanto al municipio de Aguadas se refiere, teniendo en cuenta que no se configuran los presupuestos jurisprudenciales para el trámite de una acción constitucional como la presentada y mucho menos para que se derive la responsabilidad del Municipio, esto es, el daño y la imputación, ni tampoco están demostrados los perjuicios que dice el actor popular. Además por cuanto la Empocaldas es la que administra el Acueducto y Alcantarillado en el área urbana del municipio de Aguadas y Corpocaldas es quien tiene la competencia en asuntos ambientales.

Concluyó que, brilla por su ausencia la existencia de un daño antijurídico atribuible al Municipio y mucho menos el nexo de causalidad. Por último solicitó se tenga en cuenta el impacto fiscal de una posible sentencia en contra del municipio y las demás entidades, que de ninguna manera pueda afectar su sostenibilidad fiscal debiendo ser concurrentes otras entidades bajo las situaciones de riesgo y con el tiempo necesario para poder obtener los recursos, bien para la realización de obras de mitigación o de reubicación si es del caso o para el caso especial de manejo de aguas lluvias o de escorrentía.

4.2. Empocaldas

Reiteró que la responsabilidad del manejo de aguas superficiales y de la vía recaería en Empocaldas siempre y cuando se hubiera incorporado los costos asociados al manejo de aguas lluvias en la aplicación de la metodología tarifaria del servicio de alcantarillado en el municipio de Aguadas, Caldas, situación que en efecto no se ha realizado. Así mismo la Ley 715 de 2001 atribuye dicha competencia al municipio.

Que Empocaldas no brinda el servicio de reposición de sumideros o evacuaciones aguas lluvias con la causación del agua residual, prueba de ello es que Empocaldas no realiza cobro por concepto de “sistema de drenaje pluvial” dentro del régimen tarifario que se refleja en la respectiva facturación que se emite a los usuarios.

Qu por tanto, Empocaldas no ha vulnerado los derechos colectivos de los consumidores y usuarios de la comunidad de Municipio de Aguadas, Caldas por no brindar una solución oportuna de la problemática general por la captación adecuada de aguas lluvias en el sector Monserrate Bajo.

Que además, no se encuentra demostrado la vulneración de derecho colectivo alguno, aspecto no demostrado y, por el contrario, controvertido por las pruebas aportadas en la actuación. Aunado a que las redes bajo su responsabilidad no son la razón de los hechos anunciados en la demanda, pues las mismas se encuentran en buen estado.

4.3. Corpocaldas

Señaló que, la problemática se circunscribe al inadecuado manejo de las aguas de la vía adyacente al predio del Actor Popular y las que escurren de un sector del cerro Monserrate, las cuales confluyen en este punto más bajo, ingresando al predio del Sr Sánchez, generando empozamiento. Las soluciones están radicadas legalmente en la autoridad Municipal y/o en la prestadora de servicios públicos domiciliarios, siendo ajena esta problemática a la autoridad ambiental, quien ha realizado diversas visitas a la zona y ha emitido varios informes, dando las recomendaciones técnicas para la solución y dando traslado de ellos a las autoridades competentes, en cumplimiento de su función asesora de las entidades territoriales.

Que, de todas las visitas hechas hasta el momento por las autoridades y la prestadora de servicios públicos domiciliarios, se ha determinado que lo pertinente es la ordenación de las aguas provenientes de la vía y de la parte del cerro que concentra sus aguas hacia ese lado del municipio y que se conduzcan de manera ordenada a la red de alcantarillado, situación que debe ser concertada entre el Municipio y la empresa prestadora de servicios públicos, quien debe certificar en qué punto es adecuada dicha entrega por capacidad de la red y que la tubería receptora tenga la capacidad hidráulica para recibir dichos caudales de aguas lluvias.

Que de conformidad con las determinantes ambientales establecidas por Corpocaldas, el predio no se ubica en áreas de la estructura ecológica, por tanto, en este aspecto no se cuentan con restricciones o condicionantes ambientales.

Que el 30 de noviembre de 2022, en la última reunión celebrada entre las entidades demandadas, luego de la presentación del ingeniero de diseños del departamento de planeación de Empocaldas, se concluyó que en la zona afectada, la tubería receptora y colectora de las aguas lluvias que se concentran en la transversal localizada frente al predio del señor Otoniel, no cuenta con la suficiente capacidad hidráulica para transportar todo ese caudal de aguas lluvias, puesto que inicialmente ésta estaba concebida solo para recibir y transportar las aguas residuales o sanitarias domésticas.

Que a la fecha y pese al concurso de las entidades llamadas por pasiva a este proceso, no se tiene la solución técnica a la problemática.

4.4. Los demás sujetos procesales no se pronunciaron en esta etapa.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

De conformidad con la demanda y su contestación, se centran en determinar: *¿Se encuentra acreditada la existencia de una amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, teniendo en cuenta que las aguas lluvias de escorrentía superficial y las aguas de la vía de la carrera 3 entre calles 2 y 3 del municipio de Aguadas – Caldas, se depositan en el predio de propiedad del accionante?*

En caso afirmativo: *¿A qué entidad es imputable la afectación de los derechos colectivos? y ¿Cuáles son las medidas que se deben adoptar para hacer cesar la amenaza o la vulneración de los derechos colectivos?*

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

Se encuentra acreditada la amenaza y vulneración de los derechos colectivos a la seguridad y salubridad pública y al acceso a los servicios públicos domiciliarios, debido a que: i) las aguas de escorrentías provenientes de la parte alta de la ladera y de la vía, desde la parte alta del Cerro Monserrate, no son totalmente captadas por el sistema de alcantarillado, generando que dichas aguas desemboquen y se concentren en el predio del accionante; ii) además, la insuficiencia del sistema de alcantarillado, provoca que se presurice la tubería principal, y por tanto, se generen algunos problemas en algunas

viviendas del sector. Adicionalmente dicha situación genera el riesgo de arrastre y concentración de residuos sólidos (basura) en el predio del actor popular.

Para soportar lo anterior se analizarán: i) la acción popular y alcance de los derechos colectivos invocados; ii) los hechos probados y iii) el análisis del caso concreto.

2.2. La acción popular y alcance de los derechos colectivos invocados

De acuerdo con su definición constitucional - artículo 88 de la Constitución Política- y legal -artículo 2, inciso 2 de la Ley 472 de 1998, las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos consagrados por la Constitución y la ley, o para restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Se trata, según lo dispuesto por el artículo 9º de la precitada ley, de acciones que proceden contra toda acción u omisión de las autoridades o particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. Por ende, a la luz de lo dispuesto por los artículos 2º y 9º *ejusdem*, la acción popular se ha calificado como un medio procesal de carácter preventivo, reparativo, correctivo o restitutorio, dependiendo de las particularidades del caso.

La parte demandante invoca como vulnerados los derechos al *“acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna”*; *“el acceso de una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública”* y *“los derechos de los consumidores y usuarios”*.

Estos derechos han sido tratados como parte del concepto de orden público y se han concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad. Su contenido general, implica, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos. *“Están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria”*¹.

En cuanto al derecho al acceso a los servicios públicos, el artículo 365 de la Constitución Política, concibió la prestación de los servicios públicos como una función inherente a la finalidad social del Estado, imponiéndole a éste la obligación correlativa de asegurar su

¹ Consejo de Estado - Sección Tercera. Sentencia de 15 de julio de 2004. AP 1834. C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional; al respecto la Corte Constitucional² ha señalado:

“38. En cuanto a los lineamientos constitucionales que orientan la prestación de los servicios públicos, la Corte ha señalado que los mismos se concretan en las siguientes características: (i) tienen una connotación eminentemente social en la medida en que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas (C.P. art. 366); (ii) constituyen un asunto de Estado y por lo tanto pertenecen a la órbita de lo público (C.P. art. 365); (iii) el objetivo fundamental de su actividad es la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable (C.P. art. 366); (iv) pueden ser prestados por el Estado -directa o indirectamente-, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo el primero la regulación, el control y la vigilancia (C.P. art. 365); (v) por razones de soberanía o de interés social, el Estado puede reservarse su prestación previa indemnización a quienes queden privados del ejercicio de esta actividad (C.P. art. 365); y, (vi) su prestación es descentralizada pues descansa fundamentalmente en las entidades territoriales (C.P. art. 367).

39. El Estado debe garantizar que la prestación de los servicios públicos sea eficiente, completa y atendiendo las necesidades básicas de la población. Como se precisará a continuación, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el deber de garantizar la prestación eficiente de dichos servicios se acompaña de la posibilidad amparada por la Constitución Política que las empresas prestadoras de servicios públicos recuperen sus costos y puedan invertir en el mismo sector con eficiencia y competitividad (artículo 333 superior), lo cual se traduce en una mejor prestación del servicio público”.

En ese mismo sentido el Consejo de Estado también ha señalado que los servicios públicos son inherentes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, constituyéndose su prestación en una finalidad social del Estado y, en consecuencia, corresponde a este su regulación, control y vigilancia, así como asegurar su efectiva prestación a toda la población del territorio nacional, brindar solución a las necesidades básicas insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y agua potable.

3.3. Los hechos probados

- Corpocaldas a través de oficio 2019- IE-00008852 del 21 de abril de 2019³, informó que realizó visita a varios sitios del municipio de Aguadas, y respecto al predio del accionante, señaló:

² Sentencia C-504 de 2020 – Magistrado ponente: Alejandro Linares Cantillo.

³ V. archivo “080InformeInvias” del expediente digital.

- *Este predio corresponde con la zona más baja de una de las caras del Cerro Monserrate, zona de confluencia no solo de las aguas de escorrentía de esta parte de la ladera, sino también de las aguas de la vía desde la parte alta del cerro.*
- *Por la conformación del terreno, la zona coincide con una zona de drenaje que ha sido intervenida por construcciones de viviendas y vías que trajeron consigo que las aguas se acumularán de distintas maneras en el predio.*
- *Por uno de los costados del predio existe una vía, que va desde el Cerro Monserrate hasta el Sector de los Cerros, donde en el punto más bajo se observa una transversal que “recoge” las aguas de la vía y las entrega al predio visitado. Parte de dichas aguas no llega a la transversal y se desborda por el predio sin ningún control. (...)”.*

- La Alcaldía municipal de Aguada – Secretaría de Planeación y Banco de Proyectos presentó el informe S.P. 2000 – 809 del 29 de diciembre de 2022⁴ -decretado como prueba de oficio- con el objeto de establecer si fueron previstas obras de manejo de aguas lluvias o de escorrentías y sobre el estado en el que se encuentra las obras hidráulicas para el manejo del agua sobre el tramo vial de la carrera 3, entre calle 2 y 3, en el que se señaló:

- *El predio perteneciente al señor Otoniel Sánchez Gallego y el tramo vial sobre el cual se encuentra ubicado el mismo, cruzan una línea de drenaje intermitente que discurre desde la parte alta del Cerro Monserrate.*
- *Las aguas de escorrentía de la vía también llegan y se acumulan en el lote, debido a que su topografía se convierte en un sumidero natural de agua.*
- *Si bien la vía se encuentra trazada, la misma no está pavimentada ni cuenta obras hidráulicas para el manejo de las aguas lluvias; la capa de rodadura existente se encuentra en material pétreo y el manejo de las aguas de escorrentía se realiza por medio de cunetas naturales existentes a cada costado de la vía.*

(...)

Por las consideraciones antes mencionadas, es claro entonces que, si bien la topografía del terreno y las formaciones antrópicas permiten el drenaje de las aguas por escorrentía, las mismas no cuentan con obras hidráulicas en sitio que permitan el manejo y disposición final apropiados”.

- Corpocaldas presentó informe 2023-II-00000525 del 16 de enero de 2023⁵ -decretado como prueba de oficio- en el que, en cuanto a la existencia o no de impactos medio ambientales, determinó que el predio del accionante no se ubica en áreas de la estructura ecológica, por tanto, no se cuentan con restricciones o condicionantes ambientales. No obstante, señaló que, “en el predio se presenta una amenaza media y alta por procesos de remoción en masa o deslizamientos”.

⁴ Fls. 1-2 exp. digital, archivo “38InformeMunicipioAguadas”

⁵ Fls. 1-6 exp. digital, archivo “40InformeCumplimientoCorpocaldas”

Se adjuntó material fotográfico en donde se evidencia la situación del predio objeto de debate, como el siguiente:

Foto 1: Parte alta de la vaguada en donde se concentran aguas lluvias que finalmente se concentran en el predio del Sr. Otoniel Sánchez.

Foto 2: Viviendas por donde cruza el tubo por medio del cual, se canalizan las aguas que se concentran en la vaguada.

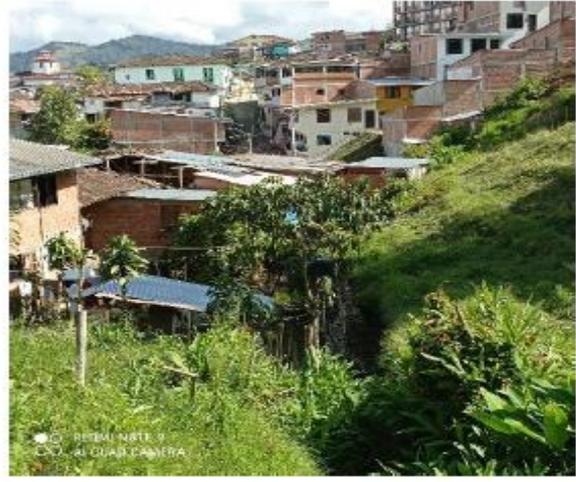
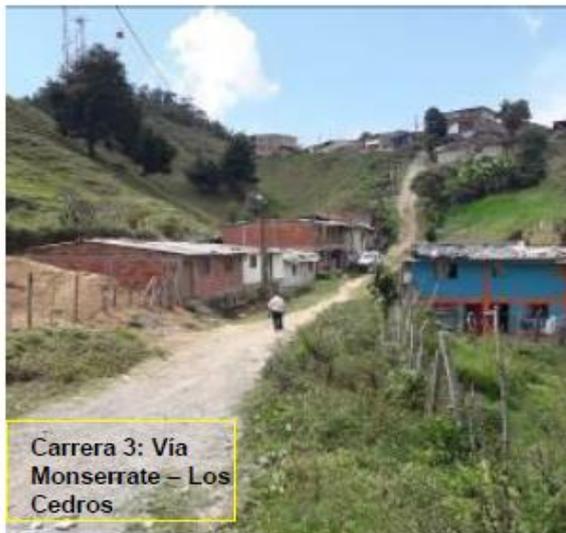


Foto 3: Vista de la cerrera 3. Al costado derecho, parte baja, predio del señor Otoniel.

Foto 4: Transversal que descarga aguas lluvias en predio del Sr. Otoniel.



Fotos 5 y 6: Vista carrera 3 en donde se presenta la concentración de aguas lluvias.



En relación con la acumulación de basuras en el referido predio y la existencia o no de impacto medio ambiental y de riesgo, Corpocaldas indicó que:

“El predio del Sr Sánchez, es adyacente a la carrera 3 la cual comunica el sector de Monserrate con Los Cedros, en el punto más bajo, coincidiendo con una vaguada o zona de concentración de escorrentías superficiales de aguas lluvias. La vía en mención se encuentra sin pavimentar, lo que favorece el arrastre de material tipo suelo y afirmado por acción de las escorrentías superficiales, acumulándose en la parte inferior en límites del predio del demandante. Durante reciente visita realizada al predio, se encontró algunos focos asilados con presencia de residuos sólidos (basuras), posiblemente arrastrados por las escorrentías superficiales que llegan al predio, o bien, por personas que ingresan al mismo y las depositan en el lugar.

No se considera una problemática que afecta a todo el predio, por tanto, el impacto ambiental es mínimo”.

- Empocaldas a través de oficio del 20 enero de 2023⁶, allegó los soportes y documentos resultantes de las reuniones realizadas, además presentó un informe relacionado con los *“estudios y diseños construcción sistema de alcantarillado sector Monserrate - municipio de Aguadas, Caldas”*, en el cual señaló:

“Indicar si la red que existe tiene la capacidad hidráulica para recibir las aguas lluvias que están generando la problemática objeto de la demanda.

Rta// Para llevar a cabo el chequeo de la capacidad hidráulica de la tubería de 20” en Cemento que se encontró en el lote ubicado entre la Carrera 3 y 4, donde se viene presentando la problemática y sobre el cual se plantea incluir la aportación del caudal de aguas lluvias de la ladera que se encuentra bajo Monserrate específicamente entre las Calles 2 y 3 con Carrera 3. Es necesario desarrollar una estimación inicial de las aguas que discurren sobre el terreno hasta el punto de inclusión en la tubería existente, de forma que

⁶ Fls. 1-18 exp. digital, archivo “43AnexoUno”

no se escape nada de dicho caudal. Esta estimación se lleva a cabo primero mediante un estudio hidrológico, y segundo sobre una comprobación hidráulica de la capacidad del tuvo.

2 COMPROBACIÓN HIDRÁULICA

La comprobación hidráulica se realiza con el propósito fundamental de conocer la capacidad de conducción hidráulica del tramo de la red de alcantarillado de interés. Para esto, fue necesario realizar el levantamiento con ayuda de una comisión de topografía para conocer los niveles de rasante del terreno y de batea de la tubería. Esto es de vital importancia en cuanto a la determinación de las pendientes del sistema y por ende con la estimación de la velocidad y la condición de autolimpieza de la tubería.

Un tema muy importante a tener en cuenta para la comprobación hidráulica del colector es que se tuvo en cuenta la aportación de las aguas lluvias de las áreas aferentes mostradas previamente, debido a que en parte de la petición allegada consistía en proporcionar una solución definitiva para el manejo y control de aguas de escorrentía en el sector.

(...)

3 CONSIDERACIÓN FINAL

Luego de haber realizado la comprobación hidráulica, se concluye que la tubería receptora y colectora de la aportación de agua de escorrentía que pretende recibir del predio afectado NO CUENTA con la suficiente capacidad hidráulica para transportar todo ese caudal de aguas lluvias, puesto que inicialmente esta está concebida sólo para recibir y transportar las aguas residuales o sanitarias domésticas”.

3.4. Análisis del caso concreto

EL demandante señaló la vulneración de los derechos colectivos, por cuanto el municipio canalizó las aguas lluvias desde el sector Monserrate hasta bajar a la carrera 3, aguas que fueron llevadas por la parte más baja de la vía pública y que terminaron por desaguar en su lote y que con ocasión a las fuertes lluvias y al no estar pavimentada la carretera se han acumulado en su propiedad aproximadamente 400 toneladas de basura, generado proliferación de mosquitos.

El municipio de Aguadas señaló en síntesis que, en dicho sector nunca ha existido amenaza de riesgos en las viviendas ni inundaciones por manejo de aguas lluvias o de escorrentía y que, según los registros de Planeación el predio del demandante se encuentra en una zona de protección ambiental; además que no es su obligación realizar limpieza a un terreno particular.

Empocaldas por su parte afirmó que si bien el sistema de alcantarillado es administrado por ella, no se encuentra tarifado el tema de las aguas superficiales, por tanto, siendo estas las que vienen afectando el predio, son competencia del gobierno local, al ser aportes de aguas de vías de la zona urbana municipal.

La Sala, de acuerdo con las pruebas recaudadas encuentra acreditado que, en efecto existe una situación problemática que aqueja al sector objeto de debate, consistente en que las aguas de escorrentías provenientes de la parte alta de la ladera y de la vía desde la parte alta del Cerro Monserrate no son totalmente captadas por el sistema de alcantarillado, generando que parte de dichas aguas desemboquen y se concentren en el predio del accionante; además, la insuficiencia del sistema de alcantarillado, provoca que se presurice la tubería principal, y por tanto, se generen algunos problemas en algunas viviendas del sector, por reflujos a lo largo de las redes domiciliarias

Lo anterior debido a la insuficiencia de la red de alcantarillado del sector, que no permite la captación y evacuación de todas las aguas lluvias superficiales de escorrentías que descienden desde la parte alta del Cerro Monserrate, a lo largo de la calle 3. Además que el tramo vial de la carrera 3, entre calle 2 y 3 no cuenta con obras hidráulicas para la captación y conducción de las aguas de escorrentía a la red de alcantarillado.

Al respecto, en el informe presentado por el municipio se precisa que, si bien la topografía del terreno y las formaciones antrópicas permiten el drenaje de las aguas por escorrentía, las mismas no cuentan con obras hidráulicas en sitio que permitan el manejo y disposición final apropiados.

Corpocaldas en los informes presentados señaló que, las aguas que llegan y se acumulan en el predio del Señor Otoniel Sánchez, son, en mayor proporción, aguas lluvias de escorrentía superficial provenientes de la vía y de un sector del cerro Monserrate, las cuales confluyen en ese punto más bajo y discurren por el predio del Sr Sánchez.⁷

Precisó además que:

*“... la problemática se centra en el hecho que los altos volúmenes de aguas lluvias en forma de escorrentía superficial que se concentran en la parte baja, en predios del señor Otoniel Sánchez, en tiempos de concentración cortos, durante la ocurrencia de eventos pluviométricos de variada intensidad y duración que se presentan en este sector del municipio de Aguadas; y finalmente, son captados por el sistema de alcantarillado de este sector de Aguadas, a través de los sumideros transversales localizados a lo largo de la calle 3 desde la carrera 4 y 7, provocando que se presurice la tubería principal, y por tanto, generando algunos problemas en algunas viviendas del sector, por reflujos a lo largo de las redes domiciliarias”.*⁸

⁷ Fl. 16 exp. digital, archivo “02Popular”

⁸ Fls. 1-6 exp. digital, archivo “40InformeCumplimientoCorpocaldas”

En el informe presentado por Empocaldas a través de oficio del 20 enero de 2023⁹, se hizo referencia a la insuficiencia de la capacidad de la tubería para recibir la totalidad de las aguas de escorrentía, precisando que:

“Luego de haber realizado la comprobación hidráulica, se concluye que la tubería receptora y colectora de la aportación de agua de escorrentía que pretende recibir del predio afectado NO CUENTA con la suficiente capacidad hidráulica para transportar todo ese caudal de aguas lluvias, puesto que inicialmente esta está concebida sólo para recibir y transportar las aguas residuales o sanitarias domésticas”.

Así, los informes presentados son coincidentes en cuanto a que la situación presentada se da por ocasión a las aguas lluvias en forma de escorrentía superficial que no son captadas por la red de alcantarillado existente, pues no tiene la capacidad para soportar dichas aguas, lo que hace que las mismas se desborden sin control por el predio del actor.

Por otra parte, se evidencia que, debido a las aguas lluvias de escorrentías y al no estar pavimentada la vía de ese sector, se ocasiona el arrastre de residuos sólidos (basura) al referido predio. Al respecto, Corpocaldas en el informe 2023-II-00000525 del 16 de enero de 2023¹⁰, precisó:

“Durante reciente visita realizada al predio, se encontró algunos focos asilados con presencia de residuos sólidos (basuras), posiblemente arrastrados por las escorrentías superficiales que llegan al predio, o bien, por personas que ingresan al mismo y las depositan en el lugar.

No se considera una problemática que afecta a todo el predio, por tanto, el impacto ambiental es mínimo”.

Por lo tanto, aunque el impacto ambiental es mínimo, tal situación genera una amenaza al derecho colectivo de la salubridad pública, por la acumulación de basura que pueda llegar a presentarse, lo que puede ser un acontecimiento que afecte la salud de los habitantes de la zona, si no se hace un manejo adecuado de tales residuos.

Se resalta que, si bien la situación de riesgo se presenta principalmente en el predio del actor popular, ello no es suficiente para afirmar que se trata de derechos particulares, pues dicha situación afecta a todos los usuarios del servicio de alcantarillado del sector, y en especial a los habitantes de la zona

3.5. Conclusión

⁹ Fls. 1-18 exp. digital, archivo “43AnexoUno”

¹⁰ Fls. 1-6 exp. digital, archivo “40InformeCumplimientoCorpocaldas”

Se encuentra acreditada la amenaza y vulneración de los derechos colectivos a la seguridad y salubridad pública y al acceso a los servicios públicos domiciliarios, debido a que: i) las aguas de escorrentías provenientes de la parte alta de la ladera y de la vía desde la parte alta del Cerro Monserrate no son totalmente captadas por el sistema de alcantarillado, generando que dichas aguas desemboquen y se concentren en el predio del accionante; ii) además, la insuficiencia del sistema de alcantarillado, provoca que se presurice la tubería principal, y por tanto, se generen algunos problemas en algunas viviendas del sector. Adicionalmente dicha situación genera el riesgo de arrastre y concentración de residuos sólidos (basura) en el predio mencionado.

4. Segundo problema jurídico *¿A qué entidad es imputable la afectación de los derechos colectivos?*

4.1. Tesis del Tribunal

La afectación de los derechos colectivos es imputable a Empocaldas y al municipio de Aguadas, pues la primera es la responsable directa de la prestación del servicio público de alcantarillado en el municipio y es quien debe garantizar la adecuada prestación de ese servicio, lo cual ha omitido cumplir a pesar de tener conocimiento de la situación.

La segunda por cuanto tiene la obligación constitucional y legal de garantizar que se preste eficientemente el servicio público de alcantarillado en su jurisdicción, lo cual ha omitido cumplir a pesar de tener conocimiento de la situación. Además, en el diseño y construcción del tramo vial de la Carrera 3 entre calles 2 y 3 el municipio omitió realizar obras de captación y conducción de aguas lluvias y de escorrentía que se concentran en ese sector.

Para soportar lo anterior se analizará: i) la competencia de los municipios en materia de servicios públicos domiciliarios; ii) competencia de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios frente al mantenimiento de las redes públicas y iii) el análisis del caso concreto.

4.2. Competencia de los municipios en materia de servicios públicos

La Constitución Política dispuso que los servicios públicos hacen parte de los fines y deberes del Estado Colombiano, en los siguientes términos:

“Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser

prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

A su vez, el artículo 311 *ibidem* respecto de la competencia de los municipios para la prestación de los servicios públicos, señala que *“como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes”.*

En ese mismo sentido, el Legislador desarrolló las anteriores normas constitucionales en la Ley 142 de 1994, estableciendo el régimen de los servicios públicos domiciliarios y que su prestación es competencia de los municipios, y que cuando el servicio sea suministrado por una empresa privada corresponde al ente territorial asegurar que su prestación sea eficiente. Expresamente señaló:

“Artículo 2o. Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

- 2.1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios.*
- 2.3. Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.*
- 2.4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.*
- 2.5. Prestación eficiente.”*

“Artículo 5o. Competencia de los municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos. Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:

- 5.1. Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto,*

o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente.

(...)

5.6. Apoyar con inversiones y demás instrumentos descritos en esta Ley a las empresas de servicios públicos promovidas por los departamentos y la Nación para realizar las actividades de su competencia. (...). (Se resalta)

Adicionalmente, la Ley 715 de 2001¹¹ establece:

“ARTÍCULO 76. COMPETENCIAS DEL MUNICIPIO EN OTROS SECTORES. Además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los Municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias:

...

76.1. En materia de Servicios Públicos

*Realizar directamente o a través de terceros en materia de servicios públicos además de las competencias establecidas en otras normas vigentes **la construcción, ampliación rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de servicios públicos.***

...

ARTÍCULO 78. Destino de los recursos de la participación de propósito general. Reglamentado por el Decreto 849 de 2002. Modificado por el Artículo 21 de La Ley 1176 de 2007. Modificado parcialmente (inciso 2) por el Artículo 14 de La Ley 1450 de 2011.

...

El total de Los recursos de La participación de propósito general asignado a Los municipios de categorías Especial, 1, 2 y 3; el 72% restante de Los recursos de La participación de propósito general para Los municipios de categoría 4, 5 o 6; y el 100% de Los recursos asignados de la participación de propósito general al departamento archipiélago de San Andrés y Providencia, se deberán destinar al desarrollo y ejecución de Las competencias asignadas en La presente Ley.

Del total de dichos recursos, Las entidades territoriales destinarán el 41% para el desarrollo y ejecución de Las competencias asignadas en agua potable y saneamiento básico. Los recursos para el sector agua potable y saneamiento básico se destinarán a La financiación de inversiones en infraestructura, así como a cubrir Los subsidios que se otorguen a los estratos subsidiados de acuerdo con Lo dispuesto en La Ley 142 de 1994...”. (Se resalta)

¹¹ “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.”

De acuerdo con lo expuesto, corresponde al Estado, a través de los municipios, asegurar a sus habitantes la prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos, por lo que debe adoptar medidas necesarias para garantizar el servicio de alcantarillado en óptimas condiciones de funcionalidad.

4.3. Competencia de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios frente al mantenimiento de las redes públicas

En cuanto al mantenimiento y reparación o reposición de las redes públicas, el Decreto 302 de 2000 *“Por el cual se reglamenta la ley 142 de 1994, en materia de prestación de servicios públicos Domiciliarios de acueducto y alcantarillado”*, señala:

Artículo 22. Mantenimiento de las redes públicas. La entidad prestadora de los servicios públicos está en la obligación de hacer el mantenimiento y reparación de las redes públicas de acueducto y alcantarillado. Así mismo deberá contar con un archivo referente a la fecha de construcción de las redes, especificaciones técnicas y demás información necesaria para el mantenimiento y reposición de la misma.

Por su parte, el Decreto 3050 de 2013 *Por el cual se establecen las condiciones para el trámite de las solicitudes de viabilidad y disponibilidad de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado”*, en lo pertinente señala:

“7. Red matriz o red primaria de alcantarillado. Es el conjunto de tuberías, accesorios, estructuras y equipos que reciben el agua procedente de las redes secundarias o locales y las transporta hasta las plantas de tratamiento de aguas residuales o hasta el sitio de su disposición final.

Su diseño, construcción y mantenimiento estará a cargo de la empresa prestadora del servicio, la cual deberá recuperar su inversión a través de tarifas de servicios públicos.

8. Red secundaria o red local de alcantarillado. Conjunto de tuberías, accesorios, estructura y equipos que conforman el sistema de evacuación y transporte de las aguas lluvias, residuales o combinadas de una comunidad y al cual descargan las acometidas de alcantarillado de los inmuebles y llega hasta la red matriz o primara de alcantarillado. Su diseño y construcción corresponde a los urbanizadores.

De acuerdo a lo anterior, es claro que a la entidad prestadora del servicio de alcantarillado le compete el mantenimiento y reposición de la red primaria y secundara de alcantarillado, la cual esta conformada además por el sistema de captación, evacuación y trasporte de las aguas lluvias.

4.4. Análisis sustancial del caso concreto

Conforme a las pruebas recaudas se vislumbra que, Empocaldas, es la entidad prestadora del servicio de alcantarillado en el sector objeto de análisis; además que se evidencia que existe una problemática relacionada con la prestación de dicho servicio por la falta de redes de alcantarillado suficientes que permitan adecuadamente la captación, evacuación y transporte de las aguas lluvias de escorrentías superficiales.

Por lo tanto, de acuerdo al marco normativo previamente expuesto, a Empocaldas, por ser la entidad prestadora del servicio de alcantarillado en el sector objeto de la problemática le compete el mantenimiento y reposición de la red primaria y secundaria de alcantarillado, la cual está conformada además por el sistema de captación, evacuación y transporte de las aguas lluvias.

Aunado a lo anterior se encuentra acreditado que, a pesar de conocer la situación expuesta por el demandante, ha omitido realizar las acciones pertinentes para lograr una solución, basado principalmente en aspectos netamente tarifarios.

Ahora, la prestación directa o indirecta de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado es una función a cargo de los municipios; es así como estas entidades, aun cuando no asuman la prestación directa del servicio de alcantarillado, mantienen dentro de sus competencias la garantía de que tal actividad se efectuó de manera eficiente.

En los casos de prestación indirecta de los servicios, esto es, cuando se prestan a través de entidades de servicios públicos domiciliarios, la obligación de los municipios se concreta en la función de vigilancia, control y seguimiento; además, deben apoyar y acompañar a las empresas de servicios públicos domiciliarios en la formulación e implementación de estrategias que permitan solucionar las problemáticas que se presentan en relación con la prestación eficiente de los servicios.

En este sentido, el Consejo de Estado en sentencia de 19 de junio de 2020¹² señaló:

“149. La Sala precisa que los municipios, en los casos de prestación indirecta, tienen la obligación de ejercer la función de control de la prestación de los servicios públicos a cargo de las empresas de servicios públicos domiciliarios, con el objeto de garantizar que los habitantes del territorio tengan acceso a estos de forma adecuada y eficiente, en los términos que ordena la Constitución y la Ley.

150. La Sección Primera del Consejo de Estado, con fundamento en la Constitución Política y en el régimen de servicios públicos domiciliarios, destacó que los municipios tienen la

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C.P.: Hernando Sánchez. Sentencia 19 de junio de 2020. Rad.: 50001-23-33-000-2012-00167-01(AP).

responsabilidad de vigilar y controlar a las empresas que prestan los servicios públicos domiciliarios para garantizar que estas cumplan sus funciones de forma adecuada:

“[...] De la normativa antes citada se tiene que al Municipio de Tunja le cabe la responsabilidad en los hechos afirmados en la demanda, acreditados en el expediente, pues si bien no tiene a su cargo la prestación directa del servicio público de alcantarillado y está obligado a hacerlo de manera eficiente y oportuna, conserva competencias de vigilancia y control para su cabal prestación por parte de quien lo hace, lo cual en modo alguno cumple a cabalidad ante la irregular conducción de aguas pluviales, residuales y desechos sólidos por las tuberías que dan cuenta los hechos, y su circulación y estancamiento a cielo abierto causando olores ofensivos, proliferación de insectos en general, poniendo en riesgo no solo la salubridad de la comunidad sino afectando el medio ambiente [...]”¹³

151. La misma Sección, mediante la sentencia proferida el 25 de marzo de 2010, consideró lo siguiente:

“[...] En efecto, es claro que los municipios tienen la obligación de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado. Lo cual implica que la prestación del servicio no debe menoscabar ni poner en peligro la seguridad de la comunidad.

Entonces, con la finalidad de garantizar la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, los municipios deben ejercer su función del artículo 365 de la Constitución Política [...]”¹⁴

152. La Sección Primera de esta Corporación, mediante sentencia proferida el **9 de mayo de 2019**, precisó que los municipios tienen la obligación constitucional y legal de garantizar que las empresas de servicios públicos presten los servicios públicos domiciliarios de forma eficiente, por medio de actividades de control y verificación:

“[...] Bajo esa perspectiva, el anterior recuento normativo permite a la Sala concluir que la prestación directa o indirecta de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado es una función a cargo de los Municipios, en orden a garantizar su eficiente y oportuna prestación.

Es así como estas entidades territoriales, aun cuando no asuman la prestación directa del servicio de alcantarillado, mantienen dentro de sus competencias la garantía de que tal actividad se efectuará de manera eficiente, por lo que no asiste razón al

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 5 de octubre de 2009; C.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno; núm. único de radicación: 15001233100020040097001

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 25 de marzo de 2010; C.P. Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; núm. único de radicación: 25000232700020040132201

recurrente cuando afirma que en tal escenario no tiene responsabilidad, sino que el control y vigilancia de las empresas prestadores de servicios públicos domiciliarios corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; puesto que olvida que, si bien es cierto, a esa entidad compete tal función en relación con el cumplimiento del marco normativo que regula la materia, ello no significa que las entidades territoriales se desprendan de su deber constitucional y legal de verificar y controlar la prestación de los mismos en su territorio, por tratarse de una actividad que le fue expresamente confiada según las normas anteriormente citadas.

*Por lo anterior, y en atención al deber de colaboración armónica de las entidades involucradas en la prestación de servicios públicos, como fines del Estado Social de Derecho en el cual se erige nuestro país, es procedente para la Sala confirmar la orden emitida por el Juzgador de Primera Instancia, en cuanto que, dentro del ámbito de su competencia como controlador y garante de la prestación indirecta del servicio de alcantarillado, **el Municipio debe acompañar a la Empresa en la formulación de estrategias tendientes a la atención de la problemática que sobre este servicio se presenta en el área delimitada en la sentencia objeto del recurso [...]**"¹⁵ (Se resalta)*

De acuerdo con lo expuesto, los municipios tienen la obligación constitucional y legal de garantizar que se preste eficientemente el servicio público de acueducto y alcantarillado en su jurisdicción, incluso en aquellos casos en los que la prestación está a cargo de una empresa de servicios públicos domiciliarios. Por lo que, tienen competencia para ejercer funciones de control y vigilancia de la persona jurídica que asumió la prestación directa de los servicios públicos domiciliarios, con el objeto de garantizar que los habitantes de su territorio tengan acceso a estos de forma eficiente, eficaz y permanente. '

Además, estos entes territoriales deben apoyar y acompañar a las empresas de servicios públicos domiciliarios en la formulación e implementación de estrategias que permitan solucionar las problemáticas que se presentan en relación con la prestación eficiente de los servicios.

Aunado a lo anterior se encuentra demostrado que, en el diseño y construcción del tramo vial de la Carrera 3 entre calles 2 y 3 el municipio omitió tener en cuenta y realizar obras de captación y conducción de aguas lluvias y de escurrimiento que se concentran en ese sector. Además, a pesar de conocer la situación expuesta por el demandante, ha omitido realizar las acciones pertinentes para lograr una solución, basado simplemente en afirmar que dicha función corresponde exclusivamente a Empocaldas.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 9 de mayo de 2019; C.P. Oswaldo Giraldo López; Rad.: 17001230000020110061301 y 17001230000020110014201.

4.5. Conclusión

La afectación de los derechos colectivos es imputable a Empocaldas y al municipio de Aguadas, pues la primera es la responsable directa de la prestación del servicio público de alcantarillado en el municipio y es quien debe garantizar la adecuada prestación de ese servicio, lo cual ha omitido cumplir a pesar de tener conocimiento de la situación.

La segunda por cuanto tienen la obligación constitucional y legal de garantizar que se preste eficientemente el servicio público de alcantarillado en su jurisdicción, por lo que, tienen competencia para ejercer funciones de control y vigilancia de la persona jurídica que asumió la prestación de los servicios públicos domiciliarios, y para apoyar y acompañar a dicha empresa en la formulación e implementación de estrategias que permitan solucionar las problemáticas que se presentan en relación con la prestación eficiente de los servicios, lo cual ha omitido cumplir a pesar de tener conocimiento de la situación.

Además, se encuentra demostrado que, en el diseño y construcción del tramo vial de la Carrera 3 entre calles 2 y 3 el municipio omitió realizar obras de captación y conducción de aguas lluvias y de escorrentía que se concentran en ese sector.

5. Tercer problema jurídico: *¿Qué medidas se deben adoptar para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos?*

A efecto de establecer las medidas que se deben adoptar para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, se tiene que, Corpocaldas a través de informe presentado el 16 de enero de 2023, realizó algunas recomendaciones frente a la problemática presentada, las cuales fueron:

- *Dadas las condiciones de la vía (carrera 3) que une el sector del Cerro con el barrio Los Cedros y la presencia de una marcada curva vertical, es importante que en el punto más bajo, se construya una transversal en tubería PVC de diámetro suficiente (no inferior a 24") que permita evacuar adecuadamente las aguas de escorrentía superficial que se concentran.*
- *A la salida de la transversal, las aguas deberán ser conducidas a través del predio visitado, preferiblemente, por medio de tuberías o una estructura en concreto (box coulvert) que evite que las aguas escurran por el lote sin ningún tipo de control. Es importante tener en cuenta que cualquier intervención en el predio debe ser el resultado de un estudio hidrológico e hidráulico que determine el diámetro de la tubería y las condiciones técnicas de la intervención.*
- *Consultar el catastro de redes de alcantarillado que la Empresa Empocaldas SA ESP dispone en la zona, respecto a las tuberías que pasan por el lote del Sr Otoniel o sectores aledaños y determine la posibilidad de descargar las aguas que se concentran en el lote del*

Sr. Otoniel, a la red de alcantarillado existente y en qué condiciones, diámetro y pendiente de la tubería.

- *Construir sumideros transversales en la calle 3 desde la carrera 4 y 7, para garantizar la captación de las aguas lluvias que se concentran en el predio del Sr. Otoniel y que provienen del sector de Monserrate, y descargarlas directamente en la red de alcantarillado del sector, previa autorización de la empresa prestadora del servicio (Aquamana SA ESP) de que dicha tubería cuenta con la capacidad hidráulica suficiente para evacuar convenientemente las aguas lluvias.*

Para la Sala dichas recomendaciones resultan adecuadas, pertinentes y proporcionales para dar solución a la situación que genera la afectación de los derechos colectivos, atendiendo a los informes que fueron presentados dentro de este proceso.

Así las cosas, la Sala considera necesario ordenar a Empocaldas y al municipio de Aguadas – Caldas, que de manera conjunta y coordinada realicen las gestiones administrativas, presupuestales, contractuales y de ejecución dirigidas a:

-. Construir en el punto más bajo, de la vía (carrera 3) que une el sector del Cerro con el barrio Los Cedros, -en la carrera 3 entre calles 2 y 3 del municipio- las obras necesarias para la captación y conducción de las aguas lluvias y de escorrentía, con el fin de evitar que las aguas que se concentren en ese sector y evitar la acumulación de residuos sólidos (basura) arrastradas por las aguas, tales como:

- Sumideros.
- Una trasversal en tubería PVC de diámetro suficiente (no inferior a 24") que permita evacuar adecuadamente las aguas de escorrentía superficial que se concentran. A la salida de la transversal, las aguas deberán ser conducidas preferiblemente, por medio de tuberías o una estructura en concreto (box coulvert) que evite que las aguas escurran por el lote sin ningún tipo de control.
- Conducción de las aguas que se concentran en el lote del actor popular, a la red de alcantarillado existente.

-. Construir sumideros transversales en la calle 3 desde la carrera 4 y 7, para garantizar la captación de las aguas lluvias que se concentran en el predio del actor popular y que provienen del sector del Cerro Monserrate, y descargarlas directamente en la red de alcantarillado del sector.

-. En caso de que dicha tubería no cuente con la capacidad hidráulica suficiente para evacuar convenientemente las aguas lluvias, deberá procederse a su ampliación.

Para adelantar las anteriores actividades, las entidades tendrán el plazo máximo de nueve (9) meses, los cuales serán contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

Se resalta que, no existen elementos de juicio que permitan afirmar que el cumplimiento de las anteriores medidas afecte la sostenibilidad fiscal del municipio, aunado a que la falta de disponibilidad presupuestal y de existencia de recursos no es, argumento válido y suficiente para sustraerse del cumplimiento de las acciones necesarias para hacer cesar la afectación de los derechos colectivos.

Al respecto, el Consejo de Estado¹⁶ ha advertido lo siguiente:

“Sobre el particular, en providencia del 15 de diciembre de 2016 se sostuvo lo siguiente:

12.2. Los trámites presupuestales y la escasez de recursos económicos no justifican la desprotección de los derechos colectivos.

*[...] Además, esta Sala ha manifestado que **la falta de disponibilidad presupuestal no enerva la acción ante la demostrada vulneración de los derechos colectivos. Ante esa situación, lo procedente es ordenar a las autoridades que efectúen las gestiones administrativas y financieras necesarias para obtener los recursos económicos requeridos.***

En efecto, en sentencia de 25 de octubre de 2001, a propósito de una problemática relacionada con la práctica de necropsias a cadáveres en estado de descomposición, sin que existiera una morgue en el Municipio de San Pedro (Sucre), esta Sala consignó el criterio jurisprudencial aludido, de la siguiente manera:

*“La falta de disponibilidad presupuestal y de existencia real de recursos **no es, en manera alguna, argumento válido para destruir el acervo probatorio que sustenta el fallo del inferior** y que se puntualiza en la indudable demostración de los hechos que sirvieron de fundamento al ejercicio de la acción popular.*

En tal virtud, le corresponde al Alcalde y a su equipo de gobierno proseguir el adelantamiento de esta gestión y emprender las que sean necesarias para conseguir mediante el mecanismo de cofinanciación los recursos presupuestales que permitan financiar el proyecto de alcantarillado con el porcentaje de los recursos ordinarios que la Nación a esos efectos les transfiere en la denominada Participación de Beneficio General y si estos resultaren insuficientes, con recursos de cofinanciación que deben gestionar ante el Departamento o la Nación, explorando la disponibilidad de recursos

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Oswaldo Giraldo López, providencia de 18 de octubre de 2019, expediente núm. 15001 23 33 000 2017 00990 01.

de inversión que para ese tipo de proyectos se prevean en los programas y subprogramas de los presupuestos de inversión del Departamento Nacional de Planeación, del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y del Ministerio de Desarrollo.”(Subrayado fuera de texto)

Igualmente, en sentencia de 5 de septiembre de 2002, dictada con ocasión de una demanda que buscaba la construcción de la infraestructura de alcantarillado en el Barrio El Salvador, Sector Pantano, del Distrito de Santa Marta, en línea con el planteamiento expuesto, se afirmó lo siguiente:

*“Se reitera que la falta de disponibilidad presupuestal **no enerva la acción ante la demostrada vulneración de los derechos colectivos para cuya protección se instauró.** Cosa distinta es que ante esa situación lo procedente sea ordenar a las autoridades municipales que efectúen las gestiones administrativas y financieras necesarias para obtenerlos.” (Subrayado fuera de texto)*

Finalmente, vale la pena citar la sentencia de esta Sección, proferida el 22 de enero de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala:

*“Como se puede leer en la jurisprudencia transcrita, **la falta de recursos públicos no es óbice para proteger los derechos e intereses colectivos;** la efectividad de los derechos colectivos garantizados por la Constitución y la ley demandan atención prioritaria de las autoridades administrativas, y si su actuación no colma las exigencias de protección impuestas por el ordenamiento jurídico, es deber del Juez Constitucional de Acción Popular velar porque dicha situación sea debidamente atendida. Cosa distinta es que para el cumplimiento del fallo se requieran hacer erogaciones presupuestales y que para ello en la sentencia se deban tomar en consideración los tiempos necesarios para surtir los trámites del caso y ordenar agotar los pases presupuestales y trámites administrativos correspondientes.*

Es claro que las órdenes impartidas por el Juez de Acción Popular no pueden hacer abstracción de las exigencias impuestas por la realidad material en que opera la Administración ni por la legislación vigente en materia presupuestal en particular, ni por el marco legal que rige las actuaciones administrativas en general. De aquí que en esta clase de procesos el Juez Constitucional deba siempre ponderar cuidadosamente qué clase de obligaciones impone con el tiempo y las condiciones en que debe llevarlas a cabo.” (Resalta la Sala).

En sentencia de 7 de marzo de 2019¹⁷, puso de relieve que:

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 7 de marzo de 2019, C.P: Oswaldo Giraldo López, Rad. 88001-23-33-000-2016-00022-01(AP).

“[...] los trámites presupuestales y de planeación, la falta de disponibilidad presupuestal o de recursos económicos, no es de ninguna manera un argumento válido para desvirtuar la afectación de los derechos colectivos y mucho menos para cohibir al juez de la acción popular de adoptar las medidas de amparo que las circunstancias ameriten en aras de la protección de tales derechos. [En consecuencia] [e]s obligación [...] [de la alcaldía de Cóbbita] desplegar, dentro del marco jurídico establecido, todas las gestiones técnicas y administrativas pertinentes en materia de planeación y programación presupuestal, a fin de ejecutar las obras, proyectos o actividades necesarias para salvaguardar los derechos colectivos afectados”¹⁸.

6. Costas

De conformidad con el artículo 38 de la Ley 472 de 1998 en armonía con la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo M. P. Rocío Araújo Oñate del 6 de agosto 2019, radicación: 15001-33-33-007-2017-00036-01, no se impondrá condena en costas, toda vez que no se encuentra probada su causación y que las pretensiones del actor prosperan solo parcialmente.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR infundadas las excepciones denominadas: *“INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS, DE OBRAS EFICIENTES Y OPORTUNAS, DE PREVENCIÓN DE DESASTRES EN EL SECTOR SEÑALADO POR EL ACCIONANTE”*; *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL MUNICIPIO DE AGUADAS, CALDAS”*; *“INEXISTENCIA DEL DAÑO – PERJUICIO”* Y *“AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO”*, formuladas por el municipio de Aguadas – Caldas y las de *“FALTA DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA Y LEGAL DE EMPOCALDAS S.A. E.S.P - RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO DE AGUADAS, CALDAS”*; *“INEXISTENCIA DE LA VULNERACIÓN O AMENAZA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS ENUNCIADOS EN ESTA ACCIÓN POPULAR E INEXISTENCIA DE LA SITUACIÓN DE AMENAZA O PELIGRO”*; *“AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL”*; *“RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO DE AGUADAS EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO”*; *“FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA CAUSA POR PASIVA”* formuladas por Empocaldas.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 26 de junio de 2020, C.P: Roberto Augusto Serrato Valdés, Rad. 85001-23-33-000-2018-00091-01 (AP).

SEGUNDO: DECLARAR vulnerados los derechos colectivos “*a la seguridad y salubridad pública y al acceso a los servicios públicos domiciliarios*”, por parte del municipio de Aguadas – Caldas y Empocaldas.

TERCERO: En consecuencia, **SE ORDENA** al municipio de Aguadas – Caldas, y a Empocaldas, que de manera conjunta y coordinada realicen las gestiones administrativas, presupuestales, contractuales y de ejecución dirigidas a:

- Construir en el punto más bajo, de la vía (carrera 3) que une el sector del Cerro con el barrio Los Cedros, -en la carrera 3 entre calles 2 y 3 del municipio- las obras necesarias para la captación y conducción de las aguas lluvias y de escorrentía, con el fin de evitar que las aguas que se concentren en ese sector y evitar la acumulación de residuos sólidos (basura) arrastradas por las aguas, tales como:

- Sumideros.
- Una transversal en tubería PVC de diámetro suficiente (no inferior a 24”) que permita evacuar adecuadamente las aguas de escorrentía superficial que se concentran. A la salida de la transversal, las aguas deberán ser conducidas preferiblemente, por medio de tuberías o una estructura en concreto (box coulvert) que evite que las aguas escurran por el lote sin ningún tipo de control.
- Conducción de las aguas que se concentran en el lote del actor popular, a la red de alcantarillado existente.

- Construir sumideros transversales en la calle 3 desde la carrera 4 y 7, para garantizar la captación de las aguas lluvias que se concentran en el predio del actor popular y que provienen del sector del Cerro Monserrate, y descargarlas directamente en la red de alcantarillado del sector.

- En caso de que dicha tubería no cuente con la capacidad hidráulica suficiente para evacuar convenientemente las aguas lluvias, deberá procederse a su ampliación.

Para adelantar las anteriores actividades, las entidades tendrán el plazo máximo de nueve (9) meses, los cuales serán contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: Negar las demás pretensiones del actor popular.

QUINTO: Sin condena en costas.

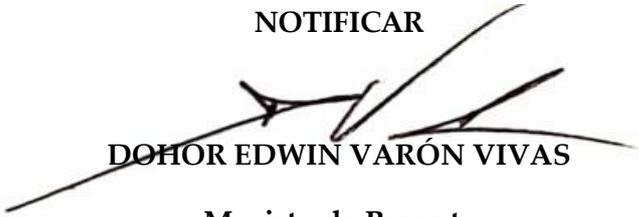
SEXTO: Se conforma un Comité para la verificación del cumplimiento de las órdenes dadas en esta sentencia, el cual será integrado por el Magistrado Ponente, quien lo presidirá, el Personero del municipio de Aguadas - Caldas, el demandante y el señor Procurador Judicial.

SÉPTIMO: Para los efectos del artículo 80 de la ley 472 de 1998, por la Secretaría del Tribunal, se enviará copia de la demanda, del auto admisorio y del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia archívense las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema justicia siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 27 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

(ausente con permiso)

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL****TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veintisiete (27) de abril de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17-001-33-33-004-2020-00003-02
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	DUVÁN ANTONIO VILLA BEDOYA Y JUAN CARLOS PRIETO
ACCIONADO	MUNICIPIO DE PALESTINA

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Palestina, Caldas contra el fallo que accedió a pretensiones, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de la referencia.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

La sentencia de primera instancia fue emitida el 26 de septiembre de 2022, siendo apelada por la parte demandada; recurso que fue concedido mediante auto del 25 de octubre de 2022.

El aplicativo diseñado para el envío de expedientes data del 10 de marzo de 2023; y el acta de reparto de la Oficina Judicial tiene fecha del 13 de marzo de 2023.

El recurso de apelación se admitió a través de providencia del 17 de marzo del año en curso; e ingresó a despacho para sentencia de segunda instancia el 30 de marzo pasado.

PRETENSIONES

1. Que se amparen y protejan los derechos colectivos al medio ambiente sano; al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público; la seguridad y salubridad pública; el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; a la realización de las construcciones y desarrollos rurales respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad

de vida de los habitantes; el derecho a la vida; a la salud; a la educación; al trabajo; a la recreación; y al goce de la propiedad privada.

2. Que se ordene disponer inmediatamente las medidas necesarias y suficientes para que el municipio de Palestina apropie recursos económicos y desarrolle la obra que se está solicitando con el fin de que cesen las conductas omisivas que están produciendo la lesión de los derechos colectivos, terminando la construcción de la placa huella en la vereda La Muleta que se encuentra en muy mal estado y está perjudicando y afectando a la comunidad.

3. Que se ordene al municipio de Palestina el pago de gastos, costas y demás emolumentos que ordena la ley.

HECHOS

- Desde hace aproximadamente 4 años la vía ubicada en la vereda La Muleta, exactamente la falda que va de la finca La Julieta, bajando por la finca El Poema, hasta llegar a la finca Los Nogales, en el municipio de Palestina, se encuentra en muy mal estado ya que se presenta grietas, huecos y zanjas de diferentes formas y dimensiones, lo que hace de ella un peligro constante para el tránsito y movilización vehicular y peatonal durante el día y la noche.

- Que por el mal estado de la vía los habitantes del sector están corriendo riesgos ya que esta representa peligro, e incluso se encuentran limitados en sus desplazamientos diarios para ir a estudiar, trabajar, hacer diligencias, entre otros.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

MUNICIPIO DE PALESTINA: no contestó la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 26 de septiembre de 2022, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales accedió a pretensiones, tras plantearse como problema jurídico determinar si se encontraban vulnerados o amenazados los derechos colectivos invocados en virtud de la falta de mantenimiento de la vía del sector de la vereda La Muleta del municipio de Palestina.

En primer momento realizó un análisis de la acción popular como mecanismo para la protección de los derechos e intereses colectivos, así como el alcance de los derechos

invocados como vulnerados, el goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público, y la prevención de desastres previsibles técnicamente; y, finalmente, un estudio sobre la vulneración de derechos colectivos por falta de pavimentación de vías y la responsabilidad de los municipios.

Seguidamente, relacionó el material probatorio y concluyó que la vía del sector de la vereda La Muleta del municipio de Palestina, exactamente la falda que va de la finca La Julieta bajando por la finca El Poema y llegando a la finca Los Nogales era veredal - terciaria- y hacía parte de la malla vial del ente territorial, y por tanto era este quien tenía a su cargo el mantenimiento y buen funcionamiento.

Consideró que la entidad territorial había sido negligente respecto a los trámites que le correspondía adelantar para que la vía afectada fuera reparada y quedara en óptimas condiciones de transitabilidad a pesar del pedido constante de la comunidad que inició desde el año 2015; y añadió que no se evidenciaba en el proceso que los funcionarios de la alcaldía hubieran realizado una visita técnica al sector para verificar el estado de la carretera.

Resaltó que la comunidad del sector ha sido reiterativa en afirmar que la condición de la vía, al no poder transitar todo tipo de vehículos, afecta el desarrollo de sus actividades económicas, el acceso al sistema de salud y de educación, situación que era relevante porque se estaban poniendo en peligro derechos fundamentales de los ciudadanos del sector, entre ellos, menores de edad.

Declaró entonces la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y a la prevención de desastres previsibles técnicamente, en tanto se requerían con prontitud estudios que determinaran el real daño que sufría la vía y, en consecuencia, se realizaran las intervenciones que solucionara de fondo la problemática.

Se consignó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR que el MUNICIPIO DE PALESTINA - CALDAS, es responsable de la violación de los derechos colectivos "al goce del espacio público" y el "derecho a la prevención de desastres previsibles técnicamente" de la comunidad del sector "La Muleta" - vereda El Reposo.

SEGUNDO: ORDENAR al MUNICIPIO DE PALESTINA, que dentro del término de UN (1) MES, contado a partir de la ejecutoria de este fallo, se adelanten las gestiones de carácter

legal, administrativo y presupuestal para realizar los estudios que se requieran para determinar el daño de la vía del sector de la vereda La Muleta, exactamente en la falda que va de la finca La Julieta bajando por la finca El Poema y llegando a la finca Los Nogales. Una vez realizados los estudios, el MUNICIPIO DE PALESTINA deberá hacer la pertinente apropiación presupuestal en la próxima vigencia fiscal, y realizar las correspondientes obras, de manera que la vía quede en óptimas condiciones de transitabilidad, en un plazo de CUATRO (4) MESES, a partir del momento en que se haga la apropiación presupuestal.

TERCERO: CONFORMAR EL COMITÉ DE VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO de la presente sentencia, así: El Personero Municipal de Palestina - Caldas, quien lo presidirá; la Procuradora 181 Judicial I para Asuntos Administrativos, un representante de la Alcaldía de Palestina y los accionantes. El Comité se reunirá por convocatoria de su Presidente a solicitud de cualquiera de sus miembros, y rendirá informe semestral al Despacho sobre el cumplimiento de esta providencia.

COMUNÍQUESE por parte de la Secretaría la designación realizada en la sentencia, a las personas que se ordena conformen el comité.

CUARTO: SE CONDENA EN COSTAS a favor del actor popular y en contra del Municipio de Palestina, conforme lo expuesto en la parte motiva.

(...).

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

MUNICIPIO DE PALESTINA: presentó recurso de alzada contra la providencia de primera instancia, según documento que en el expediente escaneado se identifica con el #41.

Manifestó que hay una ausencia de legitimación en la causa por pasiva del ente territorial ya que dentro del proceso no quedó acreditado el vínculo entre el municipio de Palestina y la afectación de los derechos colectivos, porque el tramo vial La Muleta es propiedad privada ya que no hace parte del inventario de bienes del municipio ni se incluye en el PBOT de modo que no existe una relación jurídica que legitime al ente territorial, cuestión que impide sea declarado responsable por la violación de los derechos invocados.

Añadió que además hay una indebida valoración probatoria ya que el juzgado dio por probado que el tramo vial objeto de la demanda hace parte del listado de bienes del municipio; pero en el expediente no se encuentra el material probatorio suficiente que

determine la existencia de este hecho, ya que la ubicación del camino La Muleta dentro de la vereda El Reposo no implica que se encuentra incorporado a la malla vial.

Añadió que se debe tener en cuenta el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales en la actividad administrativa, como quiera que el municipio no incurre, ni por acción ni por omisión, en hechos violatorios de derechos colectivos y, por el contrario, ha cumplido sus funciones en forma eficiente; y destacó que para que la administración sea declarada responsable es necesario que se produzca una actuación irregular y un perjuicio en cabeza de los titulares de los derechos, así como la existencia de un nexo causal entre estas, pero en este caso el ente territorial no ha propiciado que se amenacen ni vulneren los derechos colectivos ni fundamentales invocados por los actores populares.

Pidió entonces se revoque la sentencia de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ni la parte demandante ni la parte demandada presentaron alegatos de conclusión en esta instancia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Judicial nro. 29 mediante concepto nro. 17-2023 pidió confirmar la sentencia de primera instancia.

Para fundamentar lo anterior, realizó un análisis de la naturaleza de la acción popular y su procedencia para la protección de los derechos e interese colectivos, y seguidamente un estudio jurídico probatorio.

De lo anterior, desprendió la falta de mantenimiento de la vía vehicular ubicada en el sector La Muleta vereda El Reposo de Palestina, con la consecuente afectación que se genera para la comunidad en el tránsito y movilización vehicular y peatonal, siendo a su juicio evidente la necesidad de que se lleve a cabo la intervención de la mencionada carretera, lo cual constituye el hecho generador de la vulneración a los derechos colectivos

Consideró que se demostró en el proceso la necesidad y pertinencia de que se adelanten proyectos de mejoramiento de la red vial terciaria a través de la construcción de placa huella en áreas rurales del municipio de Palestina, concretamente, en la vía vehicular que es materia de la acción constitucional, como una forma de disminuir el déficit cualitativo de la red vial y contribuir a aumentar los niveles de calidad de vida de los campesinos.

Afirmó que la vía vehicular objeto del proceso es veredal -terciaria- y hace parte de la malla vial del municipio de Palestina, y, por tanto, el ente territorial tiene a su cargo el mantenimiento y buen funcionamiento de la misma. Así mismo, según las pruebas obrantes en el proceso, se llegaba a la conclusión que no se han ejecutado las obras públicas tendientes a garantizar que la mencionada vía se encuentre en óptimas condiciones de transitabilidad.

En cuanto a los argumentos que sustentan el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Palestina, precisó: (i) que era infundado el argumento relativo a la ausencia de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que le correspondía al municipio construir, conservar y realizar el mantenimiento de la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean de su propiedad; (ii) que tampoco le asistía razón al municipio cuando afirmaba que en el expediente no reposaba material probatorio que acreditara que la carretera se encontraba incorporada en su malla vial, toda vez que las pruebas documentales allegadas, concretamente, el oficio DS 1232 del 22 de agosto de 2022 emitido por el secretario de Infraestructura del departamento de Caldas, sí acreditan ese hecho. Además, el municipio no aportó pruebas que demostraran que la carretera estuviere ubicada en un predio privado.

Consideró que en este caso se daban los presupuestos para la prosperidad de las pretensiones, y se estructuraban los elementos para declarar responsable al ente territorial por la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente de la comunidad del sector La Muleta vereda El Reposo de Palestina, al acreditarse en el proceso que la vía vehicular que es materia de esta acción constitucional requiere una intervención para mejorar sus condiciones de transitabilidad; así mismo, porque concurrían las condiciones para impartir las órdenes tendientes a su protección, las cuales debían ser cumplidas por el ente territorial, en el ámbito de sus funciones y competencias constitucionales y legales, posición que se encuentra sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso y se ajusta a las reglas definidas por el Consejo de Estado sobre la naturaleza y finalidad de la acción popular.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la *litis*.

Problema Jurídico

1. ¿Quedó acreditado en el proceso que la vía ubicada en el sector La Muleta está a cargo del municipio de Palestina?

En caso positivo,

2. ¿Se demostró la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y a la prevención de desastres previsibles técnicamente por parte del municipio de Palestina en atención al estado de la vía ubicada en el sector La Muleta?

Lo probado en el proceso

- Peticiones presentadas por los vecinos de La Muleta al municipio de Palestina que datan del 6 de abril de 2015, 4 de abril de 2016 y el 15 de mayo de 2017, relacionados con la situación de las huellas que conducen de la finca La Julieta a la finca Los Nogales.

- Oficios de la Alcaldía de Palestina identificados como SP No. 67 del 28 de febrero de 2017 y DA No. 247 del 27 de mayo de 2017.

En el primer documento se informa sobre la solicitud de placas huellas, que la administración municipal estaba adelantando gestiones ante entes departamentales y nacionales para la consecución de recursos; y que en la vigencia 2017 se había celebrado convenio interadministrativo con INVIAS para la construcción de las mismas en la vereda El Reposo. Que, además, la gobernación realizó proyecto de mejoramiento de vías para La Paz. Y, finalmente, que la administración adelantaba gestiones para la consecución de recursos para atender las necesidades de la comunidad.

En el segundo oficio se manifestó a los vecinos de La Muleta, que la administración municipal estaba realizando las respectivas gestiones ante los entes departamentales para la consecución de recursos para la construcción de placas huellas en el municipio, y que en el momento ya se tenían unos puntos críticos para la ejecución del proyecto en una primera etapa, por lo que se tendría en cuenta el sitio al que se hacía referencia.

- Oficios de la Secretaría de Infraestructura del departamento de Caldas del 19 de febrero de 2018 y del 02 de enero de 2019, en los cuales se informa a los peticionarios que su solicitud relacionada con la vía que conduce de la finca La Julieta hasta los Nogales fue trasladada a la Alcaldía de Palestina por ser de su competencia.

- Al momento de realizarse la audiencia de pacto de cumplimiento el municipio de Palestina aportó certificación en la cual se deja constancia por parte del secretario de Planeación y Desarrollo Integral así como el almacenista general del ente territorial que *“La vía la MULETA, LA JULIETA y LAS AMÉRICAS en el sector de la FINCA EL POEMA y FINCA LOS NOGALES, no se encuentra dentro del inventario vial establecido en el Plan Básico de Ordenamiento Territorial y a su vez dentro del inventario de Bienes Inmuebles del Municipio no registra como propiedad del municipio, por tal motivo se determina que tal vía es propiedad privada, estableciéndose como una servidumbre de uno de los predios”.*

- En respuesta a prueba de oficio decretada por el juzgado que tramitó la primera instancia, frente al punto atinente a informar si sobre la carretera que se ubica en la vereda La Muleta de dicho municipio por parte del ente territorial se habían dispuesto recursos para su construcción, mantenimiento y/o reparación, se respondió por parte del alcalde de Palestina que:

Es preciso hacer relación que el Municipio de Palestina Caldas ha invertido recursos con la finalidad de construir y/o reparar las vías terciarias del territorio, generalmente dichas obras se han realizado con ayuda del Gobierno Nacional y/o Departamental, efectuando convenios entre las entidades públicas, que permitan llevar a cabo los proyectos mencionados.

La administración Municipal, es la entidad más interesada en acceder a dichos proyectos, ya que los mismos mejoran la calidad de vida de nuestros habitantes ubicados en zona rural, permitiendo una mejor intercomunicación entre las zonas veredales y la cabecera municipal, así mismo permite el desarrollo económico y el crecimiento del campo.

Sin embargo, Palestina Caldas es un Municipio de sexta categoría, por lo cual carece de recursos para construir placa huella, pavimentar o reparar todas las vías terciarias pertenecientes al territorio, aunado a ello el hecho de que el Municipio, cuenta con una amplia extensión en zona rural.

Para el caso puntual de la vereda La Muleta, el Municipio en años anteriores ha ejecutado obras, aproximadamente en el año 2013-2014 se realizó una construcción de placa huella en dicho sector; en la actualidad el Municipio se encuentra realizando gestiones con la finalidad de invertir recursos en las vías terciarias, ya sea en el sector relacionado o en otros sectores que igualmente requieren de mantenimiento y/o construcción de las vías.

- Video realizado por el Personero del municipio de Palestina donde se observa el estado de la vía objeto de la presente acción popular, indicando que son imágenes del tramo que va de la finca La Julieta hacia la finca El Poema.

- 4 videos de personas habitantes del sector de La Muleta que se pronuncian sobre el estado de la vía objeto de la presente acción popular.

- Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Palestina -Acuerdo 160 de 1999.

- Convenio Interadministrativo nro. 882 de 2017 suscrito entre el INVIAS y el municipio de Palestina cuyo objeto era *"El mejoramiento y mantenimiento de la vía El Reposo – Los Lobos en el Municipio de Palestina"*, el cual tenía un plazo de ejecución entre la orden de iniciación y el 31 de diciembre de 2017.

- Oficio DS 840 del 03 de diciembre de 2020 de la secretaría de Infraestructura del departamento de Caldas que dio respuesta a prueba de oficio decretada por el juez de primera instancia, relacionada con informar si la administración municipal de Palestina había gestionado ante el departamento la consecución de recursos o de otro tipo con el fin de mejorar las vías que son de su competencia, concretamente la que atravesaba la vereda El Reposo, sector La Muleta, frente a lo cual se respondió lo siguiente:

La administración municipal de Palestina Caldas, ha gestionado recursos ante la Gobernación de Caldas para la celebración de convenio denominados uno a uno cuyo objeto es Aunar esfuerzos para la construcción de placas huellas en vías terciarias del municipio de Palestina Departamento de Caldas. En ejecución de esta, se indicó por parte del municipio que el tramo a intervenir se encuentra ubicado en la vereda los Alpes, sector Magallanes, zona rural de dicha municipalidad. Para el tramo vial que atraviesa la vereda El Reposo, sector la Muleta no se han asignado recursos por parte de este despacho.

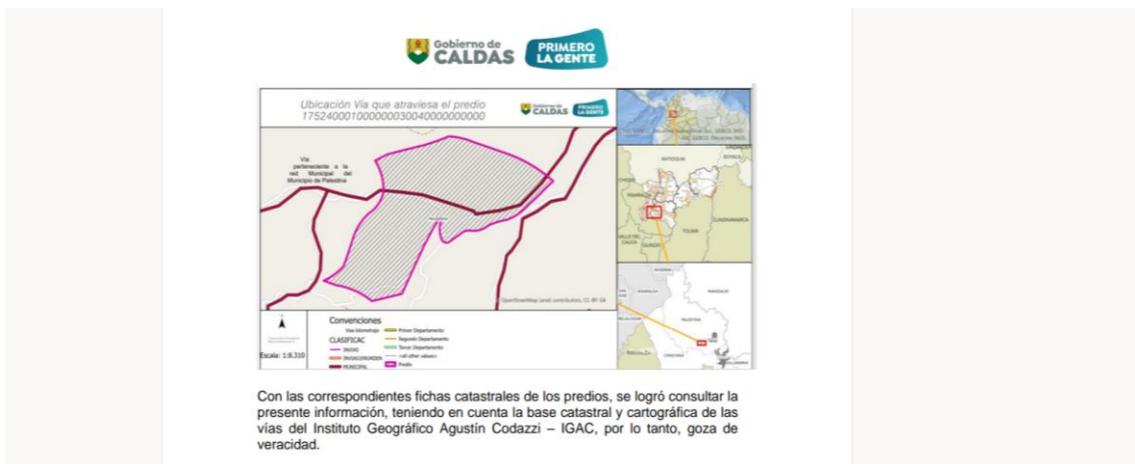
- Convenio Interadministrativo nro. 13092020-0784 de 2020 suscrito entre el departamento de Caldas y el Municipio de Palestina cuyo objeto era *"Aunar esfuerzos para la construcción de placas huellas en vías terciarias del municipio de Palestina"*, cuyo plazo de ejecución era desde la suscripción del acta de inicio y hasta el 30 de noviembre de 2020.

- Oficio DT-CAL 49184 del 02 de diciembre de 2020 del INVIAS, mediante el cual dio respuesta a prueba de oficio decretada por el despacho de primera instancia, relacionada con allegar convenio interadministrativo celebrado en el año 2017 con el municipio de Palestina para la construcción de placa huellas en concreto en la vereda El Reposo y si de ella hacia parte el sector La Muleta, frente a lo cual manifestó que *"Esta entidad desconoce el sector conocido como "La Muleta", así mismo, es pertinente hacerle saber que la vía EL*

REPOSO – LOS LOBOS en el MUNICIPIO DE PALESTINA – CALDAS, no hace parte de la red terciaria a cargo del Instituto Nacional de Vías”.

- Oficio DT-CAL 26611 del 12 de mayo de 2022 suscrito por el Director Territorial Caldas del INVIAS, informando que la vía que atraviesa la vereda El Reposo, sector de La Muleta, concretamente entre las fincas La Julieta, pasando por El Poema, hasta Los Nogales, del municipio de Palestina no hacía parte de su inventario vial, ya que la única vía terciaria que tiene a cargo en ese ente territorial es la denominada “Santagueda – La Esmeralda”, y que desconoce a que persona jurídica o natural pertenece la misma.

- Oficio DS 1232 del 22 de agosto de 2022, mediante el cual el secretario de Infraestructura del departamento indica frente a la vía objeto de la acción popular que “(...) como se logra evidenciar en la imagen adjunta, que la vía que nos ocupa en la presente diligencia hace parte de la malla vial del Municipio de Palestina”.



Solución al primer problema jurídico

¿Quedó acreditado en el proceso que la vía ubicada en el sector La Muleta está a cargo del municipio de Palestina?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que en este caso se demostró que el ente territorial es el titular de la vía objeto de la acción popular.

En la sentencia de primera instancia se declaró la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y a la prevención de desastres previsibles técnicamente por parte del municipio de Palestina; y para proteger los mismos se ordenó al ente territorial que dentro del término de un mes, contado a partir de la ejecutoria del fallo, adelantara las gestiones de carácter legal, administrativo y presupuestal para realizar los estudios que se requirieran para determinar el daño de la vía del sector de la vereda La Muleta,

exactamente en la falda que va de la finca La Julieta bajando por la finca El Poema y llegando a la finca Los Nogales. Y una vez realizados los estudios, debía hacer la pertinente apropiación presupuestal en la próxima vigencia fiscal, y realizar las correspondientes obras de manera que la vía quedara en óptimas condiciones de transitabilidad, para lo cual otorgó un plazo de 4 meses, a partir del momento en que se hiciera la apropiación presupuestal.

El municipio de Palestina apeló el fallo y, en síntesis, argumentó que se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva ya que la vía objeto de la acción popular no hace parte del inventario de bienes del ente territorial, y en tal sentido no existe obligación alguna de ejecutar obras; sumado a que no se acreditó que haya vulnerado algún derecho colectivo por acción u omisión.

Adentrándose al fondo del asunto, y sobre este medio de control, el artículo 88 de la Constitución Política dispone en su inciso primero:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

El artículo reproducido fue desarrollado por la referida Ley 472 de 1998, que en su artículo 2 estableció que las acciones populares *“Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”*; que *“Se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”*.

El artículo 9 de la disposición citada preceptúa que *“Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”*; acción que, a voces del artículo citado, *“Podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo”*.

De acuerdo a lo anterior, se tienen como elementos necesarios para la procedencia de la acción popular los siguientes:

- a) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.

b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos e intereses.

c) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

d) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

e) La titularidad para su ejercicio, como su nombre lo indica, está dada por su naturaleza popular, por lo tanto, puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998.

Al descender al caso concreto y revisar nuevamente el material probatorio relativo a la titularidad de la vía, se encuentra que al momento de realizarse la audiencia de pacto de cumplimiento el ente territorial aportó un certificado en el que aduce que dentro de su inventario de inmuebles no registra como propiedad la vía La Muleta, La Julieta y las Américas en el sector de la finca El Poema y la finca Los Nogales, por lo que llega a la conclusión que la misma es propiedad privada, estableciéndose como una servidumbre de uno de los predios.

Es claro que la anterior ha sido la postura del ente territorial durante todo el trámite del proceso.

Sin embargo, hay varios puntos que llaman la atención frente a esta aseveración. El primero está relacionado con lo también indicado por el municipio al momento de dar respuesta a los derechos de petición presentados por la comunidad, al afirmar que se encontraba realizando gestiones ante entes departamentales y nacionales para conseguir recursos para la construcción de placas huellas en el municipio, incluso que se había celebrado un convenio con el INVIAS para la construcción de placas huellas en la vereda El Reposo. Es decir, nunca se le manifestó a la comunidad que la vía no estuviera a su cargo.

El segundo punto tiene que ver con lo consignado en el Plan Básico de Ordenamiento Territorial, en el cual se establece en su artículo 59 que hace parte de la red vial secundaria, área rural, V1R1 - anillo entre la vía a La Plata – El Reposo – Las Palomas. Dentro del proceso

se ha expuesto que la zona de La Muleta, donde se encuentra la vía objeto de la demanda, hace parte de la vereda El Reposo.

Y el tercer punto, para darle más claridad al asunto, tiene que ver con la prueba de oficio que se decretó en primera instancia para que el departamento de Caldas informara si la vía que atravesaba la vereda El Reposo, sector de La Muleta, concretamente entre las fincas La Julieta, pasando por El Poema, hasta Los Nogales, del municipio de Palestina, hacía parte de la malla vial del ente territorial, del departamento o de la nación, o si por el contrario era de propiedad privada.

Fue así como se recibió respuesta por parte de la secretaría de Infraestructura del departamento, en la cual, con base en las coordenadas del sector y las fichas catastrales de los predios, se determinó que la misma hacía parte de la malla vial del municipio de Palestina.

Así las cosas, de conformidad con este material probatorio, se comparte la conclusión a la que arribó la juez de primera instancia, en el sentido que la carretera objeto de esta acción popular hace parte de las vías que se encuentran a cargo del ente territorial.

Segundo problema jurídico

¿Se demostró la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y a la prevención de desastres previsibles técnicamente por parte del municipio de Palestina en atención al estado de la vía ubicada en el sector La Muleta?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que la parte demandante no acreditó de ninguna manera que el municipio de Palestina se encuentre vulnerando o amenazando con ocasión del estado de la vía ubicada en el sector La Muleta algún derecho colectivo.

En el presente caso se invocaron como vulnerados los derechos colectivos a:

Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

a) El goce de un ambiente sano

(...)

d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

(...)

g) La seguridad y salubridad públicas;

(...)

l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;

m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de

manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;

(...)

PARAGRAFO. *Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley.*

En la sentencia de primera instancia únicamente se ampararon los derechos al goce del espacio público y a la prevención de desastres previsibles técnicamente.

Para llegar a esa decisión, se argumentó que la comunidad del sector había sido reiterativa en afirmar que la condición de la vía, al no poder transitar todo tipo de vehículos, afectaba el desarrollo de sus actividades económicas, el acceso al sistema de salud y de educación, situación que se afirmó en el fallo era relevante para el despacho, pues se estaban poniendo en peligro derechos fundamentales de los ciudadanos del sector, entre ellos menores de edad.

En lo que respecta a la autoridad competente en la pavimentación de las vías, se tiene que la Constitución Política de 1991, establece:

ARTÍCULO 311. Al Municipio como entidad fundamental de la división político administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.

El artículo 6° de la Ley 1551 de 2012, por la cual se dictan normas para modernizar la organización y funcionamiento de los municipios señala:

*Artículo 6°: El artículo 3 de la Ley 136 de 1994 quedará así:
Artículo 3° Funciones de los municipios. Corresponde al municipio:*

[...]

23. En materia de vías, los municipios tendrán a su cargo la construcción y mantenimiento de vías urbanas y rurales del rango municipal. Continuarán a cargo de la Nación las vías urbanas que formen parte de las carreteras nacionales y del Departamento las que sean Departamentales.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 82 de la Carta Política, es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

El espacio público viene definido en el artículo 5° de la Ley 9ª de 1989 como:

(...) el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de las necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, entre otros.

La Ley 388 de 1997, también asigna dentro de las funciones de los municipios las siguientes:

ARTICULO 8o. ACCIÓN URBANÍSTICA. La función pública del ordenamiento del territorio municipal o distrital se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades distritales y municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. Son acciones urbanísticas, entre otras:

[...]

9. Dirigir y realizar la ejecución de obras de infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos públicos, directamente por la entidad pública o por entidades mixtas o privadas, de conformidad con las leyes. (...).

De manera concreta la Ley 715 de 2001, que derogó la Ley 60 de 1993, dispone:

Artículo 76. Competencias del municipio en otros sectores. Además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los Municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o

cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias:

6.4. En materia de transporte

76.4.1. Construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias, fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, en la medida que sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos directa o indirectamente. Las vías urbanas que forman parte de las carreteras nacionales seguirán a cargo de la Nación.

Conforme la normativa en cita, es claro que compete a los municipios la construcción y mantenimiento de vías tanto rurales como urbanas que estén a su cargo, y que el derecho al goce del espacio público se protege cuando se garantiza que estas estén en condiciones adecuadas para ser utilizadas por la comunidad.

En relación con el derecho colectivo a la prevención de desastres previsibles técnicamente, el Consejo de Estado en Sala Plena - Sala Quince Especial de Decisión – en providencia del diez (10) de marzo de dos mil veintiuno (2021) dictada dentro del proceso con radicado 66001-33-31-003-2009-00225- 01 (AP)REV explicó:

El derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente ha sido objeto de análisis por esta Corporación¹ en los siguientes términos:

“[...] Proclamado por el literal l) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, este derecho, orientado a precaver desastres y calamidades de origen natural o humano, busca garantizar por vía de la reacción -ex ante- de las autoridades la efectividad de los derechos y bienes jurídicos reconocidos por la Constitución a las comunidades y a las personas y la conservación de las condiciones normales de vida en un territorio. Por esto demanda de los entes públicos competentes la adopción de las medidas, programas y proyectos que resulten necesarios y adecuados para solucionar de manera efectiva y con criterio de anticipación (y no solo de reacción posterior a los desastres, como es habitual en las actuaciones de policía administrativa) los problemas que aquejan a la comunidad y que amenazan su bienestar, integridad o tranquilidad y que resultan previsibles y controlables bien por la simple observación de la realidad, bien por medio de la utilización de las ayudas técnicas de las que hoy dispone la Administración Pública. De ahí que esta Sección haya destacado el carácter preventivo de este derecho

¹ Sección Primera. C.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés. Sentencia de 18 de mayo de 2017. Radicación número: 13001-23-31-000-2011-00315-01(AP).

haciendo énfasis en su vocación de evitar la consumación de los distintos tipos de riesgo que asedian al hombre en la actualidad, ya no solo naturales (v. gr. fuego, deslizamientos de tierra, inundaciones, sequías, tormentas, epidemias, etc.), sino también –cada vez más– de origen antropocéntrico (v.gr., contaminación del ambiente, intoxicaciones o afectaciones a la salud, destrucción o afectación de la propiedad privada o pública por accidentes, productos, actividades o instalaciones). Pese al talante preventivo de este derecho colectivo, nada obsta para que su amparo pueda presentarse también ante situaciones que ya no solo constituyen riesgos sino vulneraciones concretas de los derechos e intereses reconocidos por la Constitución y la ley a la comunidad y a las personas que la conforman, y que, por ende, ameritan la intervención del Juez Constitucional. En últimas, tanto la prevención como la protección, corrección y restitución de estos derechos frente a situaciones que los afectan constituyen objetivos propios de las acciones populares; a las que, como se mencionó líneas arriba, es inherente una dimensión preventiva, protectora, reparadora y restitutoria de los derechos que amparan.

[...]

Supone, entonces, una Administración Pública activa, técnica y comprometida con la asunción permanente de sus responsabilidades y con el monitoreo constante de aquellos ámbitos de la vida diaria que están bajo su cargo, como presupuesto de la actuación anticipada o preventiva (y también reactiva) que instaura como estándar de sus actuaciones. No se puede olvidar que es misión de las autoridades realizar las acciones y adoptar las medidas que resulten indispensables para garantizar la vida e integridad de los residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y, en general, el conjunto de derechos de los que son titulares; para lo cual es esencial su compromiso con la prevención de situaciones de amenaza o vulneración de esos derechos, en especial cuando ellas son susceptibles de ser anticipadas mediante la fiscalización permanente de la realidad y la adopción oportuna de las medidas pertinentes para asegurar la efectividad de los derechos, bienes e intereses de la comunidad y de sus miembros. Todo ello, lógicamente, en un marco de razonabilidad y de proporcionalidad, pues mal puede suponer la imposición a la Administración de obligaciones imposibles de cumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales [...]" (Destacado de la Sala).

53. En suma, el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles está íntimamente relacionado con el cumplimiento de uno de los fines del Estado (artículo 2 de la Constitución Política), consistente en "[...] servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución [...]" en el sentido que propende por que las autoridades públicas adopten medidas, programas y proyectos de carácter preventivos que resulten

necesarios y adecuados para salvaguardar, de manera efectiva, los derechos de la comunidad que resulten amenazados por previsibles desastres naturales o antrópicos.

Adentrándose al fondo del asunto, la parte actora afirmó en la demanda que las condiciones de la vía hacen que sea peligroso movilizarse de manera vehicular y peatonal, lo que genera no solo que los habitantes del sector pongan en riesgo su integridad física, sino que además limita sus desplazamientos diarios para ir a estudiar, trabajar, asistir a citas médicas, vender sus productos, entre otros, porque el mal estado de la vía imposibilita desplazarse a algún lugar.

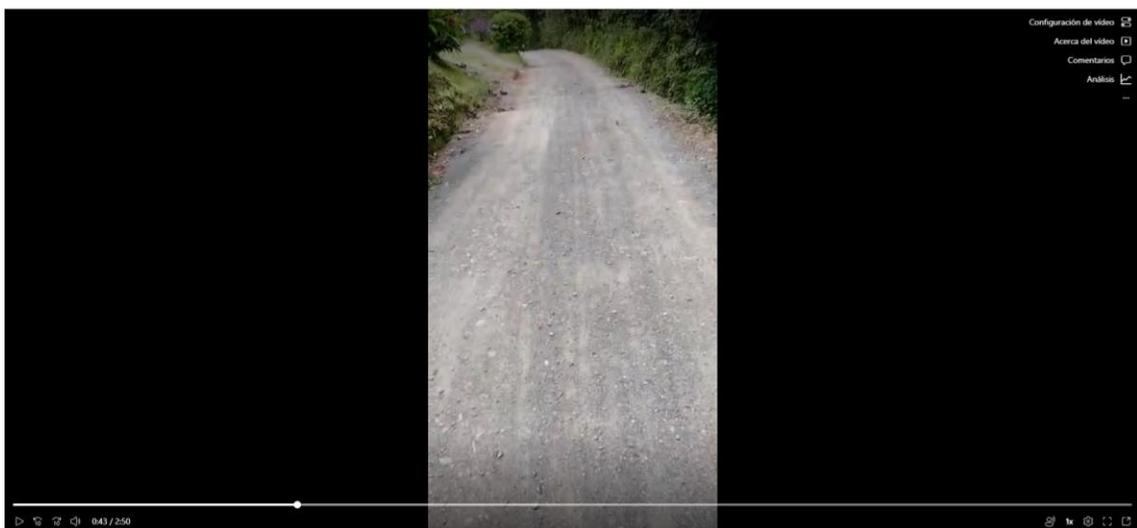
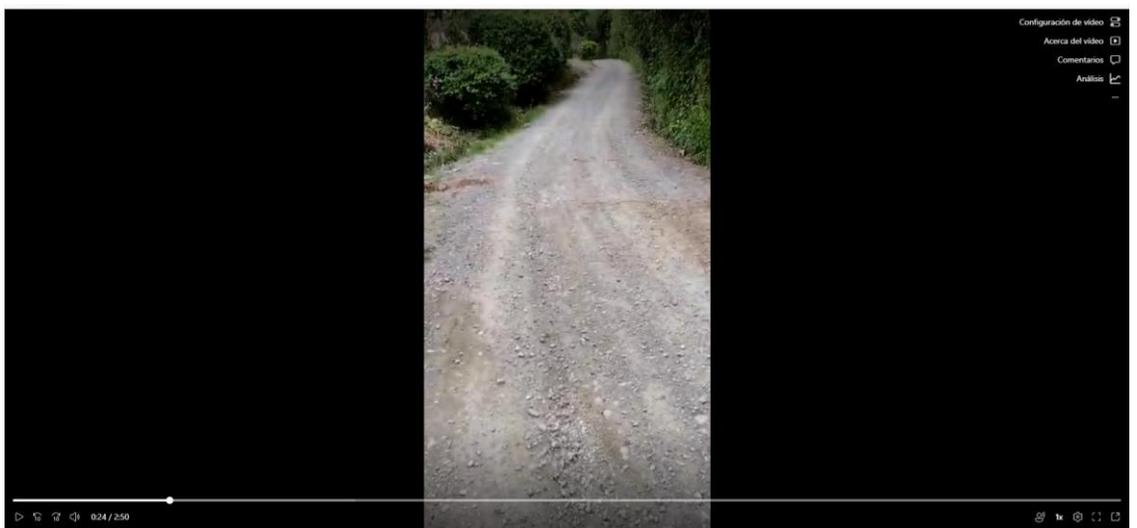
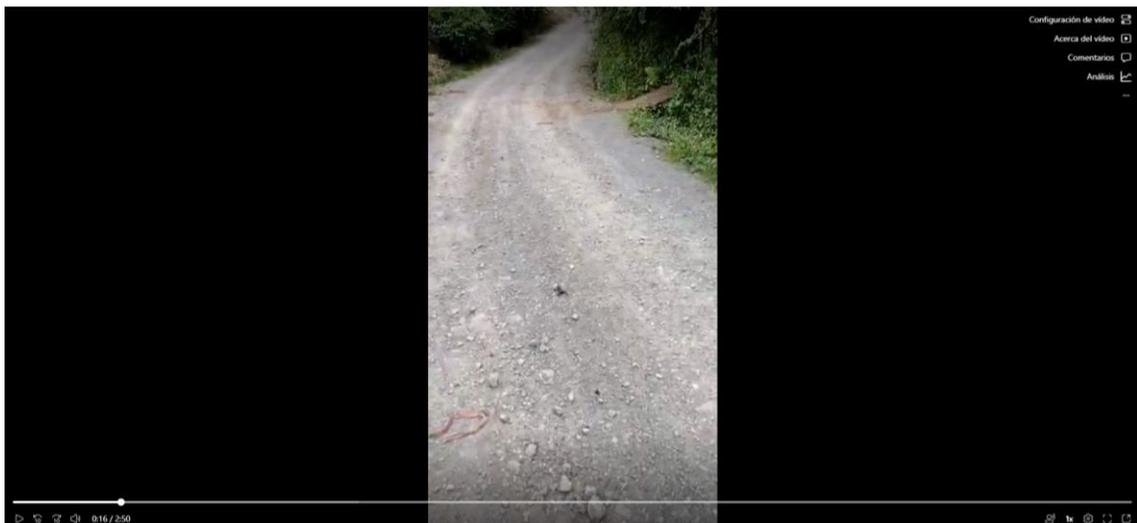
A pesar de explicarse lo anterior por los demandantes, debe destacarse que la parte actora, a juicio de esta Corporación, no desplegó una actividad probatoria tendiente a respaldar sus afirmaciones en torno a las dificultades que presenta la comunidad para circular por la vía, pues las únicas pruebas que aportó fueron los derechos de petición que presentó a la administración municipal y las respuestas que obtuvo a los mismos.

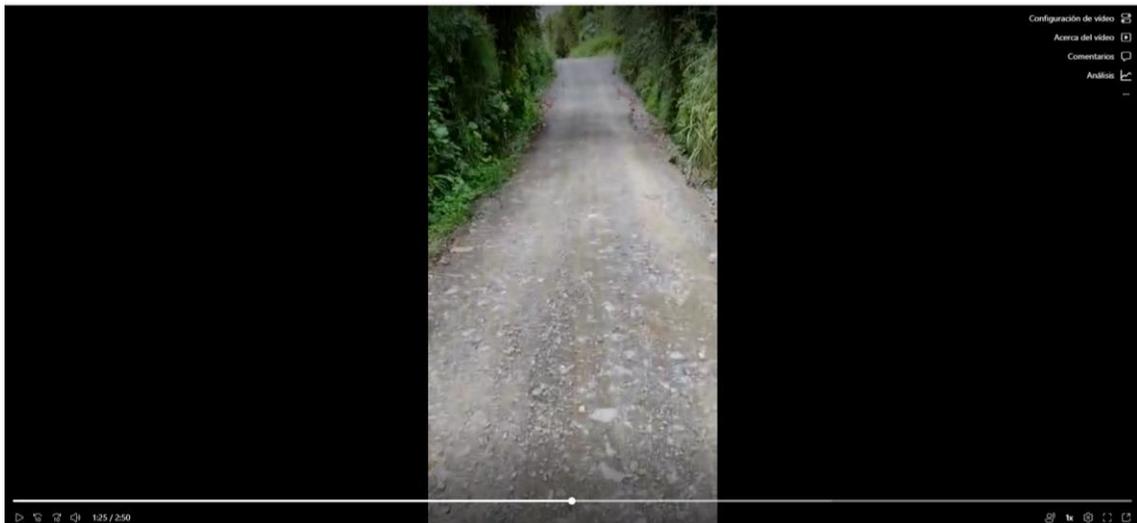
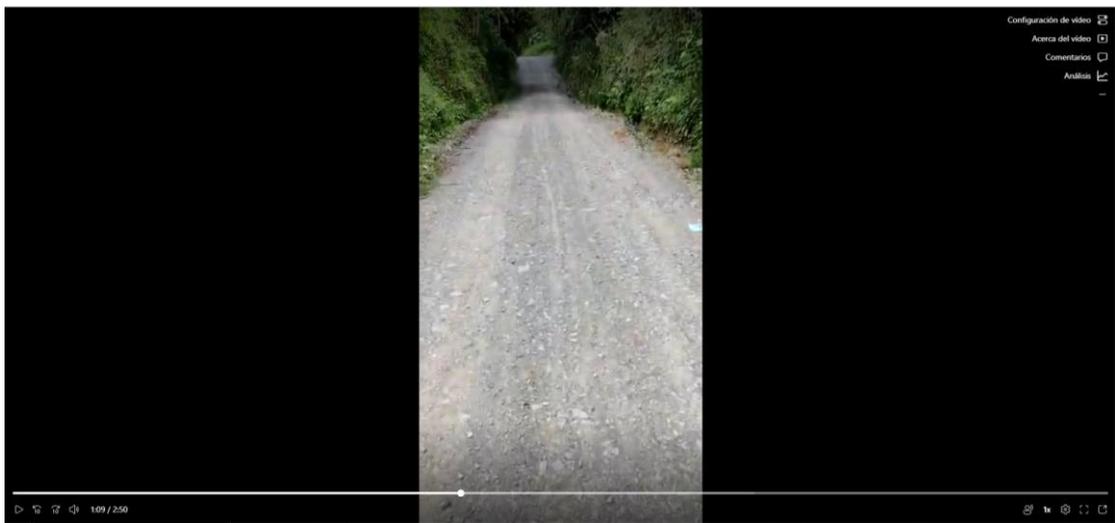
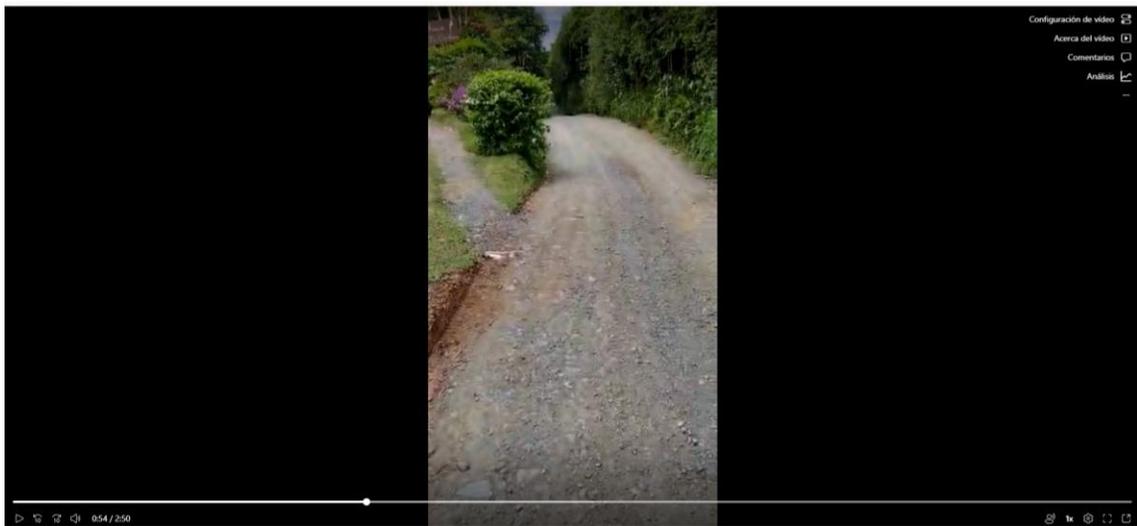
En el escrito de la demanda se solicitó se realizara una inspección judicial al lugar objeto de la acción popular con el fin de comprobar el estado de la vía, pero al momento de emitirse el auto de pruebas la juez optó por no decretar este medio probatorio sino solicitar al Personero del municipio de Palestina que realizara un recorrido por la vía e hiciera un vídeo en el que se pudiera observar el estado de la misma.

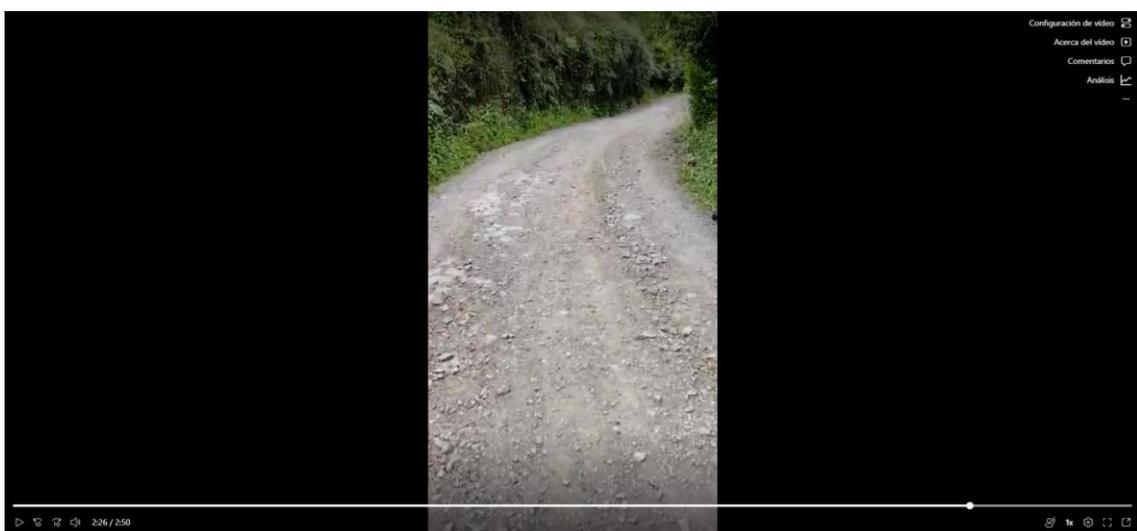
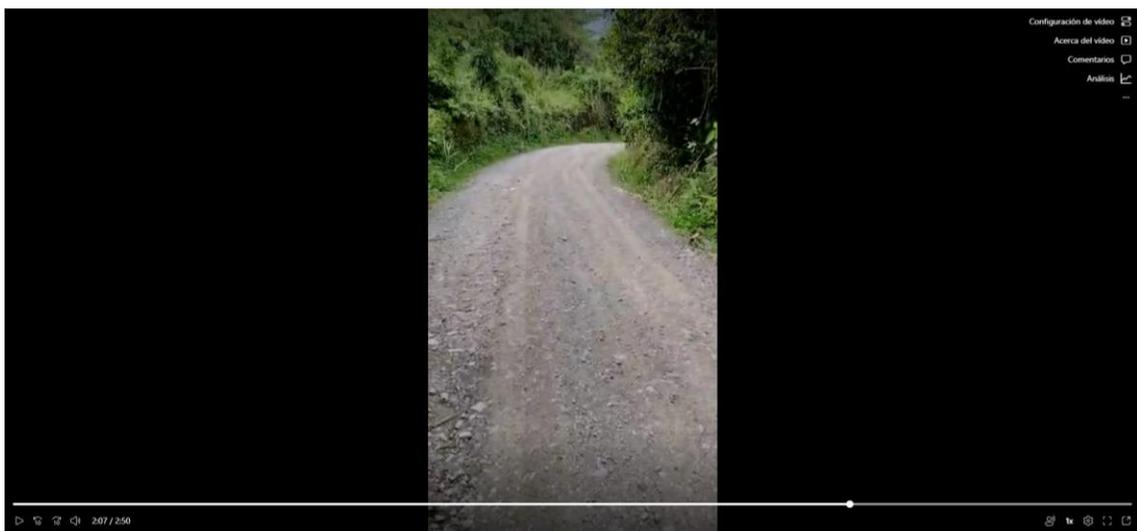
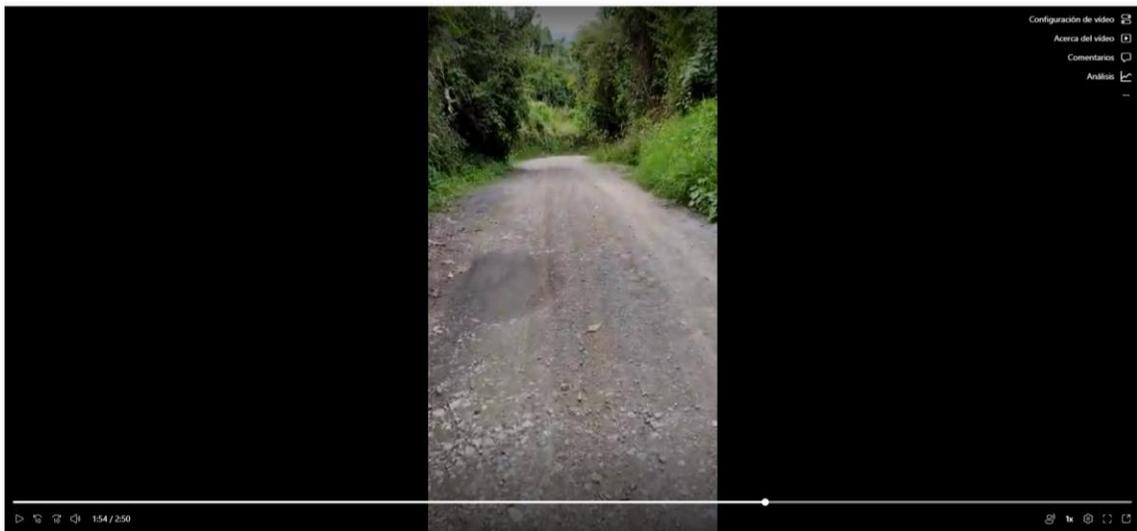
Respecto a esta prueba debe advertirse que la misma no se puede valorar como inspección judicial o como dictamen pericial, ya que no se decretó de esta manera y tampoco cumple con las formalidades de ley propias de estos medios probatorios.

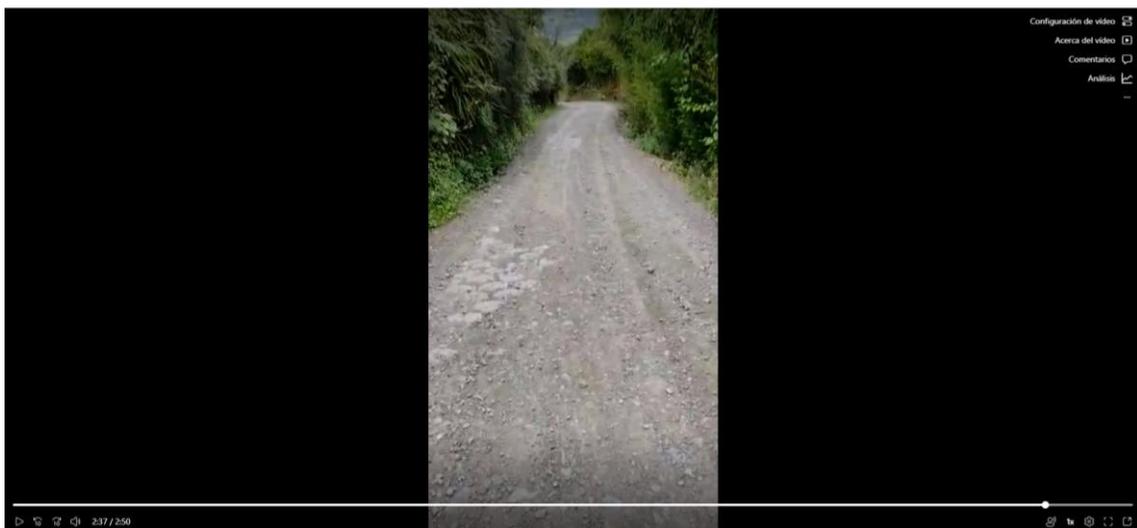
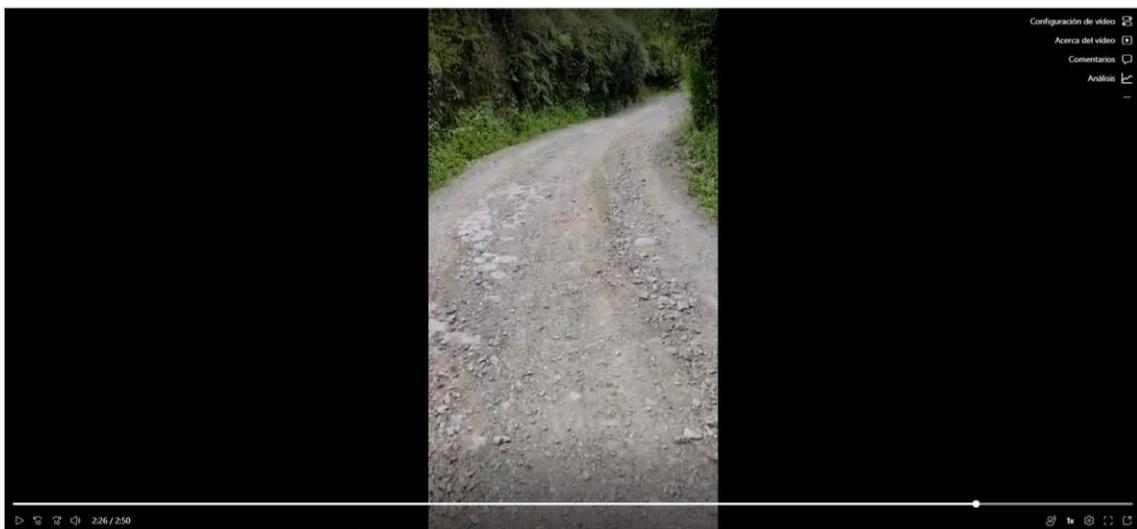
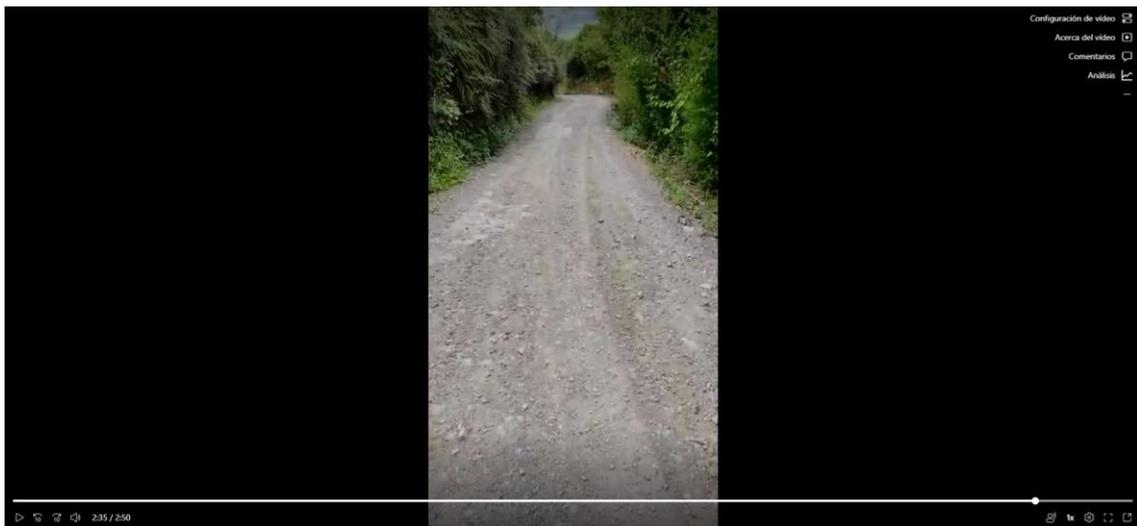
Sin embargo, al tenor del artículo 243 del CGP, este vídeo puede valorarse como prueba documental, al evidenciar que esta norma, frente a este asunto, enlista las distintas clases de documentos, encontrando entre ellos las videograbaciones.

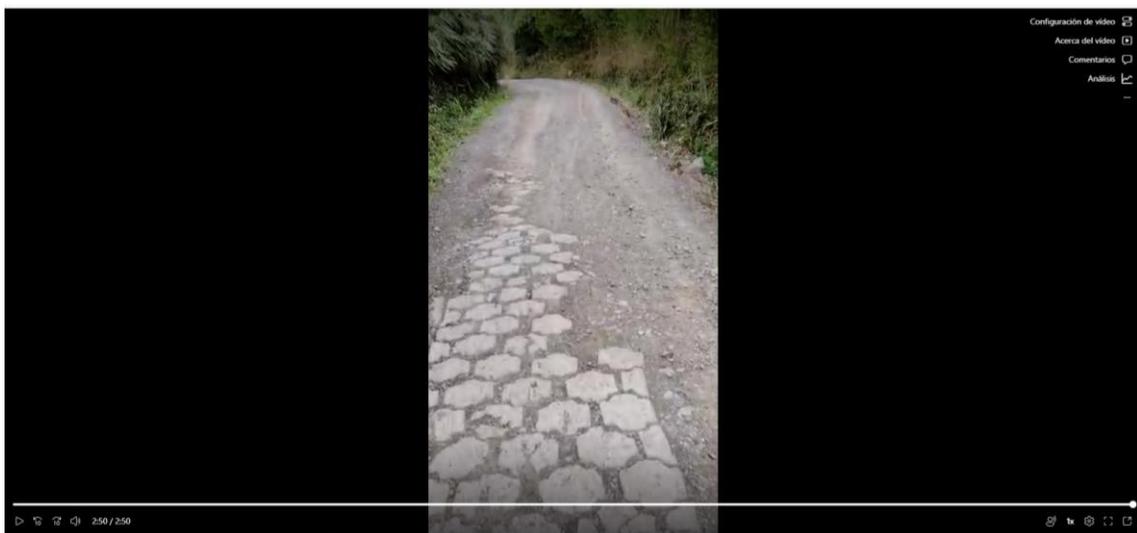
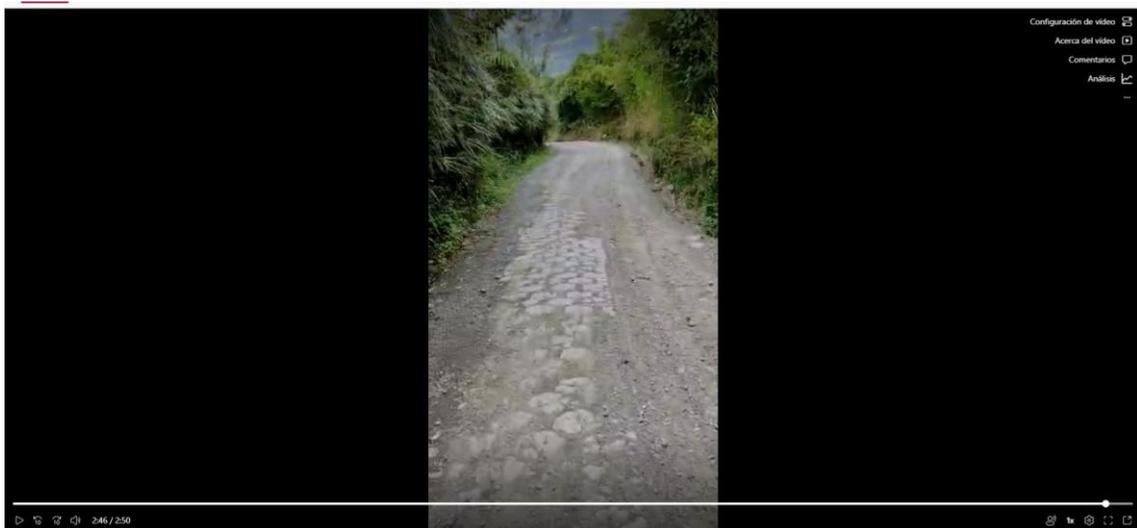
En la grabación realizada por la Personería se aprecia el estado de la vía que va de la finca La Julieta hacía la finca El Poema, observando que se trata de una carretera en afirmado, sin advertirse anomalías en la misma, tal como se desprende de estas imágenes que se extraen del archivo #17 del expediente digital de primera instancia:











Pese a que se afirma que la vía es peligrosa y presenta dificultades para la movilización de las personas y los vehículos, para esta Sala la carretera a la que se hace mención, y que se observa en el vídeo, se encuentra en condiciones aptas para circular, ya que no se aprecian baches, grietas, desniveles, obstáculos, laderas con riesgo de deslizamiento u otros elementos o situaciones que generen peligro, lo que lleva a que no pueda concluirse de manera clara las dificultades que se aduce presenta la comunidad del sector, como se afirmó en el fallo de primera instancia.

En este punto debe resaltarse que faltó actividad probatoria de la parte demandante para demostrar cuál específicamente era la situación que generaba los problemas de transitabilidad que están ligados al estado o condición de la vía; debiendo precisar que no se puede llegar al punto de pensar que las únicas carreteras que son aptas para la circulación de carros, motos o personas son las que están pavimentadas o con placas huellas.

Y es que la acción popular, como cualquier trámite judicial, impone el deber a la parte demandante de soportar sus afirmaciones con pruebas, que en este caso pudieron ser, por ejemplo, testimonios de los residentes del sector de los cuales se pudiera conocer aspectos como quiénes son los habitantes del lugar; hacía donde conduce la vía; cuantas fincas o predios se sirven de la misma; si hay colegios, escuelas, centros médicos ubicados en el lugar; los accidentes que se han presentado; las dificultades que se tienen de circulación; entre otros aspectos; pero nada de eso quedó soportado en este proceso, y son esos puntos precisamente los que tendrían que ver con la vulneración de los derechos colectivos que se protegieron en primera instancia, como el goce del espacio público y la prevención de desastres previsibles técnicamente.

Aunque en el expediente reposa una carpeta contentiva de 4 vídeos en los que se aprecian imágenes de la carretera e intervenciones de quienes dicen ser habitantes del sector (3 personas), lo cierto es que su valor probatorio se ve limitado porque no se advierte de qué fecha datan los mismos; el nombre y la identificación con cédula de las personas que hacen la narración; a qué parte específicamente de la vía se refieren; qué sector de la vereda habitan; y no informan de manera clara cuáles son las situaciones de anomalía que se presentan en la carretera, entre otros aspectos que permitan tenerlos como respaldo de la vulneración de derechos colectivos.

El artículo 30 de la Ley 472 de 1998 dispone:

ARTICULO 30. CARGA DE LA PRUEBA. *La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella.*

En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

Así las cosas, corresponde a la parte actora la carga de acreditar los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda, y es claro que la omisión en el cumplimiento de esta trae consigo posibles consecuencias desfavorables, como una sentencia que niegue las pretensiones de la demanda.

Es de precisar que en este caso no se evidencia una justificación razonable que hubiese relevado a la parte actora del cumplimiento de la carga procesal de acreditar los hechos

que, a su juicio, vulneran o amenazan los derechos e intereses colectivos, máxime porque como se indicó pudo solicitar testimonios para acreditar los perjuicios que se causan a la comunidad con el supuesto mal estado de la vía; o haber aportado fotografías del sitio de los hechos con una explicación clara de cuál es el inconveniente que se presenta en la carretera, bien sea por su falta de placas huellas o su condición topográfica, porque del vídeo realizado por la personería solo puede concluirse que la vía es apta para el tránsito de vehículos y personas.

Y es que, frente a la carga de la prueba en acciones populares, el Consejo de Estado ha indicado²:

Sea lo primero manifestar que según el artículo 30 de la Ley 472, en materia de acciones populares, la carga de la prueba la tiene la parte actora, pues no basta con indicar que determinados hechos violan los derechos e intereses colectivos para que se tenga por cierta su afectación o vulneración, ya que el demandante tiene la carga procesal de demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones.

Al respecto, esta Sección ha reiterado que la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado, pues tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por la parte actora.

Aunque en este caso se acreditó que la vía objeto de la acción popular está a cargo del municipio de Palestina, para este Tribunal no quedó demostrada la vulneración o amenaza de los derechos colectivos invocados por la parte demandante y protegidos por el juez de primera instancia, por lo que se revocará la sentencia del 26 de septiembre de 2022, y en su lugar se negarán pretensiones.

Conclusiones

La sentencia de primera instancia será revocada para declarar que el municipio de Palestina, aunque es el titular de la vía ubicada en el sector de La Muleta, no ha incurrido en acción u omisión que genere la vulneración o amenaza de los derechos colectivos al goce del espacio público y a la prevención de desastres previsibles técnicamente invocados

² Sección Primera, veintitrés (23) de enero dos mil veinte (2020) - Radicación número: 15001-23-33-000-2015-00316-01(AP)

en la demanda, pues no se acreditó de ninguna manera de qué forma se afecta la comunidad por el estado de la vía.

Costas

De conformidad con lo previsto en los artículos 38³ de la Ley 472 de 1998 y 365 del Código General del Proceso, y en atención al criterio sostenido por la Sala Especial de Decisión nro. 27 en providencia del 6 de agosto de 2019⁴, a través del cual se unificó la jurisprudencia de la Corporación respecto de la condena en costas procesales en acciones populares, no se condenará a este rubro, toda vez que no hubo actuación de las partes ante este Tribunal.

Es por lo expuesto que **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 26 de septiembre de 2022, dentro del medio de control de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS** promovido por **DUVÁN ANTONIO VILLA BEDOYA Y JUAN CARLOS PRIETO** contra el **MUNICIPIO DE PALESTINA**.

En consecuencia:

NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, según lo indicado en la parte motiva.

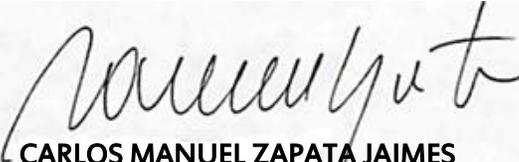
TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

³ "ARTÍCULO 38.- Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar".

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Unificación del 6 de agosto de 2019, CP. Rocío Araújo Oñate, radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 27 de abril de 2023 conforme acta nro. 018 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 072 del 02 de mayo de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veintisiete (27) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el impedimento manifestado por la Jueza Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **LAURA MARÍA RÍOS LÓPEZ** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 30/08/2022, Ríos López, entre otras pretensiones, solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. DESAJMAR22-261 del 07 de junio de 2022 y de la Resolución nro. RH-4552 del 28 de junio de 2022, por medio de la cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la bonificación judicial del Decreto 0383 de 2013, así como la reliquidación y pago de las prestaciones sociales y de los demás derechos laborales devengados por el demandante como empleado de la Rama Judicial.

A título de restablecimiento del derecho, impetra se condene a la entidad accionada a liquidar y pagar la señalada bonificación del decreto 383 de 2013, con la inclusión de la misma en su asignación básica y así tener incidencia directa en las prestaciones sociales y demás emolumentos que percibidos como servidor judicial.

EL IMPEDIMENTO

La Jueza Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el 13 de abril de 2023 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que, igualmente señala, cobija a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado ha expresado que:

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

El artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

“1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso
...
...”

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidisciente sea incluida como factor salarial y prestacional se encuentra prevista en el Decreto 383 de 2013², cuyo artículo 1º dispone también el reconocimiento de dicho rubro en favor de los Jueces del Circuito:

“ARTÍCULO 1º. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994,

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

² Expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública “Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”.

43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, **una bonificación judicial**, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1o de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

(...)

3. Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO		
	Año 2016	Año 2017	Año 2018
Juez Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Juez de Dirección o inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección	2.491.678	2.969.604	3.558.846
Juez del Circuito	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.272.185	2.708.010	3.245.346
Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o	2.358.938	2.811.402	3.369.253

de			
Departamento de Policía			
Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea, o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Juez de Instrucción Penal Militar	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Auditor de Guerra de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de formación o de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Asistente Social Grado 1	1.901.012	2.265.642	2.715.201
Secretario	1.688.165	2.011.969	2.411.194
Oficial Mayor o Sustanciador	1.416.093	1.687.712	2.022.596
Asistente Social Grado 2	1.168.486	1.392.611	1.668.940
Escribiente	1.008.526	1.201.969	1.440.469

(...)" /Negrillas de la Sala/.

En el *sub-lite* la señora Jueza, manifestó que le asiste un interés directo en las resultas del proceso en la medida que tiene el mismo derecho deprecado por la parte actora, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitiman el óbice manifestado por el funcionario, y que cobija así mismo, a los demás Jueces Administrativos de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DOCE (12) DE MAYO DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE Y MEDIA DE LA MAÑANA (9:30 AM)**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, de manera virtual, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjuer que integran la lista.

³ "Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.", modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA DE DECISIÓN,

RESUELVE

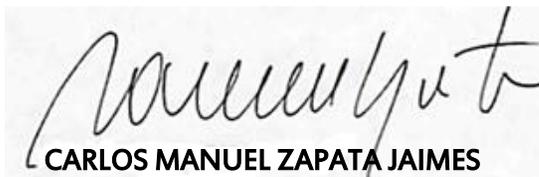
PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por la Jueza Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **LAURA MARÍA RÍOS LÓPEZ** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día x **VIERNES DOCE (12) DE MAYO DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE Y MEDIA DE LA MAÑANA (9:30 AM)**, de manera virtual.

TERCERO: COMUNÍQUESE el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada el 27 de abril de 2023, conforme acta nro. 018 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 072 del 02 de mayo de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veintisiete (27) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el impedimento manifestado por la Jueza Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **GLORIA INÉS ORTÍZ GRISALES** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 30/08/2022, Ríos López, entre otras pretensiones, solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. DESAJMAR22-400 del 25 de julio de 2022 y de la Resolución nro. RH-5049 del 22 de agosto de 2022, por medio de la cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la bonificación judicial del Decreto 0383 de 2013, así como la reliquidación y pago de las prestaciones sociales y de los demás derechos laborales devengados por el demandante como empleado de la Rama Judicial.

A título de restablecimiento del derecho, impetra se condene a la entidad accionada a liquidar y pagar la señalada bonificación del decreto 383 de 2013, con la inclusión de la misma en su asignación básica y así tener incidencia directa en las prestaciones sociales y demás emolumentos que percibidos como servidor judicial.

EL IMPEDIMENTO

La Jueza Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el 13 de abril de 2023 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que, igualmente señala, cobija a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado ha expresado que:

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

El artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

“1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso
...
...”

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidisciente sea incluida como factor salarial y prestacional se encuentra prevista en el Decreto 383 de 2013², cuyo artículo 1º dispone también el reconocimiento de dicho rubro en favor de los Jueces del Circuito:

“ARTÍCULO 1º. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994,

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

² Expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública “Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”.

43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, **una bonificación judicial**, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1o de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

(...)

3. Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO		
	Año 2016	Año 2017	Año 2018
Juez Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Juez de Dirección o inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección	2.491.678	2.969.604	3.558.846
Juez del Circuito	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.272.185	2.708.010	3.245.346
Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o	2.358.938	2.811.402	3.369.253

de			
Departamento de Policía			
Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea, o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Juez de Instrucción Penal Militar	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Auditor de Guerra de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de formación o de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Asistente Social Grado 1	1.901.012	2.265.642	2.715.201
Secretario	1.688.165	2.011.969	2.411.194
Oficial Mayor o Sustanciador	1.416.093	1.687.712	2.022.596
Asistente Social Grado 2	1.168.486	1.392.611	1.668.940
Escribiente	1.008.526	1.201.969	1.440.469

(...)" /Negrillas de la Sala/.

En el *sub-lite* la señora Jueza manifestó que le asiste un interés directo en las resultas del proceso en la medida que tiene el mismo derecho deprecado por la parte actora, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitiman el óbice manifestado por el funcionario, y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DOCE (12) DE MAYO DE 2023, A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, de manera virtual, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjuer que integran la lista.

³ "Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.", modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA DE DECISIÓN,

RESUELVE

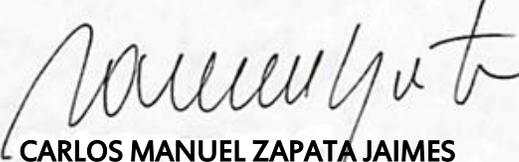
PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por la Jueza Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **GLORIA INÉS ORTÍZ GRISALES** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuerz que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DOCE (12) DE MAYO DE 2023, A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA**.

TERCERO: COMUNÍQUESE el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada el 27 de abril de 2023, conforme acta nro. 018 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 072 del 02 de mayo de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veintisiete (27) de abril de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17-001-33-39-008-2020-00274-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LIBARDO MARÍN GÓMEZ
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el día 22 de noviembre de 2022.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto ficto configurado al no dar respuesta frente a la petición presentada el 28 de junio de 2019, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a que fue vinculado por primera vez a la docencia oficial en fecha posterior al 1° de enero de 1981.
2. Que se declare que el demandante tiene derecho a que le reconozca y pague la prima de junio establecida literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia, debido a que fue vinculado a la docencia oficial después del 1° de enero de 1981.

A título de restablecimiento del derecho:

1. Condenar a la entidad demandada a que reconozca y pague la prima de junio establecida en la Ley 91 de 1989 a partir del 11/20/2013, equivalente a una mesada

pensional, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a su fecha de vinculación.

2. Ordenar a la accionada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida aplique los reajustes de ley para cada año como lo ordena la Constitución Política y la ley.
3. Ordenar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina del pensionado, y que el incremento del pago se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
4. Que se ordene dar cumplimiento al fallo en el término de 30 días contados desde la comunicación de este, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA.
5. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del IPC.
6. Ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.
7. Condenar en costas a la demandada, de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

HECHOS

- El demandante fue vinculado por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1° de enero de 1981, razón por la cual en su condición de pensionado del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no tiene derecho a que Cajanal le reconozca pensión gracia.
- Mediante Resolución nro. 242 del 19 de marzo de 2014 le fue reconocida una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 91 de 1989.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989: artículo 15.

Sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019.

Explicó que el objetivo de haber establecido la mesada adicional fue compensar a los docentes que no tenían derecho a recibir la pensión gracia. Y resaltó que cuando se estableció el pago de una mesada adicional en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 ya existía para los docentes del magisterio que fueron vinculados después de 1981 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en la Ley 91 de 1989, la cual para el año 1993 ya tenía 4 años de vigencia.

Luego de citar jurisprudencia sobre el tema, aseveró que el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 nada tiene que ver con la mesada pensional adicional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima que equivale a una mesada pensional, la cual es diferente a la prestación establecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año, regulación que fue confirmada en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: se pronunció sobre los hechos indicando de unos que no le constaban, de otros que eran ciertos, y de otros que no lo eran.

Seguidamente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que carecen de fundamentos de derecho.

Como razones de defensa, expuso que la entidad se ciñe a lo establecido en la Ley 91 de 1989 para expedir los actos administrativos de reconocimiento pensional o prestacional; y en esta norma se advirtió que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen del que venían gozando; y los nacionales que se vincularan a partir del 1° de enero de 1990 se regirían por las disposiciones aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Citó el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo nro. 01 de 2005, para indicar que la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolidó con posterioridad a la entrada en vigencia del citado acto legislativo, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011.

Que en el caso del accionante adquirió el estatus pensional el 20 de noviembre de 2013, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, por lo que no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la prima de junio.

Planteó como excepciones de fondo:

- **Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad:** resaltó que los actos administrativo emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho, y se profirieron en estricto seguimiento de las normas vigentes.

- **Carencia de fundamento jurídico de las pretensiones:** explicó que la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Y añadió que, en rigor, la Ley 238 de 1995 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes, por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios del mismo.

- **Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido:** resaltó que los derechos del demandante se encuentran debidamente satisfechos y no se han violado las disposiciones incoadas por la parte actora; en tal sentido, no puede alegarse error o inaplicación de la ley por lo que no resulta viable el reconocimiento y pago de una prima de junio y/o mesada adicional sin el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 22 de noviembre de 2022 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico principal determinar si tenía derecho el demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, creada por la Ley 91 de 1989, artículo 15 numeral 2, al haber sido nombrado con posterioridad al 31 de diciembre de 1980.

En primer momento, realizó un análisis de la entidad responsable de las pensiones de los docentes que incluyó la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, para concluir que el Ministerio de Educación se encontraba legitimado para responder por las súplicas de la demanda, en caso de que las mismas prosperaran.

Seguidamente, estudió el régimen normativo aplicable para la prima de mitad de año (mesada adicional 14) para docentes pensionados, para lo cual acudió al artículo 142 de la Ley 100 de 1993, la Ley 238 de 1995 y el Acto Legislativo 01 de 2005, esta última norma le sirvió para explicar que la misma no dispuso alguna protección para los trabajadores sujetos al régimen pensional general o alguno especial; y que solo quienes estaban pensionados o su derecho se hubiera consolidado al momento de entrada en vigencia la norma constitucional, esto es, 26 de julio de 2005, continuarían percibiendo la mesada 14; y de manera excepcional aquellas personas cuyo derecho se causara antes del 31 de julio de 2011, pero siempre que en su caso el monto de la pensión fuera igual o inferior a tres salarios mínimos, única excepción a la mencionada regla universal de eliminación de la mesada catorce.

Al descender al caso concreto indicó que al accionante le fue reconocida pensión en el año 2014, con adquisición del estatus pensional el 20 de noviembre de 2013, lo que permitía inferir que no tenía derecho a lo solicitado en la demanda de acuerdo a la fecha de adquisición del derecho, esto es, con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el aludido Acto legislativo 01 del 22 de Julio de 2005. Y que tampoco cumplía con los requisitos establecidos para la aplicación de la excepción del párrafo transitorio 6 del acto legislativo en mención, ya que su pensión era de un valor de \$2.213.000, suma superior a los tres salarios mínimos para el 2013 y su derecho de pensión fue obtenido después del 31 de julio de 2011.

Se plasmó en la parte resolutive:

RIMERO. - DECLARAR PROBADAS las excepciones de "LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD" e "CARENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS PRETENSIONES", e "INEXISENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LOS NO DEBIDO", propuestas por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FNPSM

SEGUNDO. – NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado por el señor LIBARDO MARIN GOMEZ en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

TERCERO. - CONDENAR EN COSTAS a la parte actora y a favor de Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso.

FÍJESE por concepto de agencias en derecho, también a cargo de la parte demandante la suma de \$536.067, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #24 del expediente de primera instancia.

Pidió revocar la sentencia de primera instancia, específicamente el ordinal tercero, relativo a las costas del proceso.

Afirmó que el artículo 188 del CPACA no impone al funcionario la obligación de condenar en costas, ya que la norma solo abre la posibilidad de disponer sobre las mismas, esto es, pronunciarse sobre ellas.

Resaltó que el Consejo de Estado sobre este tema ha indicado que la disposición mencionada contiene la expresión “dispondrá”, lo que denota que la condena no es automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, sino que deben observarse otros factores como la temeridad, mala fe y la existencia de pruebas sobre causación de gastos y expensas en el curso de la actuación, las cuales serán ponderadas por el juez.

Añadió que, en materia de lo contencioso administrativo, la condena en costas no se rige por un concepto objetivo, sino que exige por parte del operador jurídico una valoración subjetiva para su condena, ya que no basta simplemente que la parte sea derrotada, sino que debe realizarse un análisis de las conductas desplegadas por ella. En otras palabras, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causas para imponerlas.

Que según las normas y lo actuado en el proceso, no procedía la condena porque solo hay lugar a esta cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación; y en ausencia de su comprobación no es factible la imposición por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso.

Añadió que para el presente caso el demandante no pretendió realizar actos dilatorios, ni temerarios encaminados a perturbar el procedimiento, ni mucho menos congestionar el aparato judicial. Por tal motivo, solicitó derogar y/o modificar el numeral tercero de la sentencia de primera instancia y en su lugar no imponer condena en costas y agencias en derecho, así como tampoco respecto de la sentencia de segunda instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, ninguna de las partes se pronunció sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

Problema jurídico:

En atención a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, se planteará el siguiente interrogante para ser absuelto por este Tribunal:

¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que, en este caso, se cumplió con el criterio objetivo valorativo al momento de imponer costas, al menos en lo referente a agencias en derecho.

Sobre la condena en costas, ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

Se deduce en primer lugar que el CPACA contempla un criterio objetivo para la condena en costas, es decir, no tiene en cuenta la conducta asumida por las partes para determinar la condena en costas, sentido en el cual ya se ha pronunciado el Consejo de Estado en múltiples ocasiones.

Aunado a lo expuesto, recientemente la Sección Segunda, subsección B, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 21 de junio de 2018 radicado número 73001-23-33-000-2015-00346-01(4323-16), con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos, además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción.”

De acuerdo con lo anterior y para efectos de determinar la procedencia de las costas, es menester indicar que se encuentra probado lo siguiente dentro del expediente:

- Obra en el expediente, poder debidamente otorgado por el Jefe de Oficina Jurídica del Ministerio de Educación al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos, quien posteriormente sustituyó el mandato a la abogada Jenny Alexandra Acosta Rodríguez togada que ejerció la representación judicial según el mandato a ella conferido, durante el trámite del presente proceso o y finalmente en los alegatos de conclusión se sustituye poder al abogado Diego Stivens Barreto Bejarano.

La prueba relacionada, da cuenta de los gastos generados en el trámite procesal, encontrando procedente la condena en costas contra la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$536.067 de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

En consecuencia, el artículo 188 del CPACA determina que la condena en costas no es automática frente a quien resulte vencido en el litigio, que las mismas se rigen entonces por un criterio objetivo valorativo, y que en este caso no procedía ya que no se comprobó que las mismas se hayan generado dentro del trámite del proceso.

Debe advertirse que, el artículo 188 del CPACA, con la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, determinó que se “dispondrá” sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal; pero en todo caso no eliminó de la redacción la expresión citada.

Por ello, para imponerlas, una vez de considerar que no hay fundamento en la demanda, hay que apoyarse en un criterio objetivo valorativo el cual exige no solo verificar la parte vencida en juicio, sino, además, el deber de precisar los motivos por los cuales se considera procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las costas.

Cuando se revisa la motivación para la condena en costas de primera instancia se advierte que, la juez explicó que revisado el expediente se advertía que se había otorgado poder al doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos, quien posteriormente lo sustituyó a la abogada Jenny Alexandra Acosta Rodríguez, quien ejerció la representación judicial según el mandato a ella conferido durante el trámite del presente proceso, y finalmente en los alegatos de conclusión se sustituyó poder al abogado Diego Stivens Barreto Bejarano; pruebas que a su juicio daban cuenta de los gastos generados en el trámite procesal lo que hacía procedente la condena en costas contra la parte demandante, y fijó agencias en derecho por valor de \$536.067.

Ello denota que, la *a quo* procedió a explicar la razón de su decisión con base en el criterio objetivo valorativo, de las costas relativo a las agencias en derecho. Por lo anterior, se confirmará la condena en costas a título de agencias en derecho.

Costas en segunda

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no existió actuación de las partes en la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

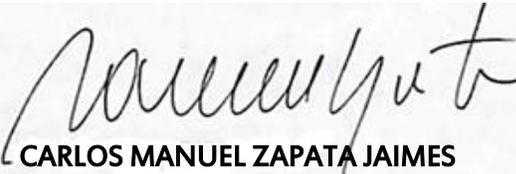
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de noviembre de 2022 emitida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el **LIBARDO MARIN GÓMEZ** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático *"Justicia Siglo XXI"*.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 27 de abril de 2023 según acta nro. 018de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 072 del 02 de mayo de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veintisiete (27) de abril de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17-001-33-39-008-2020-00316-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARÍA MARLENY GUTIÉRREZ HURTADO
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el día 28 de noviembre de 2022.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto ficto configurado al no dar respuesta a la petición presentada el 17 de julio de 2019, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a que fue vinculada por primera vez a la docencia oficial en fecha posterior al 1° de enero de 1981.
2. Que se declare que la demandante tiene derecho a que le reconozcan y paguen la prima de junio establecida literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia, debido a que fue vinculado a la docencia oficial después del 1° de enero de 1981.

A título de restablecimiento del derecho:

1. Condenar a la entidad demandada a que reconozca y pague la prima de junio establecida en la Ley 91 de 1989 a partir del 9 de mayo de 2017, equivalente a una mesada

pensional, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a su fecha de vinculación.

2. Ordenar a la accionada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida aplique los reajustes de ley para cada año como lo ordena la Constitución Política y la ley.
3. Ordenar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina del pensionado, y que el incremento del pago se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
4. Que se ordene dar cumplimiento al fallo en el término de 30 días contados desde la comunicación de este, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA.
5. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del IPC.
6. Ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.
7. Condenar en costas a la demandada, de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

HECHOS

- La demandante fue vinculada por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1° de enero de 1981, razón por la cual en su condición de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no tiene derecho a que Cajanal le reconozca pensión gracia.
- Mediante Resolución nro. 9692-6 del 12 de diciembre de 2017 le fue reconocida una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 91 de 1989.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989: artículo 15.

Sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019.

Explicó que el objetivo de haber establecido la mesada adicional fue compensar a los docentes que no tenían derecho a recibir la pensión gracia. Y resaltó que cuando se estableció el pago de una mesada adicional en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 ya existía para los docentes del magisterio que fueron vinculados después de 1981 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en la Ley 91 de 1989, la cual para el año 1993 ya tenía 4 años de vigencia.

Luego de citar jurisprudencia sobre el tema, aseveró que el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 nada tiene que ver con la mesada pensional adicional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima que equivale a una mesada pensional, la cual es diferente a la prestación establecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año, regulación que fue confirmada en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: se pronunció sobre los hechos indicando de unos que no le constaban, y de otro que no era cierto.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que carecen de sustento fáctico y jurídico para que prosperen.

Como razones de defensa, expuso que la entidad se ciñe a lo establecido en la Ley 91 de 1989 para expedir los actos administrativos de reconocimiento pensional o prestacional; y en esta norma se advirtió que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen del que venían gozando; y los nacionales que se vincularan a partir del 1° de enero de 1990 se regirían por las disposiciones aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Citó el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo nro. 01 de 2005, para indicar que la mesada 14 no puede ser reconocida a

personas cuyo derecho pensional se consolidó con posterioridad a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011.

Que en el caso de la accionante adquirió el estatus el 9 de mayo de 2017, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, por lo que no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la prima de junio.

Planteó como excepciones de fondo:

- **Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido:** resaltó que los derechos de la demandante se encuentran debidamente satisfechos y no se han violado las disposiciones incoadas por la parte actora, no puede alegarse error o inaplicación de la ley, por lo que no resulta viable el reconocimiento y pago de una prima de junio y/o mesada adicional sin el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley.
- **Genérica:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada en el proceso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 28 de noviembre de 2022 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico principal determinar si tenía derecho la demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, creada por la Ley 91 de 1989, artículo 15 numeral 2, al haber sido nombrado con posterioridad al 31 de diciembre de 1980.

En primer momento, realizó un análisis de la entidad responsable de las pensiones de los docentes, para concluir que el Ministerio de Educación se encontraba legitimado para responder por las súplicas de la demanda, en caso de que las mismas prosperaran.

Seguidamente, estudió el régimen normativo aplicable para la prima de mitad de año (mesada adicional 14) para docentes pensionados, para lo cual acudió al artículo 142 de la Ley 100 de 1993, la Ley 238 de 1995 y el Acto Legislativo 01 de 2005, esta última norma le sirvió para explicar que la misma no dispuso alguna protección para los trabajadores sujetos al régimen pensional general o alguno especial, y que solo quienes estaban pensionados o su derecho se hubiera consolidado al momento de la entrada en vigencia la norma constitucional, esto es, 26 de julio de 2005, continuarían percibiendo la mesada 14;

y de manera excepcional aquellas personas cuyo derecho se causara antes del 31 de julio de 2011, pero siempre que en su caso el monto de la pensión fuera igual o inferior a tres salarios mínimos, única excepción a la mencionada regla universal de eliminación de la mesada catorce.

Al descender al caso concreto indicó que a la accionante le fue reconocida pensión en el año 2017, con adquisición del estatus el 9 de mayo de ese año, lo que permitía inferir que no tenía derecho a lo solicitado en la demanda de acuerdo a la fecha de consolidación del derecho, esto es, con posterioridad al 25 de Julio de 2005, data a partir de la cual entró a regir el aludido Acto legislativo 01 del 22 de Julio de 2005. Y que tampoco cumplía con los requisitos establecidos para la aplicación de la excepción del párrafo transitorio 6 del acto legislativo en mención, ya que su pensión era de un valor de \$2.979.219, suma superior a los tres salarios mínimos para el 2017 y su derecho de pensión fue obtenido después del 31 de julio de 2011.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO. - DECLARAR PROBADA la excepción de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION", propuestas por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FNPSM.

SEGUNDO. – NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado por la señora MARIA MARLENY GUTIERREZ HURTADO en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

TERCERO. - CONDENAR EN COSTAS a la parte actora y a favor de Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso.

FÍJESE por concepto de agencias en derecho, también a cargo de la parte demandante la suma de \$463.998, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del agosto 5 de 2016

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #24 del expediente de primera instancia.

Pidió revocar la sentencia de primera instancia específicamente el ordinal tercero, relativo a las costas del proceso.

Afirmó que el artículo 188 del CPACA no impone al funcionario la obligación de condenar en costas, ya que la norma solo abre la posibilidad de disponer sobre las mismas, esto es, pronunciarse sobre ellas.

Resaltó que el Consejo de Estado sobre este tema ha indicado que la disposición mencionada contiene la expresión "dispondrá", que denota que no procede la condena automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, sino que deben observarse otros factores como la temeridad, mala fe y la existencia de pruebas sobre causación de gastos y expensas en el curso de la actuación, circunstancias que serán ponderadas por el juez.

Añadió que, en materia de lo contencioso administrativo, la condena en costas no se rige por un concepto objetivo, sino que exige por parte del operador jurídico una valoración subjetiva para su condena, no basta simplemente que la parte sea derrotada, sino que debe realizarse un análisis de las conductas desplegadas por esta. En otras palabras, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causas para hacerlo, y en la medida de su comprobación.

Que según las normas y lo actuado en el proceso, en este caso no procedía la condena en costas porque solo hay lugar cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación; y en ausencia de su comprobación no es factible por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente.

Precisó que para el presente caso la accionante no pretendió realizar actos dilatorios, ni temerarios encaminados perturbar el procedimiento, ni mucho menos congestionar el aparato judicial. Por tal motivo, solicitó derogar y/o modificar el numeral tercero de la sentencia de primera instancia y en su lugar no imponer condena en costas y agencias en derecho, así como tampoco respecto de la sentencia de segunda instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, ninguna de las partes se pronunció sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

Problema jurídico:

En atención a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, se planteará el siguiente interrogante para ser absuelto por este Tribunal:

¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que, en este caso, se cumplió con el criterio objetivo valorativo al momento de imponer costas, al menos en lo referente a agencias en derecho.

Sobre la condena en costas, ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

Se deduce en primer lugar que el CPACA contempla un criterio objetivo para la condena en costas, es decir, no tiene en cuenta la conducta asumida por las partes para determinar la condena en costas, sentido en el cual ya se ha pronunciado el Consejo de Estado⁸ en múltiples ocasiones.

Aunado a lo expuesto, recientemente la Sección Segunda, subsección B, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 21 de junio de 2018 radicado número 73001-23-33-000-2015-00346-01(4323-16), con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos, además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción.”

De acuerdo con lo anterior y para efectos de determinar la procedencia de las costas, es menester indicar que se encuentra probado lo siguiente dentro del expediente:

-. Obra en el expediente, poder debidamente otorgado por el Jefe de Oficina Jurídica del Ministerio de Educación al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos, quien posteriormente sustituyó el mandato a la abogada Jenny Alexandra Acosta Rodríguez togada que ejerció la representación judicial según el mandato a ella conferido, durante el trámite del presente proceso o y finalmente en los alegatos de conclusión se sustituye poder al abogado Diego Stivens Barreto Bejarano.

La prueba relacionada, da cuenta de los gastos generados en el trámite procesal, encontrando procedente la condena en costas contra la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$536.067 de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

En consecuencia, el artículo 188 del CPACA determina que la condena en costas no es automática frente a quien resulte vencido en el litigio, que las mismas se rigen entonces por un criterio objetivo valorativo, y que en este caso no procedía ya que no se comprobó que las mismas se hayan generado dentro del trámite del proceso.

Debe advertirse que, el artículo 188 del CPACA, con la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, determinó que se “dispondrá” sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal; pero en todo caso no eliminó de la redacción la expresión citada.

Por ello, para imponerlas, una vez de considerar que no hay fundamento en la demanda, hay que apoyarse en un criterio objetivo valorativo el cual exige, no solo verificar la parte vencida en juicio, sino, además, el deber de precisar los motivos por los cuales se considera procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las costas.

Cuando se revisa la motivación para la condena en costas de primera instancia se advierte que, la juez explicó que revisado el expediente se advertía que se había otorgado poder al doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos, quien posteriormente lo sustituyó a la abogada Jenny Alexandra Acosta Rodríguez, quien ejerció la representación judicial según el mandato a ella conferido durante el trámite del presente proceso, y finalmente en los alegatos de conclusión se sustituyó poder al abogado Diego Stivens Barreto Bejarano; pruebas que a su juicio daban cuenta de los gastos generados en el trámite procesal lo que hacía procedente la condena en costas contra la parte demandante, y fijó agencias en derecho por valor de \$ 463.998.

Ello denota que, la *a quo* procedió a explicar la razón de su decisión con base en el criterio objetivo valorativo, de las costas relativo a las agencias en derecho. Por lo anterior, se

confirmará la condena en costas a título de agencias en derecho.

Costas de segunda instancia

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no existió actuación de las partes en la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

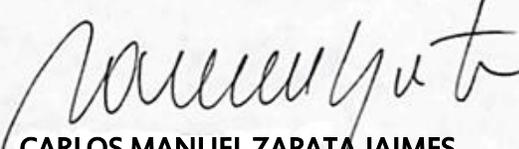
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 28 de noviembre de 2022 emitida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **MARÍA MARLENY GUTIÉRREZ HURTADO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: Sin costas de segunda

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de decisión realizada el 27 de abril de 2023 conforme acta nro. 018 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 072 del 02 de mayo de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veintisiete (27) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el impedimento manifestado por la Jueza Octavo Administrativo del Circuito de Manizales para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **DIEGO ARMANDO MARÍN CARDONA** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 30/11/2022, Marín Cardona, entre otras pretensiones, solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. DESAJMAR22-475 del 12 de agosto de 2022 y de la Resolución nro. RH-5340 del 06 de septiembre de 2022, por medio de la cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la bonificación judicial del Decreto 0383 de 2013, así como la reliquidación y pago de las prestaciones sociales y de los demás derechos laborales devengados por el demandante como empleado de la Rama Judicial.

A título de restablecimiento del derecho, impetra se condene a la entidad accionada a liquidar y pagar la señalada bonificación del decreto 383 de 2013, con la inclusión de la misma en su asignación básica y así tener incidencia directa en las prestaciones sociales y demás emolumentos que percibidos como servidor judicial.

EL IMPEDIMENTO

La Jueza Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, el 23 de febrero de 2023 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que, igualmente señala, cobija a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales. Siendo efectivamente ingresada a este Despacho el 10 de abril de 2023.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado ha expresado que:

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

El artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada.

El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

“1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso

...
...”

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidisciente sea incluida como factor salarial y prestacional se encuentra prevista en el Decreto 383 de 2013², cuyo artículo 1º dispone también el reconocimiento de dicho rubro en favor de los Jueces del Circuito:

“ARTÍCULO 1º. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994,

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

² Expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública “Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”.

43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, **una bonificación judicial**, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1o de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

(...)

3. Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO		
	Año 2016	Año 2017	Año 2018
Juez Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Juez de Dirección o inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección	2.491.678	2.969.604	3.558.846
Juez del Circuito	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.272.185	2.708.010	3.245.346
Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o	2.358.938	2.811.402	3.369.253

de			
Departamento de Policía			
Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea, o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Juez de Instrucción Penal Militar	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Auditor de Guerra de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de formación o de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Asistente Social Grado 1	1.901.012	2.265.642	2.715.201
Secretario	1.688.165	2.011.969	2.411.194
Oficial Mayor o Sustanciador	1.416.093	1.687.712	2.022.596
Asistente Social Grado 2	1.168.486	1.392.611	1.668.940
Escribiente	1.008.526	1.201.969	1.440.469

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el *sub-lite* la señora Jueza manifestó que le asiste un interés directo en las resultas del proceso en la medida que tiene el mismo derecho deprecado por el actor, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitiman el óbice manifestado por el funcionario, y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DOCE (12) DE MAYO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30 AM)**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, de manera virtual, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjuer que integran la lista.

³ “Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.”, modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA DE DECISIÓN,

RESUELVE

PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por la Jueza Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **DIEGO ARMANDO MARÍN CARDONA** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DOCE (12) DE MAYO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30 AM)** de manera virtual.

TERCERO: COMUNÍQUESE el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada el 27 de abril de 2023, conforme acta nro. 018 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 072 del 02 de mayo de 2023.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

Liliana Eugenia García Maya

Conjuez Ponente

Manizales, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de primera instancia, después de haberse agotado con éxito todas las etapas procesales y pasar a despacho el pasado 10 de abril de 2023 por cuenta de este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** que responde al radicado n° **17001233300020170033300** en el que es demandante el señor **NESTOR CARMONA MARIN** contra la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** con ponencia de esta Conjuez **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y con la participación de los Conjueces revisores, **Dr. JORGE IVAN DIAZ LOPEZ** y el **Dr. TOMAS FELIPE GOMEZ MORA**.

2. ASUNTO

Actuando a través de apoderado judicial, el demandante **NESTOR CARMONA MARIN** instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, para reclamar el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, en cantidad del 30% del salario básico, además su carácter de factor salarial y la consecuente reliquidación de todas las prestaciones sociales teniendo en cuenta la prima reclamada, también por todo el periodo en que se desempeñó como Fiscal Seccional.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

Declaraciones:

- 1. Declarar la nulidad del Acto Administrativo DAP-20143100083861 de 31 de diciembre de 2014.***

Condenas:

A título de restablecimiento del derecho, ordenar a la demandada, lo siguiente;

- 2. RECONOCER** la prima especial de servicios del 30% al demandante en su naturaleza salarial y sus consecuencias prestacionales y de la seguridad social, establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, su pago retroactivo y demás implicaciones e incidencias (salariales, prestacionales y de seguridad social), debidamente indexados, por todo el periodo en que el Dr. **NESTOR CARMONA MARIN** ocupó el cargo de Fiscal Seccional.
- 3. ORDENAR** a la demandada expedir certificación, donde se haga constar el tiempo de servicios y salarios mensuales devengados durante todo el tiempo que ocupó el cargo de Fiscal Seccional.
- 4. ORDENAR** a la demandada el cumplimiento de la sentencia dentro de los términos establecidos por el CPACA.
- 5. ORDENAR** a la demandada a pagar las cosas y agencias en derecho que se llegasen a causar.

4. HECHOS

El Dr. **NESTOR CARMONA MARIN** laboró al servicio de la Fiscalía General de la Nación desempeñando el cargo de Fiscal Seccional desde el *1 de marzo de 2005* y hasta el *31 de octubre de 2009*¹.

5. RECLAMACION ADMINISTRATIVA

A través de petición presentada el *12 de abril de 2014*, instauró derecho de petición ante la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, en la que solicitó -a grandes rasgos- el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, además, el reconocimiento y pago de esta prestación social como factor salarial y las correspondientes reliquidaciones por el periodo laborado al servicio de la demandada y en el cargo de Fiscal Seccional.

Dicha petición fue negada a través del oficio DAP-20143100083861 de 31 de diciembre de 2014, descartando la precedencia de recursos en su contra, por la inexistencia de un superior jerárquico que lo resuelva.

¹Constancia de 25 de abril de 2018 obrante en la página 2 del archivo - 68PruebasParteDemandada-.

6. CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

El **20 de abril de 2015**, el demandante por intermedio de su apoderado presentó ante la Procuraduría General de la Nación **solicitud de conciliación**. A través de la **resolución n° 250 de 30 de abril de 2015** el **Procurador 37 Judicial II para asuntos administrativos**, declaró fallida la diligencia ante la ausencia de animo conciliatorio.

7. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Mencionó la parte demandante en este acápite del escrito de la demanda, lo siguiente;

7.1. Normas Constitucionales vulneradas: preámbulo, artículos 1, 2, 4, 53, 93, 122, 123 y 150, numeral 19, literal e).

7.2. Normas de carácter nacional vulneradas: artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, artículo 12 del Decreto 717 de 1978, artículos 1, 4, 9, 10, 13, 14, 16, 18, 19, 21, 127, 128 y 132 del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 54 y 64 del Decreto 2699 de 1991, Decretos 1042 y 1045 de 1978, 174 y 230 de 1975, Decreto extraordinario 3135 de 1968.

7.3. Normas del derecho internacional, reconocidas por el Estado Colombiano: Artículos 5.2 del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966 y aprobado por la Ley 74 de 1968 y normatividad de la OIT.

7.4. Jurisprudencia del Consejo de Estado: Sentencia de 29 de abril de 2014 -Sala de Conjuces- proceso 11001-03-25-000-2007-00087-00, Sentencia SU-1185 de 2001 “principio de favorabilidad laboral”, Sentencia de 27 de junio de 2012, Consejo de Estado expediente 2005-00827-00.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 creó lo que se conoce como “*prima especial de servicios*” equivalente al 30% de los ingresos laborales, para Jueces, Magistrados y afines, lo que constituye un derecho cierto, real y efectivo, sin embargo el Gobierno dio una interpretación errada a la norma, pues en vez de pagar una prima equivalente al 30% del salario básico mensual, extrajo del salario el 30% y lo denominó prima especial de servicios y el restante 70% lo entregó a título de salario básico mensual, es decir, pago un 100% como salario y lo que debía hacer, era pagar el 130%, aunado a eso, al realizar el cálculo de las prestaciones sociales, desconoció el carácter de factor

salarial de esta prima, por lo que desmejoró ostensiblemente la remuneración básica mensual a que tiene derecho la demandante.

Desconoce entonces la demandada estos postulados, al liquidar las prestaciones sociales del demandante, sin realizar correctamente el cálculo que le corresponde a la prima especial de servicios, equivalente al 30% de su salio básico mensual.

8. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El 23 de junio de 2018 la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** (*43ContestacionDemanda*) atendió el llamado. Aceptó como ciertos los hechos relativos a los hechos relacionados con el cargo ocupado por la Dr. Néstor Carmona Marin, a la reclamación administrativa y al agotamiento de la conciliación ante la Procuraduría General de la Nación y solicitó que se pruebe, los demás. Se opuso a todas y a cada una de las pretensiones. Como razones esbozó que son interpretaciones de ley e interpretaciones de jurisprudencia relacionada. Agregó, además, que la demandada no puede reconocer al demandante lo que la ley no le concede, en aplicación a lo dispuesto por el artículo 27 del Código Civil *“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la Ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”*, en consecuencia, no puede inobservarse el tenor literal de la norma en materia prestacional y salarial que rigió para el demandante. Dijo además que el Decreto 2699 de 1991 regula el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, el cual determino el régimen salarial de sus empleados (Art. 64 parágrafo 1°) dice *“PARRAGRAFO 1°: Las personas que se vinculen por primera vez o se acojan a la escala salarial prevista en el artículo 54, solo tendrán derecho al sueldo que corresponda al cargo según la nomenclatura y escala de salarios aquí señalados; no tendrán derecho a las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación u otras especiales que estuvieren percibiendo antes de su incorporación a la nueva planta”*. Adicional a esto el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 creo una prima especial de servicios que puede oscilar entre el 30% y el 60% del salario básico, y facultó al Gobierno Nacional su regulación y exceptuó de este beneficio, a los funcionarios de la Fiscalía que opten por la escala salarial de dicha entidad *“...excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del 1° de enero de 1993”*, sobre esta expresión se ha pronunciado el Consejo de Estado- Sección Segunda, el cual arribó a la conclusión que los funcionarios amparados bajo el Decreto 2699 de 1991, sea porque se acogieron de manera voluntaria a este o porque iniciaron su vinculación después de su vigencia,

gracias a esta norma, reciben una escala salarial la cual en su total, es equivalente en dinero, a aquellos que reciben la prima especial de servicios, los cuales requieren la aplicación de la prima del 30%, para igualar su salario a los anteriores. Presentó las excepciones *Carencia de objeto* y *Genérica*.

De la primera excepción *-Carencia de objeto-* explicó que a partir del año 2003 se eliminó los Decretos Salariales 4180 de 2004, 943 de 2005, 396 de 2006 la prima especial de servicios del 30% como factor no salarial, es decir, la demandada no adeuda emolumentos por este concepto al demandante, al paso que es claro y quedo demostrado con los hechos, que los periodos reclamados por el demandante se encuentran prescritos. Sumando a esto, y frente a los periodos posteriores, la Fiscalía ha pagado los salarios y liquidado las prestaciones del señor CARMONA MARIN con el 100% del salario, razón por la cual, carece absolutamente de objeto su petición. Respecto de la excepción *-Genérica-* apunto la demandada que se propone con base en las previsiones contenidas en el artículo 187 del CPACA, “*las que se desprendan de los hechos, de las pruebas y normas legales aplicables a la materia*”.

9. ANTECEDENTES PROCESALES

Se tiene que en el presente proceso se surtieron con éxito las siguientes etapas procesales:

Radicada la demanda el **7 de enero de 2015** ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Pereira-Risaralda, le correspondió el radicado 66001333175120150021800 y por reparto su conocimiento al Juzgado Administrativo de Descongestión Mixto de Pereira, el cual lo remitió al superior con impedimento. El 24 de septiembre de 2015 le fue asignado al Despacho 003 del Tribunal Administrativo de Risaralda y luego, repartido nuevamente el 29 de febrero de 2016 al mismo Despacho, después de corregir un yerro en grupo de reparto. Este Tribunal aceptó el impedimento presentado por el Juez Administrativo y designa su conocimiento a la Juez-Ad Hoc Lina Marcela Otalvaro Jaramillo, quien, por auto de 13 de julio de 2016, declara la falta de competencia funcional por ser la cuantía superior a 50 s.m.l.m.v., a la luz del artículo 152 n° 2 en concordancia con el 155 n° 2 de la Ley 1437 de 2011 y lo envía la superior. En esta ocasión le correspondió su conocimiento al Despacho 004 del Tribunal Administrativo de Risaralda el cual declaró su impedimento para conocerlo, por tener el proceso un tema de su interés, esta decisión fue coadyubada por la Sala Plena de esa Corporación y remitido al Consejo de Estado. El superior a través de providencia de 7 de diciembre de 2016 declaró infundado el impedimento. Nuevamente el Despacho 004 del Tribunal Administrativo de Risaralda, recibió el proceso y el 25 de abril de 2017 declaró la falta de competencia por factor territorial, atendiendo a que los

últimos 9 meses, el demandante ocupó el cargo de Fiscal Seccional en la ciudad de Manizales. El 12 de mayo de 2017 la Oficina Judicial de Manizales, le asignó la radicación 17001233300020170033300 y fue repartido al Despacho 003 del Tribunal Administrativo de Caldas (*01ActaReparto*), el cual mediante providencia 363 de 25 de agosto de 2017 admitió la demanda (*38AutoAdmisorio*), el 16 de febrero de 2018 se corrieron las excepciones (*44Constancia*), el 29 de abril de 2018 se celebró la audiencia de artículo 180 del CPACA (*52ActaAudienciaInicial*), el 27 de mayo de 2018 se decretaron pruebas (*55ActaAudienciaPruebas*) y, el 23 de julio de 2018 fueron practicadas y se corrió traslado para alegar de conclusión (*60ActaAudienciaPruebas*).

El 3 de julio de 2020, la Sala Plena de esta Corporación se declaró impedida para seguir con el conocimiento del proceso (*63AutoCumplase*), y por medio de auto de 10 de marzo de 2022, el Consejo de Estado, aceptó el impedimento y ordenó el reparto de este expediente entre los Conjueces que hacen parte de este Tribunal (*73AceptaImpedimento*), el 02 de diciembre de 2022 se asignó Conjuez (*77ActaSorteoConjueces02Dic2022*), finalmente el 2 de febrero de 2023 esta Conjuez avocó conocimiento (*79AvocaConocimiento*) y paso a despacho para proferir sentencia el 10 de abril de 2023 (*81ADespachoParaSentencia1º*).

10. PIEZAS PROCESALES OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Poder del demandante **NESTOR CARMONA MARIN** para el abogado **Dr. JUAN GUILLERMO CORDOBA CORREA**, escrito de la demanda y las pruebas que la acompañan (*02Demanda*) y (*69PruebasParteDemandante*), contestación de la demanda, poder otorgado por Directora de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación a la abogada Dra. María Stella Ortiz Quintero, pruebas que acompañaron las respuesta y el expediente administrativo (*43ContestacionDemanda*, *67ExpedienteAdministrativo* y *68PruebasParteDemandada*) y el escrito de alegatos parte demandada (*61AlegatosConclusion*).

11. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

a. Demandante.

- **En el escrito de la demanda.**

Derecho de petición de 31 de diciembre de 2014, Oficio DAP-20143100083861 de 31 de diciembre de 2014 “*por medio del cual se negó una petición*”, solicitud de conciliación prejudicial, resolución n° 250 de 30 de

Nulidad y restablecimiento del derecho.

17001233300020170033300

Néstor Carmona Marin Vrs Fiscalía General de la Nación

Sentencia n° 039

abril de 2015 “*por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación*” (02*Demanda*), certificación de tiempos laborados DS-07-12-3-SF-GTC-044 de 18 de junio de 2018 (69*PruebasParteDemandante*).

b. Demandada.

Expediente administrativo (67*ExpedienteAdministrativo*), oficio GSA-31100-20480 de 26 de abril de 2018 (68*PruebasParteDemandada*) y documentos anexos a la contestación de la demanda (43*ContestacionDemanda*).

12. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES.

El traslado de las excepciones formuladas por la entidad demandada se surtió el día 16 de febrero de 2018, respecto de las excepciones. *i). carencia de objeto y, ii). genérica.*

13. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

La parte demandante guardo silencio al respecto.

14. SUSPENSION DE LOS TERMINOS

Por medio de los *acuerdos PCSJA2011517 de 15 de marzo de 2020, PCSJA2011521 de 19 de marzo de 2020, PCSJA2011526 de 22 de marzo de 2020 y PCSJA2011532 de 11 de abril de 2020* el Consejo Superior de la Judicatura, y ordenó la suspensión de los términos procesales para la jurisdicción ordinaria, al igual que la contenciosa administrativa, dejando vigente las acciones de tutela y los habeas corpus, acogiendo el *decreto 417 de 17 de marzo de 2020* emitido por el Gobierno Nacional, que declaró la situación de Emergencia Económica, Social y Ecológica, por la amenaza del COVID-19.

15. ALEGACIONES FINALES

Solo la parte demanda aprovechó esta oportunidad, sin embargo, sus alegatos presentaron los mismos argumentos expuestos en la contestación sin aportar nada nuevo.

16. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Conjuces, atendiendo 1). La orden emitida por el Consejo de Estado en auto de 10 de marzo de 2022 (*73AceptaImpedimentoCE*) que aceptó el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y a este Conjuez por sorteo de conjuces realizado el pasado 2 de diciembre de 2022 (*77ActaSorteoConjuces02Dic2022*).

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala repasa las actuaciones hasta este momento superadas y no encuentra circunstancias que puedan viciar o anular las actuaciones hasta ahora surtidas.

c. PROBLEMA JURÍDICO:

Se define así;

a). ¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 y equivalente al 30% de su sueldo básico?

b). ¿Tiene la prima especial de servicios, carácter de factor salarial?

c). ¿Opera el fenómeno de la prescripción trienal laboral, sobre el periodo reclamado?

d. Cuestión primaria

d.1. Excepciones.

Fueron propuestas por la demandada las excepciones de **(i) integración de litis consorcio necesario**, **(ii). Carencia de objeto** y, **(iii). Genérica**, de ahí que sea necesario resolverlas, antes de entrar a resolver de fondo en esta sentencia.

(i). Carencia de objeto.

No le asiste razón a la demandada al proponer esta excepción, pues la petición elevada por el demandante tiene sustento en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, respaldadas por múltiples jurisprudencias que reconocen el derecho que tienen los jueces de la república y los funcionarios homólogos a recibir este beneficio, como un adicional al sueldo y no parte de este, como se hizo.

Genérica.

A la luz del artículo 187 del CPACA y en concordancia con la Sentencia de Unificación de 2 de septiembre de 2019, proferida por el Consejo de Estado, la Sala encuentra necesario analizar de oficio la **excepción de prescripción**, en razón a que según la posición de la jurisprudencia en cita la aplicación de la prescripción debe ser fiel a lo dispuesto en los “...*artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, establecen*²: (i) *que el termino de prescripción es de tres (3) años, contados a partir de la exigibilidad del derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe, por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho*” y de una mirada a la exigencia del derecho **-12 de abril de 2014-** de cara a los periodos reclamados **-1 de marzo de 2005** y hasta el **31 de octubre de 2009-** estos fueron afectados por el fenómeno de la prescripción y así debe declararse.

En consecuencia, se declarará **PROBADA** de oficio, la excepción de prescripción trienal laboral y **NO PROBADAS** las excepciones de carencia de objeto y genérica.

e. INTRODUCCION A LAS CONSIDERACIONES.

Antes de iniciar con el análisis de la Sentencia, resulta importante aclarar la obligación de la Sala de Conjuces-Tribunal Administrativo de Caldas, de acoger en su integridad lo dispuesto en la **Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado**, en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 102, 269, 271 del CPACA, los cuales infieren el efecto de obligatorio cumplimiento que tienen las sentencias de unificación.

f. ANALISIS

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS, ARTICULO 14 DE LA LEY 4 DE 1992 EN APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD –

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y

² Decreto 3135 de 1968. Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo un lapso igual.

Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1° y 2° lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;

b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;

c) Los miembros del Congreso Nacional, y

d) Los miembros de la Fuerza Pública”.

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

b) (...)”.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1° y 2°, el Gobierno Nacional en su artículo 14, creó la prima de servicios, así:

ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público

delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

A su vez, el Gobierno año tras año, en virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, expidió los decretos mediante los cuales dictó disposiciones en materia salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima.

Ahora bien, dichos decretos salariales desde el año 1993 al año 2007, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado mediante providencia suscrita el día 29 de abril de 2014, en la que se señaló que el Gobierno Nacional interpretó las normas de forma errónea, en tanto desmejoró el salario de los funcionarios de la Rama Judicial, razón por la cual declaró la nulidad de los decretos que establecían el salario y las prestaciones para los servidores públicos de la Rama Judicial desde el año 1993 al año 2007, ***quedando en vigencia el salario en un cien por ciento (100%) para que sea tenido al momento de efectuar cálculos para pagar prestaciones sociales***, cesantías, indemnizaciones, intereses, bonificaciones, prima de navidad, vacaciones, de servicio y demás rubros que se reconocen y pagan a los funcionarios públicos. Se expuso en dicha sentencia lo siguiente³:

“En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%. Aunque parece un juego de palabras, son dos cosas completamente diferentes, pues la primera interpretación implica una reducción del salario básico al 70%, mientras que la

3 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONJUEZ PONENTE: MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014). EXPEDIENTE No. 11001-03-25-000-2007-00087-00. No. INTERNO: 1686-07.

segunda, que es la correcta de conformidad con la Ley y la Constitución Política, como se explicará más adelante, implica que se puede tomar el 30% del salario, pero solamente para efectos de cuantificar la prima especial, para luego adicionarla al salario básico. La diferencia se evidencia en el siguiente ejemplo, para el cual hemos tomado un salario básico de \$10.000.000:

<i>Primera interpretación (el 30% del salario básico es la prima misma)</i>	<i>Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico)</i>
<i>Salario básico: \$10.000.000</i>	<i>Salario básico: \$10.000.000</i>
<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>	<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>
<i>Salario sin prima: \$7.000.000</i>	<i>Salario más prima: \$13.000.000</i>
<i>Total a pagar al servidor: \$10.000.000</i>	<i>Total a pagar al servidor: \$13.000.000</i>

A su vez en reciente sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de septiembre el 2015, Conjuez Ponente: Carmen Anaya de Castellanos⁴, se señaló al respecto:

“... para esta Sala de Conjuces es claro que tales normas y actos administrativos demandados, desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma, contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30% del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES, durante el período demandado”.

De acuerdo a lo anterior, con los criterios normativos establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados anualmente, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, se dio una incorrecta interpretación, aplicando indebidamente la Ley 4ª de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que los actos administrativos demandados son contrarios a la Constitución y la Ley, pues desconocen los derechos laborales prestacionales del actor y vulneran principios constitucionales, por lo que es mandatario ordenar el pago íntegro del salario, y la reliquidación de sus derechos laborales y prestacionales, en atención al desarrollo y evolución jurisprudencial que procura la protección de los derechos laborales económicos y constitucionales reclamados.

⁴ Actor: José Fernando Osorio Cifuentes. No radicación 73001233100020110010202

Providencia que fue confirmada por la reciente sentencia de unificación que sobre esta prima emitió el Consejo de Estado⁵, la cual concluyo que la prima especial de servicios, de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, es una prestación social equivalente al 30% del sueldo básico de estos funcionarios y es adicional a este y no, como lo pretendieron el Gobierno y la demandada, incluido en el sueldo básico, así las cosas, el sueldo real que debió recibir la demandante por este concepto, era la prima especial de servicios equivalente más el sueldo básico y esto constituye el 100% real de este.

“...Para la sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta(sic) para la reliquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho...”

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS COMO FACTOR SALARIAL

De igual manera, hace parte de la reclamación realizada por la parte demandante y de la contestación hecha por la demandada, la condición o no, de factor salarial que supuestamente reviste la prima especial de servicios.

El artículo 14 de la Ley 4 de 1992, que señaló expresamente su carácter de **no salarial**, fue modificado por la Ley 332 de 1994 “*Por la cual se modifica la Ley 4 de 1992 y se dictan otras disposiciones*”, señalando que la prima **constituiría parte del ingreso base, pero únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación**. El artículo en cuestión señala:

Artículo 1º.- Aclarado por el art. 1, Ley 476 de 1998⁶ La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación,

⁵ Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjueces, C.P: Carmen Anaya de Castellanos. Actor: Joaquín Vera Pérez Demandado: Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial.

⁶ **Artículo 1º.** *Aclárese el artículo 1º de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4ª de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6º del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.*

para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecida por la Ley.

La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.⁷

De igual manera la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996 al realizar análisis de constitucionalidad se pronunció sobre los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, declarando la EXEQUIBILIDAD de la frase “sin carácter salarial”.

El Consejo de Estado, Sección Segunda⁸, en reciente sentencia adujo que la prima especial de servicios **NO tiene carácter salarial**:

“Dicha ley marco es la Ley 4ª de 1992, que en el artículo 14 establece una prima especial de servicios sin carácter salarial para diversos servidores públicos, que oscila entre el 30% y el 60% de la remuneración básica mensual⁹.

(...) En esta sentencia, que es del año 2014, se anularon todos los decretos expedidos sobre la materia por parte del Gobierno Nacional entre 1993 y el 2007.

Aquí en el caso que nos ocupa se acoge y ratifica esta línea jurisprudencial, con la siguiente precisión: es necesario distinguir la liquidación del ingreso mensual de la liquidación de las prestaciones sociales, así:

En cuanto a lo primero, el ingreso mensual se debe liquidar como se indicó en el cuadro transcrito de la sentencia del 29 de abril de 2014, o sea que incluya el salario básico más un 30% adicional, a título de prima especial de servicios. En el ejemplo, cada mes se debería pagar \$13.000.000 de pesos.

Y en cuanto a lo segundo, las prestaciones sociales se deben liquidar sobre la totalidad del salario básico, sin restar ni sumar el 30% de la prima especial de servicios, que para estos efectos no tiene incidencia alguna, ya que no tiene carácter salarial, como lo indica la Ley 4ª de

⁷ Texto en Negrita declarado EXEQUIBLE en Sentencia Corte Constitucional 444 de 1997. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 129 de 1998

⁸ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

⁹ Ley 4 de 1992. Artículo 14: “El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

1992. En el ejemplo, las prestaciones se deben liquidar sobre una base de \$10.000.000 de pesos.” (subrayas fuera de texto)

Conforme a la sentencia anterior, el porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios **SOLO tiene carácter salarial**, únicamente frente a la pensión de jubilación, posición que fue confirmada por la sentencia de unificación proferida por la Sala de Conjuces del Consejo de Estado el pasado 2 de septiembre de 2019 y de la que hemos venido hablando;

“...En efecto, la norma previó que dicha prima, no constituiría factor salarial, disposición que fue declarada executable por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-279 de 1996, en la que se adujo:

«el Legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen o no salario; así como definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. El considerar que los pagos por primas técnicas y especial no constituyen factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido con la comunidad internacional.»

*A partir de la expedición de la Ley 332 del 19 de diciembre de 1996, el carácter no salarial de la mencionada prestación, fue modificado en el sentido de que esta debía tenerse en cuenta para efectos de liquidar prestaciones pero únicamente respecto a la **pensión de jubilación** de los funcionarios señalados en la norma que, a la fecha de su entrada en vigencia, se encontraran vinculados al servicio o que se jubilaran con posterioridad a esta.*

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 facultó al Gobierno para determinar el porcentaje de la prima especial que, según el legislador, debía oscilar entre el 30 y el 60 % del salario básico, aspecto que ha sido regulado por el ejecutivo anualmente a partir de 1993, al expedir los decretos salariales de los servidores públicos.

*En segundo lugar, el ejecutivo reglamentó el régimen salarial ordinario de los servidores públicos, así como previsto en el Decreto 57 de 1993, aplicable a los funcionarios que renunciaron al régimen ordinario y optaron por este y, a quienes se vincularon a partir de su vigencia. Frente al régimen de acogidos al Decreto 57 de 1993, se determinó que «el treinta por ciento (30%) de la **remuneración mensual** de los siguientes servidores públicos se considera como Prima Especial, sin carácter salarial»¹⁰.*

Y frente al régimen salarial de los no acogidos, se estableció que «los funcionarios a que se refieren los artículos 5 y 6 del presente decreto tendrán derecho a una prima especial mensual equivalente al treinta por ciento (30%) de la asignación básica y los gastos de representación sin

¹⁰ Artículo 7, Decreto 57 de 1993.

carácter salarial y sustituye la prima de que trata el artículo 7 del decreto 903 de 1992»¹¹.

En tercer lugar, es importante destacar que el entendimiento del concepto de prima ha sido abordado por el Consejo de Estado¹² al señalar que el título de «primas» significa invariablemente un agregado en el ingreso de los servidores públicos en ocasiones de naturaleza prestacional, salarial o como simple bonificación, con la constante, eso sí, de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral. Señaló expresamente la Sala:

«... la noción de “prima” como concepto genérico emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un “plus” en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.»

Fuerza entonces concluir que, por orden de la ley y la jurisprudencia, tanto de nuestro órgano superior como de la Corte Constitucional, la prima especial de servicios que reclama la demandante, **SOLO** le reviste carácter de **factor salarial** para efectos de cotización para la **pensión de jubilación**.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS FRENTE A JUECES DE LA REPUBLICA y HOMOLOGOS

Consecuente con la Sentencia de Unificación mencionada, la prima especial de servicios fue creada por el legislador como una contraprestación que debería ser sumada al sueldo de los funcionarios beneficiados con esta y no, como lo viene aplicando la parte demandada, extrayendo el equivalente a la prima especial de servicios de 30%, del salario básico de estos funcionarios;

“...Para la Sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional, año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho.”

¹¹ Artículo 7, Decreto 51 de 1993.

¹² Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda del 2 de abril de 2009, expediente 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07), actor: Luis Esmeldy Patiño López, magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

De las pruebas arrimadas al proceso, no quedan dudas que el señor **NESTOR CARMONA MARIN** laboró al servicio de la Fiscalía General de la Nación desempeñando el cargo de Fiscal Seccional por el periodo comprendido a la exigencia del derecho **-31 de abril de 2014-**¹³ y de su análisis es claro que, de su propio salario, fue deducido el valor de la prima especial de servicios¹⁴, por tanto, tendrá derecho al reconocimiento de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, y a la reliquidación de su salario y de las prestaciones sociales, tomando como base el cien por ciento (100%) de su salario y no el setenta por ciento (70%), como se hizo, por el periodo comprendido **desde el 1 de marzo de 2005** y hasta el **31 de octubre de 2009**. De igual manera, siendo la prima solo factor salarial para cotización a pensión de jubilación, deben reliquidarse sus aportes por este mismo periodo, tomando el 100% de la prima especial reclamada y consignar al fondo escogido por la demandada, las diferencias.

PRESCRIPCIÓN TRIENAL LABORAL -Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado-

La línea jurisprudencial que venía defendiendo el Consejo de Estado años atrás, disponía que la prescripción que deviene de la nulidad de los decretos salariales **se debe contar desde la ejecutoria de la primera sentencia** que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios, es decir la tesis amplia, porque los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y fue con dicha decisión judicial, es decir la nulidad simple, que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales. Al respecto se había señalado con claridad:

“...Sobre la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la misma se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios. Lo anterior porque: (i) Los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma precitada tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y; (ii) porque fue con la decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales y no antes¹⁵. Así las cosas, el día 14 de febrero de 2002 se profirió la primera sentencia que declaró nula la expresión “sin carácter salarial” del artículo 7º del Decreto 038 de

¹³ Ccertificación de tiempos laborados DS-07-12-3-SF-GTC-044 de 18 de junio de 2018 (69PruebasParteDemandante).

¹⁴ Desprendibles de nomina obrantes en el archivo -43ContestacionDemanda- paginas 40-42 y certificación de 25 de abril de 2018 obrante a pagina 3 del archivo - 68PruebasParteDemandada-.

¹⁵ Cita de cita: Al respecto ver sentencia de la Sala Plena. Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 0230-08, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

1999, por lo tanto, es a partir de dicha fecha que se cuenta la prescripción, puesto que con la expedición de la misma surgió el derecho de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima especial de servicios. Ante tal situación, a los mismos los cobija el término prescriptivo de tres años de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 para presentar la solicitud de reliquidación de sus prestaciones sociales. Ahora, el término de caducidad debe contarse no desde la ejecutoria del acto administrativo que liquidó de forma definitiva las prestaciones sociales del servidor de la Fiscalía General de la Nación, sino desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción atrás señalado.

En efecto, ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral, como puede ser la declaratoria de la nulidad de una norma, el servidor público beneficiado, tiene la posibilidad una vez agote la vía administrativa, demandar la negativa de la entidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Todo lo anterior, fue precisado por esta Sección en sentencia del 4 de agosto de 2010¹⁶ en la que se unificó el criterio en cuanto al carácter salarial de la prima de servicios y en lo referente al término de prescripción y caducidad para reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas. Al respecto la providencia señaló: “[...] De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. [...] Ocurre sin embargo, **que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una**

¹⁶ Cita de cita: *Ibidem*

expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la Consecuente con lo administración su reconocimiento. [...] anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento. Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento [...] De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Tal providencia recogió los argumentos expuestos en varias decisiones proferidas tanto por la Subsección “A” como por la Subsección “B”, en las cuales se expresó que en casos como el aquí analizado, procede el estudio de fondo de las pretensiones porque, se reitera, el derecho surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial¹⁷. Ahora, si bien la providencia citada se refiere al auxilio de cesantías liquidado definitivamente, tal postulado se aplica también para las otras prestaciones sociales que ya se hubiesen liquidado de forma definitiva. Así lo explicó la Sección Segunda Subsección “B” al manifestar¹⁸ : “[...] 1.1.1 Respecto de las demás prestaciones sociales. Siguiendo esta postura y teniendo en cuenta que el término de prescripción (3 años) se cuenta a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, en el asunto objeto de examen no puede decirse que la obligación se hizo exigible a la fecha de expedición de los Decretos que fijaron las escalas

¹⁷ Cita de cita: Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 4 de marzo de 2010. No. Interno 1469-07. Actor. Aura Luz Mesa Herrera. Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 8 de abril de 2010. No. Interno 0512-08. Actor. María Marlene Bello Sánchez.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09). Actor: Álvaro Guillermo Cuellar Romero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

salariales para los empleados de la Fiscalía General de la Nación o, para el caso de las cesantías, como ya se dijo, a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que las liquidó año a año; porque el mismo surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial en cada uno de ellos¹⁹. [...] No puede arribarse a una conclusión distinta porque de nada valdría la anulación de las normas que limitaban el derecho de los trabajadores, lo que sucedía al negar el cómputo de la Prima Especial de Servicios como factor salarial, si las personas perjudicadas con esa determinación no pudieran hoy valerse de la desaparición de la norma restrictiva para ejercer sus derechos a plenitud [...]”. En conclusión: la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de servicios, porque fue con tal decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la referida prima.

Así mismo, el término de caducidad debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción. Lo anterior porque se está ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral que antes no existía y que surgió a raíz de la declaratoria de nulidad de la norma que establecía que la prima especial de servicios no era factor salarial...”

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”

Claramente, no basta con el solo paso del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo. Concluyendo entonces que los servidores públicos no tenían forma de hacer valer su derecho, pues el mismo indefectiblemente cobró vigencia a partir de la nulidad de los decretos salariales, por ende, se defendía la tesis de que no puede predicarse prescripción pues en tales periodos no corrió la misma. La prescripción operaba contados tres años siguientes a la declaratoria de nulidad.

¹⁹ La sentencia que declaró nulo el artículo 7° del Decreto 38 de 1999 se notificó mediante edicto desfijado el 6 de agosto de 2002 y la que declaró nulos los artículos 7° del Decreto 50 de 1998 y 8° del Decreto 2729 de 2001, se notificó mediante edicto desfijado el 23 de octubre de 2007, es decir que la primera quedó ejecutoriada el 12 de agosto de ese año y la segunda el 26 del de octubre de 2007, lo que significa que a partir del día siguiente en que quedaron en firme surgió el derecho para la demandante.

La anterior tesis que fue acogida en la decisión esbozada por el Consejo de Estado, Sección Segunda–Subsección “A” del veintiuno (21) de abril dos mil dieciséis (2016), garantizando el acceso a la administración de justicia y la materialización de los derechos²⁰

Sin embargo, un giro a la línea jurisprudencial se dio en el Consejo de Estado, Sección Segunda - Sala de Conjuces²¹, en que determinaron que la prescripción debía tomarse contando solo tres (3) años atrás desde el inicio de la reclamación administrativa, y se interrumpe con la solicitud de reliquidación

“...Pasa la Sala a estudiar la figura de la prescripción; ello hace entrar en línea de cuenta la siguiente pregunta: ¿desde qué fecha hay que reconocer y pagar los salarios y las prestaciones sociales que hubieren sido mal liquidados por concepto de la prima especial de servicios?

Al respecto hay tres posibles tesis, que se podrían denominar “tesis amplia” (desde 1993), “tesis intermedia” (aplicar la prescripción trienal a partir de la fecha de interrupción de la prescripción), y “tesis estricta” (a partir de la sentencia constitutiva que declare la nulidad). A continuación se explica la justificación y la viabilidad de cada una de estas tres tesis. Primero la justificación:

- ***Tesis amplia:** los fallos de nulidad tienen efecto ex tunc, es decir, se asume que la norma anulada nunca existió, lo que se traduce en que hay que retrotraerse a la situación anterior a la expedición de la norma anulada. Si ello es así, la situación se remite al 1° de enero de 1993, fecha en que empezó a regir la Ley 4ª de 1992, que introdujo la prima especial de servicios. Es una tesis muy favorable al trabajador, pues se traduce en 25 años de reliquidaciones a partir de hoy.*
- ***Tesis intermedia:** en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969²². De conformidad con estas normas, la prescripción de acciones que emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde*

²⁰ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016). SE 034 Radicado: 050012331000200301220 01 (0239-2014) Actor: Samuel Correa Quintero Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación.

²¹ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

²² Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Artículo 102. Decreto 1848 de 1969: “Prescripción de acciones. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.

- **Tesis estricta:** *hasta que no sea anulado o inaplicado el decreto que castiga la prima especial de servicios, él goza de presunción de legalidad y de ejecutoriedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 88 y 89 de la Ley 1437 de 2011, de manera que la limitación salarial y prestacional que él introduce produce plenos efectos. Y es la respectiva sentencia que lo anule o inaplique la que hace exigible el derecho a que se reliquide los salarios y las prestaciones sociales de la manera más favorable al trabajador. Ahí, en la ejecutoria de esa sentencia, nace el derecho; por eso se habla de sentencias “constitutivas”. Entonces es desde ese momento que se tendría derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales y salariales. Antes no. Y hacia futuro, solo a partir de ese día se podría hablar de morosidad, para efectos de contabilizar la futura prescripción trienal. El Consejo de Estado ha sostenido esta línea jurisprudencial por ejemplo en la sentencia de la Sección Segunda del 6 de marzo de 2008 (C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) y del 16 de junio de 2016 (C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero)²³. Segundo la viabilidad:*

- **De la tesis amplia:** *esta tesis no se acoge por varios motivos. Primero, porque es diferente el instituto de la nulidad del instituto de la exigibilidad del derecho. En efecto, la nulidad tiene efectos ex tunc, como se anotó; pero la exigibilidad del derecho exige tener un límite en el tiempo, porque la Constitución dispone en su artículo 28 que no puede haber cadena perpetua ni deudas imprescriptibles. Una deuda de hace 25 años (o más) no puede constituirse en una vena rota para el deudor. Piénsese por un momento en las multas de tránsito o en las sanciones a los morosos de la DIAN, en donde se cambian los papeles y el Estado pasa a ser acreedor: los ciudadanos tienen derecho a redimir sus acreencias y tienen derecho al olvido, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. En este caso lo contrario no es fiscalmente viable ni conceptualmente razonable. Segundo, la factura de cobro de la inactividad procesal del interesado no se le puede trasladar al Estado, de conformidad con el principio según el cual nadie puede alegar o beneficiarse de su propia culpa²⁴. Si un actor se demora 15 o 20 años en demandar, como sí lo hicieron en forma oportuna otros trabajadores que se hallaban en una situación similar, él debe asumir el costo de su propia morosidad. Pero no el Estado. Y tercero, con las recientes jurisprudencias sobre prejudicialidad en laboral (cuando se ha debido demandar a la vez en acción de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho), sobre el reconocimiento de solo dos años en caso de despido injusto y sobre el incidente de impacto fiscal en la Corte Constitucional, entre otras, la tendencia actual apunta a racionalizar por razones de equidad los reconocimientos económicos que*

²³ “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia”.

²⁴ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, en latín.

se prolongan en el tiempo. Es una tendencia razonable y fiscalmente viable.

- **De la tesis intermedia: esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.**
- ***De la tesis estricta: esta tesis será dejada de lado porque ella fue aplicada por el Consejo de Estado a propósito de un tema diferente: el contrato realidad. Y como este caso es sobre la prima especial de servicios, que es distinto, no se puede extender la tesis jurisprudencial al caso concreto. Por otra parte, es la tesis más desfavorable para los trabajadores.***

(...) Tercero, la demandante tiene derecho a que se le pague la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir, desde el 14 de julio de 2008, o sea tres años atrás de la fecha en que solicitó el reajuste de sus prestaciones sociales y salariales, debido a la prescripción trienal. Por tanto, no tiene derecho a que se le reliquide desde el día 1° de enero de 1993, como lo indicó el fallo inicial, el cual será en este punto revocado.”

Finalmente, fue la mencionada Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, la que cambia la línea jurisprudencial y fija una nueva posición frente a este fenómeno:

“...ahora, en materia de acciones laborales ejercidas por empleados públicos y trabajadores oficiales, los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, establecen²⁵: (i) que el termino de prescripción es de tres (3) años, contados a partir de la exigibilidad del derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe, por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho.

Lo anterior implica que la prescripción requiere, como elemento sine qua non, que el derecho sea exigible, puesto que a partir de que se causa dicha exigibilidad, inicia el conteo de los 3 años con los que cuenta el empleado o trabajador para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, término que será interrumpido solo con la presentación de un reclamo escrito del derecho ante la autoridad encargada de reconocerlo.

²⁵ Decreto 3135 de 1968. Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Y agrega;

En atención a lo anterior, en cada caso en concreto se debe establecer: (i) el momento en que el derecho se tornó exigible y (ii) el momento en que se interrumpió la prescripción, para, a partir de la última fecha (presentación del reclamo escrito), contar 3 años hacia atrás y reconocer como debido por pagar solo 3 años anteriores a la interrupción. (subrayas propias).

Aun así, sobre la prima especial creada por la Ley 4ª de 1992, muchas son las discusiones dadas respecto al momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de la prescripción, por no tenerse claridad sobre la exigibilidad del derecho, pues que, en principio, este se causó con la vigencia de la norma que lo creó y, en adelante, con las liquidaciones a cada beneficiario bajo los parámetros fijados en los decretos que anualmente expidió el Gobierno para reglamentarla. No obstante, los correspondientes decretos expedidos entre los años 1993 y 2007 fueron declarados nulos –parcialmente-, mediante la sentencia de 29 de abril de 2014, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Dra. Maria Carolina Rodríguez Ruiz, porque, a juicio de la Corporación, «interpretaron erróneamente (...) la ley» y consagraron una liquidación en detrimento de los derechos laborales de los servidores públicos beneficiarios de esta.

Lo anterior para concluir lo siguiente;

Es criterio de la Sala que, en el caso de la prima especial de servicios, la constitución del derecho ocurrió en el primero de los eventos previamente señalados, es decir, su exigibilidad se predica desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 que la creó y con la expedición del decreto que la reglamentó primigeniamente, esto es, el Decreto 57 de 1993”

Así las cosas, y sin necesidad de acudir a más discernimientos, esta Sala de Conjuces acoge la última tesis propuesta por el Consejo de Estado en esta materia. Para el caso concreto y de acuerdo a la pauta jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado, sobre la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, de conformidad con los Decretos 3135 de 1998 y 1848 de 1969.

Ahora bien, debe señalarse que el término de prescripción de los derechos laborales reclamados es de tres (3) años contados a partir de su exigibilidad se declarará la prescripción. La reclamación administrativa se realizó el día **12 de abril de 2014** y siendo el periodo reclamado el contemplado **desde el 1 de marzo de 2005** y hasta el **31 de octubre de 2009**, en consecuencia, tiene un periodo cubierto de “...tres años atrás, y nunca más

atrás...” hasta el **12 de abril de 2011**, lo que significa que el periodo reclamado, fue afectado por el fenómeno de la prescripción y no puede ordenarse su pago.

LA PRESCRIPCIÓN FRENTE A LAS CESANTIAS Y LOS APORTES A PENSION DE JUBILACIÓN

- ***De las cesantías y sus intereses.***

En vista que la demanda trae consigo varias pretensiones en las cuales solicita -a groso modo- la reliquidación de las cesantías y de sus intereses, se hace necesario pronunciarse al respecto, en tanto, hasta acá el periodo reclamado se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción.

Ahora bien, del análisis probatorio (resoluciones que reconocen y pagan unas cesantías folios 245-281 C.1), es claro que las cesantías causadas durante el periodo en que el demandante ocupó el cargo de Juez de la Republica, incluyendo el periodo reclamado, fueron reconocidas y pagadas a la Dra. Henao Muñoz, sin embargo, como ya se dijo, la prima especial de servicios solo constituye factor salarial para efectos de los aportes a la pensión de jubilación y siendo las cesantías parte del grupo de prestaciones sociales, que le corresponden por ley al demandante, no es posible ordenar su reliquidación, en consecuencias, debe negarse toda pretensión que solicite algo relacionados con estas, pues no se trata de reclamar un pago que no se ha hecho, sino, que la petición se centra en su reliquidación teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial, situación, que como ya se dijo, no se da.

- ***De los aportes a pensión.***

También se hace necesario analizar el fenómeno prescriptivo frente a los aportes pensionales, toda vez que como ya se dijo, la prima especial de servicios solo es factor salarial para efectos de los cálculos de los aportes a la pensión de jubilación y, además, porque sobre el periodo reclamado, al menos a lo que en valores impagos por concepto de prima que se reclama, frente a este tema ha dicho el Consejo de Estado;

“[L]a prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado. Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales; ii) el principio in dubio pro operario; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad. De igual forma, la sentencia de unificación en cita ordenó al Juez Administrativo estudiar en todos los procesos en los cuales proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad,

aun así, no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Y, en consecuencia, precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador. De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que al señor Joel Antonio Varela Rolong se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar entre el 1.º de diciembre de 2003 y el 30 de junio de 2009. Excepto en lo relacionado con los aportes a seguridad social en pensiones por tratarse de una prestación imprescriptible.”²⁶

De acuerdo con lo citado, debe la demandada reajustar el aporte a pensión de jubilación, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y sobre el 100% del salario básico y no del 70% como lo hizo y consignar al fondo de pensiones, las diferencias no pagadas durante todo el periodo reclamado **desde el 1 de marzo de 2005** y hasta el **31 de octubre de 2009-**.

17. COSTAS.

Se dice que las costas se componen de las Costas procesales y de las Agencias en Derecho, entendida la primera como aquellos gastos procesales en que incurrió la parte demandante, para por así decirlo impulsar el proceso y las segundas son los honorarios del trabajo realizado por el apoderado de la demandante, sin embargo, para fijar las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

Ahora bien, los gastos procesales estuvieron a cargo de la parte demandante y este no aportó prueba al menos sumaria de ellos, por lo que no hay lugar a ordenar una condena frente a ellos.

Al respecto de las agencias en derecho y conforme el n° 1 del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016;

²⁶ Sentencia de 4 de noviembre de 2021, C.P. Dr. William Hernández Gómez, Sección Segunda-Subsección A, Consejo de Estado, radicado 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15), demandante Joel Antonio Varela Rolong Vrs Unidad Nacional de Protección (sucesora del DAS).

“...ARTÍCULO 5°. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son:

1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

(...).

En primera instancia.

a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:

(i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

(...)...”

Ahora bien, el artículo 25 del C.G.P., frente a las cuantías dice:

“Artículo 25. Cuantía. Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía.

Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv).

Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

(...).”

Respecto a este tema la misma sentencia de unificación se pronunció;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado²⁷, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado

²⁷ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia. La mencionada sentencia preciso que si bien es cierto la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en o costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...».

de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la acusación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”

De acuerdo con lo anterior al no avizorarse mala fe o maniobras dilatorias por la parte demandada, la Sala de Conjuces considera que no hay lugar a emitir condena en costas-agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

18. CASO CONCRETO Y CONCLUSIONES

17.1. Asunto.

Obra prueba dentro del expediente que, el **Dr. NESTOR CARMONA MARIN** laboró al servicio de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** desempeñando el cargo de **FISCAL SECCIONAL** por el periodo comprendido entre *el 1 de marzo de 2005* y hasta el *31 de octubre de 2009*. De igual manera, en resumen, la demandante reclama la reliquidación de sus salarios, cesantías y prestaciones sociales teniendo como factor salarial la prima, por este mismo periodo.

17.2. Conclusiones.

1. Se declara impróspera la excepción de *carencia de objeto* y próspera la excepción *genérica* de *prescripción*, en consecuencia, se declara la prescripción de todo el periodo reclamado - *desde el 1 de marzo de 2005* y hasta el *31 de octubre de 2009*-.
2. El **Dr. NESTOR CARMONA MARIN** tenía derecho al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y equivalente al 30% del sueldo básico, sumado a este y no deducido como se hizo, lo que provocó que le pagaran el 70% de su salario y sobre este porcentaje, se liquidaran las prestaciones sociales a las cuales tuvo derecho, y no respecto del 100% como debió hacerse; por lo que se accederá a la declaración de la nulidad del *Acto Administrativo DAP-20143100083861 de 31 de diciembre de 2014*.
3. Que la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, solo constituye factor salarial para efectos de los aportes a pensión de jubilación y, en consecuencia; se deben negar las pretensiones relacionadas con ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales,

incluidas las cesantías y sus intereses y en consecuencia; se ordenará a la demandada **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, reliquidar los aportes a pensión causados por el demandante por todo el periodo reclamado **-desde el 1 de marzo de 2005** y hasta el **31 de octubre de 2009-**, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y tomando como base el 100% del salario base devengado y no el 70% como se hizo y, consignar las diferencias, al fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado.

4. No hay lugar a la condena en costas de ninguna clase.
5. Las Sumas dinerarias que serán liquidadas en favor del actor, deberán ser ajustadas en los términos del artículo 178 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R: \frac{Rh \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

6. Según la cual el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria está sentencia por el índice inicial). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4° del artículo 195 del CPACA.
7. Por tratarse de pagos sucesivos la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada reliquidación prestacional.
8. Las sumas de las que se ordena su pago, deberá reglarse por los artículos 189 y 192 del CPACA.

19. FALLA

PRIMERO: ACOGER de manera integral lo dispuesto en la **Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado** y, en consecuencia;

SEGUNDO: Declárense **IMPROSPERA** la excepción de **carencia de objeto** y, en consecuencia; declárense la nulidad del **Acto Administrativo DAP-20143100083861 de 31 de diciembre de 2014**. Además; se declara la **PROSPERIDAD** de la excepción **genérica de prescripción trienal laboral** y, en consecuencia, la afectación con este fenómeno de todo el periodo reclamado **- desde el 1 de marzo de 2005** y hasta el **31 de octubre de 2009-**.

TERCERO: DECLARAR que la prima especial de servicios que se reclama, **SOLO** constituye **FACTOR SALARIAL** respecto a la **pensión de jubilación** y, en consecuencia; se **ORDENA** a la demandada **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** reliquidar los aportes a pensión realizados para el periodo comprendido - **desde el 1 de marzo de 2005** y hasta el **31 de octubre de 2009-**, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y tomando como base el 100% del salario base devengado y no el 70% como se hizo y consignarlos al fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: ORDENAR a la demandada que para el cumplimiento de la sentencia deberá efectuarse en los términos previstos en los artículos 189 y 192 del CPACA.

SEPTIMO: Sin necesidad de auto que lo ordene, ejecutoriada esta sentencia y a petición de parte interesada, emitir **COPIAS AUTÉNTICAS**. Por **SECRETARIA** hacer las anotaciones en la base de datos **SIGLO XXI**.

OCTAVO: Evacuadas todas las etapas procesales de este proceso y una vez este ejecutoriada la última providencia emitida, **DEVUELVA** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** las diligencias.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en sala celebrada el 28 de abril de 2023.

Los Conjuces;



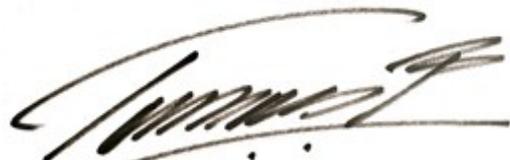
LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA

Ponente



JORGE IVAN LOPEZ DIAZ

Revisor



TOMAS FELIPE MORA GOMEZ

Revisor

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

Liliana Eugenia García Maya

Conjuez Ponente

Manizales, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de primera instancia, después de haberse agotado con éxito todas las etapas procesales y pasar a despacho el pasado 10 de abril de 2023 por cuenta de este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** que responde al radicado n° **17001233300020180034200** en el que es demandante el señor **RUBEN ANTONIO NARANJO GARCIA** contra la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** con ponencia de esta Conjuez **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y con la participación de los Conjueces revisores, **Dr. JORGE IVAN DIAZ LOPEZ** y el **Dr. TOMAS FELIPE GOMEZ MORA**.

2. ASUNTO

Actuando a través de apoderado judicial, el demandante **RUBEN ANTONIO NARANJO GARCIA** instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, para reclamar el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, en cantidad del 30% del salario básico, además su carácter de factor salarial y la consecuente reliquidación de todas las prestaciones sociales teniendo en cuenta la prima reclamada, también por todo el periodo en que se desempeñó como Procurador Judicial.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

Declaraciones:

- 1. Declarar la nulidad del Acto Administrativo SG-001268 de 23 de febrero de 2018.***

Condenas:

A título de restablecimiento del derecho, ordenar a la demandada, lo siguiente;

2. **RECONOCER y PAGAR** debidamente indexados y con intereses, de las prestaciones económicas laborales y sociales (vacaciones, primas de servicios, de navidad, de vacaciones, cesantías, bonificación por servicios y demás liquidaciones a que tenga derecho) que le adeudan al demandante desde el 5 de septiembre de 2012 y hasta el 1 de septiembre de 2016, por no haber computado en su favor el 30% de la prima especial como factor salarial para las respectivas liquidaciones.
3. **ORDENAR** a la demandada ajustar tomando como base el IPC de conformidad con lo reglado en el artículo 187 del CPACA.
4. **ORDENAR** a la demandada el cumplimiento de la sentencia dentro de los términos establecidos por el artículo 192 del CPACA.
5. **ORDENAR** a la demandada a pagar las cosas y agencias en derecho que se llegasen a causar.

4. HECHOS

El **Dr. NESTOR CARMONA MARIN** laboró al servicio de la Procuraduría General de la Nación desempeñando el cargo de Procurador 217 Judicial I de Familia de Manizales desde el *5 de septiembre de 2005* y hasta el *1 de septiembre de 2016*.

5. RECLAMACION ADMINISTRATIVA

A través de petición presentada el *2 de enero de 2018*, instauró derecho de petición ante la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, en la que solicitó -a grandes rasgos- el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, además, el reconocimiento y pago de esta prestación social como factor salarial y las correspondientes reliquidaciones por el periodo laborado al servicio de la demandada y en el cargo de Procurador Judicial.

Dicha petición fue negada a través del oficio SG-001268 de 23 de febrero de 2018, limitando al recurso de reposición la discusión respecto de esta respuesta, y dado que este no es obligatorio, por decisión del demandante, dio por agotada este requisito de procedibilidad.

6. CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

El **16 de marzo de 2018**, el demandante por intermedio de su apoderado presentó ante la Procuraduría General de la Nación **solicitud de conciliación**. A través de la **resolución n° 291 de 23 de abril de 2018** el Procurador 28 Judicial II para asuntos administrativos, declaró fallida la diligencia ante la ausencia de animo conciliatorio.

7. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Mencionó la parte demandante en este acápite del escrito de la demanda, lo siguiente;

- 7.1. Normas Constitucionales vulneradas:** preámbulo, artículos 13 y 53.
- 7.2. Normas de carácter nacional vulneradas:** artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.
- 7.3. Jurisprudencia del Consejo de Estado:** Circular n° 22 de 2015 - Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y los precedentes vinculantes del Honorable Consejo de Estado.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 creó lo que se conoce como “*prima especial de servicios*” equivalente al 30% de los ingresos laborales, para Jueces, Magistrados y afines, lo que constituye un derecho cierto, real y efectivo, sin embargo el Gobierno dio una interpretación errada a la norma, pues en vez de pagar una prima equivalente al 30% del salario básico mensual, extrajo del salario el 30% y lo denominó prima especial de servicios y el restante 70% lo entregó a título de salario básico mensual, es decir, pago un 100% como salario y lo que debía hacer, era pagar el 130%, aunado a eso, al realizar el cálculo de las prestaciones sociales, desconoció el carácter de factor salarial de esta prima, por lo que desmejoró ostensiblemente la remuneración básica mensual a que tiene derecho la demandante.

Desconoce entonces la demandada estos postulados, al liquidar las prestaciones sociales del demandante, sin realizar correctamente el cálculo que le corresponde a la prima especial de servicios, equivalente al 30% de su salario básico mensual.

8. TRASLADO DE LA DEMANDA.

Admitida la demanda el 11 de febrero de 2020, fue notificada a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** el 24 de febrero de 2020,

sin embargo, a 3 de septiembre de 2020, que se cumplió el termino de traslado, la demandada no se pronuncio frente a la demanda.

9. ANTECEDENTES PROCESALES

Se tiene que en el presente proceso se surtieron con éxito las siguientes etapas procesales:

Radicada la demanda el **12 de junio de 2018**, el 24 de enero de 2019 la Sala Plena de esta Corporación se declaró impedida para conocer esta demanda. El 30 de mayo de 2019 el Consejo de Estado aceptó el impedimento y el 15 de noviembre de 2019 se celebró sorteo de conjueces y le correspondió a esta Conjuez su conocimiento. El 11 de febrero de 2020 se avoco el conocimiento de este proceso y fue admitida, la notificación de la demanda se realizó el 24 de febrero de 2019. El 28 de febrero de 2020 el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, se declaró impedido para conocer esta causa y a través de auto 015 de 4 de marzo de 2020 se aceptó el impedimento, luego hizo lo mismo el Procurador 29 Judicial II Administrativo, a quien también se le acepto el impedimento, por medio de providencia del 12 de marzo de 2020 y se designó la representación de la sociedad a la Procuraduría Regional de Caldas, la cual jamás avoco el conocimiento de este proceso. - *01Cuaderno1(fl. 1-77)-*

El 19 de diciembre de 2022, aprovechando la oportunidad que da el artículo 182A -sentencia anticipada-, se reconoció personería para representar a la parte demandada a la *Dra. LUZ STELLA GIRALDO BOTERO - 03SustitucionPoder-*, se fijó el litigio, se agotó la etapa probatoria y se corrió traslado para alegar de conclusión -*05PruebaFijalitigioAlegatos-*.

10. PIEZAS PROCESALES OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Poder del demandante **RUBEN ANTONIO NARANJO GARCIA** para la abogada **Dra. YURANY GIRALDO ECHEVERRY**, escrito de la demanda y las pruebas que la acompañan -*01Cuaderno1(fl. 1-77)-*, sustitución de poder del jefe de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación a la abogada Luz Stella Giraldo Gallego - *03SustitucionPoder-*.

11. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

a. Demandante.

- *En el escrito de la demanda.*

Solicitud de conciliación de 16 de marzo de 2018, derecho de petición de 2 de enero de 2018, notificación oficio SG-001268/2018, oficio SG-001268 de 23 de febrero de 2018, certificación laboral de tiempos de servicio del Dr. Rubén Antonio Naranjo García emitida por la Procuraduría General de la Nación, resolución 263 de 2012 “competencias funcionales del cargo Procurador Delegado, certificación laboral de emolumentos pagados al Dr. Dr. Rubén Antonio Naranjo García, resolución n° 291 de 23 de abril de 2018 “por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación” - *01Cuaderno1(fl. 1-77)-*.

12. SUSPENSION DE LOS TERMINOS

Por medio de los *acuerdos PCSJA2011517 de 15 de marzo de 2020, PCSJA2011521 de 19 de marzo de 2020, PCSJA2011526 de 22 de marzo de 2020 y PCSJA2011532 de 11 de abril de 2020* el Consejo Superior de la Judicatura, y ordenó la suspensión de los términos procesales para la jurisdicción ordinaria, al igual que la contenciosa administrativa, dejando vigente las acciones de tutela y los habeas corpus, acogiendo el *decreto 417 de 17 de marzo de 2020* emitido por el Gobierno Nacional, que declaró la situación de Emergencia Económica, Social y Ecológica, por la amenaza del COVID-19.

13. ALEGACIONES FINALES

El memorial presentado por la parte demandada, lo firma una abogada que no tiene poder para actuar en esta causa, tampoco se acompañó sustitución de poder a los alegatos, por lo que no se tendrán en cuenta.

14. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Conjuces, atendiendo 1). La orden emitida por el Consejo de Estado en auto de 30 de mayo de 2019 que aceptó el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y a este Conjuce por sorteo de conjuces realizado el pasado 15 de noviembre de 2019 -*01Cuaderno1(fl. 1-77)-*.

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala repasa las actuaciones hasta este momento superadas y no encuentra circunstancias que puedan viciar o anular las actuaciones hasta ahora surtidas.

c. PROBLEMA JURÍDICO:

Se define así;

a). *¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 y equivalente al 30% de su sueldo básico?*

b). *¿Tiene la prima especial de servicios, carácter de factor salarial?*

c). *¿Opera el fenómeno de la prescripción trienal laboral, sobre el periodo reclamado?*

d. INTRODUCCION A LAS CONSIDERACIONES.

Antes de iniciar con el análisis de la Sentencia, resulta importante aclarar la obligación de la Sala de Conjuces-Tribunal Administrativo de Caldas, de acoger en su integridad lo dispuesto en la *Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado*, en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 102, 269, 271 del CPACA, los cuales infieren el efecto de obligatorio cumplimiento que tienen las sentencias de unificación.

e. ANALISIS

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS, ARTICULO 14 DE LA LEY 4 DE 1992 EN APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD –

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1º y 2º lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;

b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;

c) Los miembros del Congreso Nacional, y

d) Los miembros de la Fuerza Pública”.

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

b) (...)”.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional en su artículo 14, creó la prima de servicios, así:

ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

A su vez, el Gobierno año tras año, en virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, expidió los decretos mediante los cuales dictó disposiciones en materia salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima.

Ahora bien, dichos decretos salariales desde el año 1993 al año 2007, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado mediante providencia suscrita el día 29 de abril de 2014, en la que se señaló que el Gobierno Nacional interpretó las normas de forma errónea, en tanto desmejoró el salario de los funcionarios de la Rama Judicial, razón por la cual declaró la nulidad de los decretos que establecían el salario y las prestaciones para los servidores públicos de la Rama Judicial desde el año 1993 al año 2007, ***quedando en vigencia el salario en un cien por ciento (100%) para que sea tenido al momento de efectuar cálculos para pagar prestaciones sociales***, cesantías, indemnizaciones, intereses, bonificaciones, prima de navidad, vacaciones, de servicio y demás rubros que se reconocen y pagan a los funcionarios públicos. Se expuso en dicha sentencia lo siguiente¹:

“En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%. Aunque parece un juego de palabras, son dos cosas completamente diferentes, pues la primera interpretación implica una reducción del salario básico al 70%, mientras que la segunda, que es la correcta de conformidad con la Ley y la Constitución Política, como se explicará más adelante, implica que se puede tomar el 30% del salario, pero solamente para efectos de cuantificar la prima especial, para luego adicionarla al salario básico. La diferencia se evidencia en el siguiente ejemplo, para el cual hemos tomado un salario básico de \$10.000.000:

<i>Primera interpretación (el 30% del salario básico es la prima misma)</i>	<i>Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico)</i>
<i>Salario básico: \$10.000.000</i>	<i>Salario básico: \$10.000.000</i>

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONJUEZ. PONENTE: MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014). EXPEDIENTE No. 11001-03-25-000-2007-00087-00. No. INTERNO: 1686-07.

Nulidad y restablecimiento del derecho.

17001233300020180034200

Rubén Antonio Naranjo García Vrs Procuraduría General de la Nación

Sentencia n° 040

<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>	<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>
<i>Salario sin prima: \$7.000.000</i>	<i>Salario más prima: \$13.000.000</i>
<i>Total a pagar al servidor: \$10.000.000</i>	<i>Total a pagar al servidor: \$13.000.000</i>

A su vez en reciente sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de septiembre el 2015, Conjuez Ponente: Carmen Anaya de Castellanos², se señaló al respecto:

“... para esta Sala de Conjueces es claro que tales normas y actos administrativos demandados, desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma, contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30% del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES, durante el período demandado”.

De acuerdo a lo anterior, con los criterios normativos establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados anualmente, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, se dio una incorrecta interpretación, aplicando indebidamente la Ley 4ª de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que los actos administrativos demandados son contrarios a la Constitución y la Ley, pues desconocen los derechos laborales prestacionales del actor y vulneran principios constitucionales, por lo que es mandatario ordenar el pago íntegro del salario, y la reliquidación de sus derechos laborales y prestacionales, en atención al desarrollo y evolución jurisprudencial que procura la protección de los derechos laborales económicos y constitucionales reclamados.

Providencia que fue confirmada por la reciente sentencia de unificación que sobre esta prima emitió el Consejo de Estado³, la cual concluyó que la prima especial de servicios, de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, es una prestación social equivalente al 30% del sueldo básico de estos funcionarios y es adicional a este y no, como lo pretendieron el Gobierno y la demandada, incluido en el sueldo básico, así las cosas, el sueldo real que debió

² Actor: José Fernando Osorio Cifuentes. No radicación 73001233100020110010202

³ Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjueces, C.P: Carmen Anaya de Castellanos. Actor: Joaquín Vera Pérez Demandado: Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial.

recibir la demandante por este concepto, era la prima especial de servicios equivalente más el sueldo básico y esto constituye el 100% real de este.

“...Para la sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta(sic) para la reliquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho...”

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS COMO FACTOR SALARIAL

De igual manera, hace parte de la reclamación realizada por la parte demandante y de la contestación hecha por la demandada, la condición o no, de factor salarial que supuestamente reviste la prima especial de servicios.

El artículo 14 de la Ley 4 de 1992, que señaló expresamente su carácter de *no salarial*, fue modificado por la Ley 332 de 1994 “*Por la cual se modifica la Ley 4 de 1992 y se dictan otras disposiciones*”, señalando que la prima *constituiría parte del ingreso base, pero únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación*. El artículo en cuestión señala:

Artículo 1º.- Aclarado por el art. 1, Ley 476 de 1998⁴ La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecida por la Ley.

La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.⁵

⁴ **Artículo 1º.** Aclárese el artículo 1º de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4ª de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6º del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.

⁵ Texto en Negrita declarado EXEQUIBLE en Sentencia Corte Constitucional 444 de 1997. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 129 de 1998

De igual manera la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996 al realizar análisis de constitucionalidad se pronunció sobre los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, declarando la EXEQUIBILIDAD de la frase “*sin carácter salarial*”.

El Consejo de Estado, Sección Segunda⁶, en reciente sentencia adujo que la prima especial de servicios ***NO tiene carácter salarial***:

“Dicha ley marco es la Ley 4ª de 1992, que en el artículo 14 establece una prima especial de servicios sin carácter salarial para diversos servidores públicos, que oscila entre el 30% y el 60% de la remuneración básica mensual⁷.

(...) En esta sentencia, que es del año 2014, se anularon todos los decretos expedidos sobre la materia por parte del Gobierno Nacional entre 1993 y el 2007.

Aquí en el caso que nos ocupa se acoge y ratifica esta línea jurisprudencial, con la siguiente precisión: es necesario distinguir la liquidación del ingreso mensual de la liquidación de las prestaciones sociales, así:

En cuanto a lo primero, el ingreso mensual se debe liquidar como se indicó en el cuadro transcrito de la sentencia del 29 de abril de 2014, o sea que incluya el salario básico más un 30% adicional, a título de prima especial de servicios. En el ejemplo, cada mes se debería pagar \$13.000.000 de pesos.

Y en cuanto a lo segundo, las prestaciones sociales se deben liquidar sobre la totalidad del salario básico, sin restar ni sumar el 30% de la prima especial de servicios, que para estos efectos no tiene incidencia alguna, ya que no tiene carácter salarial, como lo indica la Ley 4ª de 1992. En el ejemplo, las prestaciones se deben liquidar sobre una base de \$10.000.000 de pesos.” (subrayas fuera de texto)

Conforme a la sentencia anterior, el porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios ***SOLO tiene carácter salarial***, únicamente frente a la pensión de jubilación, posición que fue confirmada por la sentencia de unificación proferida por la Sala de Conjuces del Consejo de Estado el pasado 2 de septiembre de 2019 y de la que hemos venido hablando;

6 SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

7 Ley 4 de 1992. Artículo 14: “El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

“...En efecto, la norma previó que dicha prima, no constituiría factor salarial, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-279 de 1996, en la que se adujo:

«el Legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen o no salario; así como definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. El considerar que los pagos por primas técnicas y especial no constituyen factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido con la comunidad internacional.»

A partir de la expedición de la Ley 332 del 19 de diciembre de 1996, el carácter no salarial de la mencionada prestación, fue modificado en el sentido de que esta debía tenerse en cuenta para efectos de liquidar prestaciones pero únicamente respecto a la **pensión de jubilación** de los funcionarios señalados en la norma que, a la fecha de su entrada en vigencia, se encontraran vinculados al servicio o que se jubilaran con posterioridad a esta.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 facultó al Gobierno para determinar el porcentaje de la prima especial que, según el legislador, debía oscilar entre el 30 y el 60 % del salario básico, aspecto que ha sido regulado por el ejecutivo anualmente a partir de 1993, al expedir los decretos salariales de los servidores públicos.

En segundo lugar, el ejecutivo reglamentó el régimen salarial ordinario de los servidores públicos, así como previsto en el Decreto 57 de 1993, aplicable a los funcionarios que renunciaron al régimen ordinario y optaron por este y, a quienes se vincularon a partir de su vigencia. Frente al régimen de acogidos al Decreto 57 de 1993, se determinó que «el treinta por ciento (30%) de la remuneración mensual de los siguientes servidores públicos se considera como Prima Especial, sin carácter salarial»⁸.

Y frente al régimen salarial de los no acogidos, se estableció que «los funcionarios a que se refieren los artículos 5 y 6 del presente decreto tendrán derecho a una prima especial mensual equivalente al treinta por ciento (30%) de la asignación básica y los gastos de representación sin carácter salarial y sustituye la prima de que trata el artículo 7 del decreto 903 de 1992»⁹.

En tercer lugar, es importante destacar que el entendimiento del concepto de prima ha sido abordado por el Consejo de Estado¹⁰ al señalar que el título de «primas» significa invariablemente un agregado en el ingreso de los servidores públicos en ocasiones de naturaleza prestacional, salarial o como simple bonificación, con la constante, eso

⁸Artículo 7, Decreto 57 de 1993.

⁹Artículo 7, Decreto 51 de 1993.

¹⁰ Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda del 2 de abril de 2009, expediente 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07), actor: Luis Esmeldy Patiño López, magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

sí, de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral. Señaló expresamente la Sala:

«... la noción de “prima” como concepto genérico emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un “plus” en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.»

Fuerza entonces concluir que, por orden de la ley y la jurisprudencia, tanto de nuestro órgano superior como de la Corte Constitucional, la prima especial de servicios que reclama la demandante, **SOLO** le reviste carácter de **factor salarial** para efectos de cotización para la **pensión de jubilación**.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS FRENTE A JUECES DE LA REPUBLICA y HOMOLOGOS

Consecuente con la Sentencia de Unificación mencionada, la prima especial de servicios fue creada por el legislador como una contraprestación que debería ser sumada al sueldo de los funcionarios beneficiados con esta y no, como lo viene aplicando la parte demandada, extrayendo el equivalente a la prima especial de servicios de 30%, del salario básico de estos funcionarios;

“...Para la Sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional, año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho.”

De las pruebas arrojadas al proceso, no quedan dudas que el señor **RUBEN ANTONIO NARANJO GARCIA** laboró al servicio de la Procuraduría General de la Nación desempeñando el cargo de Procurador 217 Judicial I de Familia, por el periodo comprendido entre **-el 5 de septiembre de 2012 y el 1 de septiembre de 2016-**, y de su análisis es claro que, de su propio salario, fue deducido el valor de la prima especial de servicios¹¹, por tanto, tendrá derecho al reconocimiento de la prima especial de servicios de que trata

¹¹ Certificación laboral n° 8356 de 8 de febrero de 2017.

el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, y a la reliquidación de su salario y de las prestaciones sociales, tomando como base el cien por ciento (100%) de su salario y no el setenta por ciento (70%), como se hizo, por el periodo comprendido *-el 5 de septiembre de 2012 y el 1 de septiembre de 2016-*. De igual manera, siendo la prima solo factor salarial para cotización a pensión de jubilación, deben reliquidarse sus aportes por este mismo periodo, tomando el 100% de la prima especial reclamada y consignar al fondo escogido por la demandada, las diferencias.

PRESCRIPCIÓN TRIENAL LABORAL -Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado-

La línea jurisprudencial que venía defendiendo el Consejo de Estado años atrás, disponía que la prescripción que deviene de la nulidad de los decretos salariales *se debe contar desde la ejecutoria de la primera sentencia* que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios, es decir la tesis amplia, porque los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y fue con dicha decisión judicial, es decir la nulidad simple, que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales. Al respecto se había señalado con claridad:

“...Sobre la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la misma se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios. Lo anterior porque: (i) Los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma precitada tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y; (ii) porque fue con la decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales y no antes¹². Así las cosas, el día 14 de febrero de 2002 se profirió la primera sentencia que declaró nula la expresión “sin carácter salarial” del artículo 7º del Decreto 038 de 1999, por lo tanto, es a partir de dicha fecha que se cuenta la prescripción, puesto que con la expedición de la misma surgió el derecho de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima especial de servicios. Ante tal situación, a los mismos los cobija el término prescriptivo de tres años de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 para presentar la solicitud de reliquidación de sus prestaciones sociales. Ahora, el término de caducidad debe contarse no desde la ejecutoria del acto administrativo que liquidó de forma definitiva las prestaciones sociales del servidor de la Fiscalía General de

¹² Cita de cita: Al respecto ver sentencia de la Sala Plena. Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 0230-08, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

la Nación, sino desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción atrás señalado.

En efecto, ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral, como puede ser la declaratoria de la nulidad de una norma, el servidor público beneficiado, tiene la posibilidad una vez agote la vía administrativa, demandar la negativa de la entidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Todo lo anterior, fue precisado por esta Sección en sentencia del 4 de agosto de 2010¹³ en la que se unificó el criterio en cuanto al carácter salarial de la prima de servicios y en lo referente al término de prescripción y caducidad para reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas. Al respecto la providencia señaló: “[...] De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

*Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. [...] Ocurre sin embargo, **que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la Consecuente con lo administración su reconocimiento. [...] anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena***

¹³ Cita de cita: *Ibidem*

certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento. Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento [...] De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Tal providencia recogió los argumentos expuestos en varias decisiones proferidas tanto por la Subsección “A” como por la Subsección “B”, en las cuales se expresó que en casos como el aquí analizado, procede el estudio de fondo de las pretensiones porque, se reitera, el derecho surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial¹⁴. Ahora, si bien la providencia citada se refiere al auxilio de cesantías liquidado definitivamente, tal postulado se aplica también para las otras prestaciones sociales que ya se hubiesen liquidado de forma definitiva. Así lo explicó la Sección Segunda Subsección “B” al manifestar¹⁵: “[...] 1.1.1 Respecto de las demás prestaciones sociales. Siguiendo esta postura y teniendo en cuenta que el término de prescripción (3 años) se cuenta a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, en el asunto objeto de examen no puede decirse que la obligación se hizo exigible a la fecha de expedición de los Decretos que fijaron las escalas salariales para los empleados de la Fiscalía General de la Nación o, para el caso de las cesantías, como ya se dijo, a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que las liquidó año a año; porque el mismo surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial en cada uno de ellos¹⁶. [...] No puede arribarse a una conclusión distinta porque de nada valdría la anulación de las normas

¹⁴ Cita de cita: Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 4 de marzo de 2010. No. Interno 1469-07. Actor. Aura Luz Mesa Herrera. Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 8 de abril de 2010. No. Interno 0512-08. Actor. María Marlene Bello Sánchez.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09). Actor: Álvaro Guillermo Cuellar Romero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

¹⁶ La sentencia que declaró nulo el artículo 7° del Decreto 38 de 1999 se notificó mediante edicto desfijado el 6 de agosto de 2002 y la que declaró nulos los artículos 7° del Decreto 50 de 1998 y 8° del Decreto 2729 de 2001, se notificó mediante edicto desfijado el 23 de octubre de 2007, es decir que la primera quedó ejecutoriada el 12 de agosto de ese año y la segunda el 26 del de octubre de 2007, lo que significa que a partir del día siguiente en que quedaron en firme surgió el derecho para la demandante.

que limitaban el derecho de los trabajadores, lo que sucedía al negar el cómputo de la Prima Especial de Servicios como factor salarial, si las personas perjudicadas con esa determinación no pudieran hoy valerse de la desaparición de la norma restrictiva para ejercer sus derechos a plenitud [...]”. En conclusión: la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de servicios, porque fue con tal decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la referida prima.

Así mismo, el término de caducidad debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción. Lo anterior porque se está ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral que antes no existía y que surgió a raíz de la declaratoria de nulidad de la norma que establecía que la prima especial de servicios no era factor salarial...”

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”

Claramente, no basta con el solo paso del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo. Concluyendo entonces que los servidores públicos no tenían forma de hacer valer su derecho, pues el mismo indefectiblemente cobró vigencia a partir de la nulidad de los decretos salariales, por ende, se defendía la tesis de que no puede predicarse prescripción pues en tales periodos no corrió la misma. La prescripción operaba contados tres años siguientes a la declaratoria de nulidad. La anterior tesis que fue acogida en la decisión esbozada por el Consejo de Estado, Sección Segunda–Subsección “A” del veintiuno (21) de abril dos mil dieciséis (2016), garantizando el acceso a la administración de justicia y la materialización de los derechos¹⁷

¹⁷ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016). SE 034 Radicado: 050012331000200301220 01 (0239-2014) Actor: Samuel Correa Quintero Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación.

Sin embargo, un giro a la línea jurisprudencial se dio en el Consejo de Estado, Sección Segunda - Sala de Conjuces¹⁸, en que determinaron que la prescripción debía tomarse contando solo tres (3) años atrás desde el inicio de la reclamación administrativa, y se interrumpe con la solicitud de reliquidación

“...Pasa la Sala a estudiar la figura de la prescripción; ello hace entrar en línea de cuenta la siguiente pregunta: ¿desde qué fecha hay que reconocer y pagar los salarios y las prestaciones sociales que hubieren sido mal liquidados por concepto de la prima especial de servicios?”

Al respecto hay tres posibles tesis, que se podrían denominar “tesis amplia” (desde 1993), “tesis intermedia” (aplicar la prescripción trienal a partir de la fecha de interrupción de la prescripción), y “tesis estricta” (a partir de la sentencia constitutiva que declare la nulidad). A continuación se explica la justificación y la viabilidad de cada una de estas tres tesis. Primero la justificación:

- ***Tesis amplia:*** los fallos de nulidad tienen efecto *ex tunc*, es decir, se asume que la norma anulada nunca existió, lo que se traduce en que hay que retrotraerse a la situación anterior a la expedición de la norma anulada. Si ello es así, la situación se remite al 1° de enero de 1993, fecha en que empezó a regir la Ley 4ª de 1992, que introdujo la prima especial de servicios. Es una tesis muy favorable al trabajador, pues se traduce en 25 años de reliquidaciones a partir de hoy.
- ***Tesis intermedia:*** en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969¹⁹. De conformidad con estas normas, la prescripción de acciones que emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.
- ***Tesis estricta:*** hasta que no sea anulado o inaplicado el decreto que castiga la prima especial de servicios, él goza de presunción de legalidad y de ejecutoriedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 88 y 89 de la Ley 1437 de 2011, de manera que la limitación salarial y prestacional que él introduce produce plenos efectos. Y es la respectiva sentencia que lo anule o inaplique la que hace exigible el derecho a que

¹⁸ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

¹⁹ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Artículo 102. Decreto 1848 de 1969: “Prescripción de acciones. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

se reliquide los salarios y las prestaciones sociales de la manera más favorable al trabajador. Ahí, en la ejecutoria de esa sentencia, nace el derecho; por eso se habla de sentencias “constitutivas”. Entonces es desde ese momento que se tendría derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales y salariales. Antes no. Y hacia futuro, solo a partir de ese día se podría hablar de morosidad, para efectos de contabilizar la futura prescripción trienal. El Consejo de Estado ha sostenido esta línea jurisprudencial por ejemplo en la sentencia de la Sección Segunda del 6 de marzo de 2008 (C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) y del 16 de junio de 2016 (C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero)²⁰.

Segundo la viabilidad:

- ***De la tesis amplia:*** *esta tesis no se acoge por varios motivos. Primero, porque es diferente el instituto de la nulidad del instituto de la exigibilidad del derecho. En efecto, la nulidad tiene efectos ex tunc, como se anotó; pero la exigibilidad del derecho exige tener un límite en el tiempo, porque la Constitución dispone en su artículo 28 que no puede haber cadena perpetua ni deudas imprescriptibles. Una deuda de hace 25 años (o más) no puede constituirse en una vena rota para el deudor. Piénsese por un momento en las multas de tránsito o en las sanciones a los morosos de la DIAN, en donde se cambian los papeles y el Estado pasa a ser acreedor: los ciudadanos tienen derecho a redimir sus acreencias y tienen derecho al olvido, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. En este caso lo contrario no es fiscalmente viable ni conceptualmente razonable. Segundo, la factura de cobro de la inactividad procesal del interesado no se le puede trasladar al Estado, de conformidad con el principio según el cual nadie puede alegar o beneficiarse de su propia culpa²¹. Si un actor se demora 15 o 20 años en demandar, como sí lo hicieron en forma oportuna otros trabajadores que se hallaban en una situación similar, él debe asumir el costo de su propia morosidad. Pero no el Estado. Y tercero, con las recientes jurisprudencias sobre prejudicialidad en laboral (cuando se ha debido demandar a la vez en acción de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho), sobre el reconocimiento de solo dos años en caso de despido injusto y sobre el incidente de impacto fiscal en la Corte Constitucional, entre otras, la tendencia actual apunta a racionalizar por razones de equidad los reconocimientos económicos que se prolongan en el tiempo. Es una tendencia razonable y fiscalmente viable.*

- ***De la tesis intermedia:*** ***esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.***

²⁰ “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia”.

²¹ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, en latín.

- ***De la tesis estricta:*** esta tesis será dejada de lado porque ella fue aplicada por el Consejo de Estado a propósito de un tema diferente: el contrato realidad. Y como este caso es sobre la prima especial de servicios, que es distinto, no se puede extender la tesis jurisprudencial al caso concreto. Por otra parte, es la tesis más desfavorable para los trabajadores.

(...) Tercero, la demandante tiene derecho a que se le pague la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir, desde el 14 de julio de 2008, o sea tres años atrás de la fecha en que solicitó el reajuste de sus prestaciones sociales y salariales, debido a la prescripción trienal. Por tanto, no tiene derecho a que se le reliquide desde el día 1° de enero de 1993, como lo indicó el fallo inicial, el cual será en este punto revocado.”

Finalmente, fue la mencionada Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2°-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, la que cambia la línea jurisprudencial y fija una nueva posición frente a este fenómeno:

“...ahora, en materia de acciones laborales ejercidas por empleados públicos y trabajadores oficiales, los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, establecen²²: (i) que el termino de prescripción es de tres (3) años, contados a partir de la exigibilidad del derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe, por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho.

Lo anterior implica que la prescripción requiere, como elemento sine qua non, que el derecho sea exigible, puesto que a partir de que se causa dicha exigibilidad, inicia el conteo de los 3 años con los que cuenta el empleado o trabajador para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, término que será interrumpido solo con la presentación de un reclamo escrito del derecho ante la autoridad encargada de reconocerlo.

Y agrega;

En atención a lo anterior, en cada caso en concreto se debe establecer: (i) el momento en que el derecho se tornó exigible y (ii) el momento en que se interrumpió la prescripción, para, a partir de la última fecha (presentación del reclamo escrito), contar 3 años hacia atrás y reconocer como debido por pagar solo 3 años anteriores a la interrupción. (subrayas propias).

²² Decreto 3135 de 1968. Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Aun así, sobre la prima especial creada por la Ley 4ª de 1992, muchas son las discusiones dadas respecto al momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de la prescripción, por no tenerse claridad sobre la exigibilidad del derecho, pues que, en principio, este se causó con la vigencia de la norma que lo creó y, en adelante, con las liquidaciones a cada beneficiario bajo los parámetros fijados en los decretos que anualmente expidió el Gobierno para reglamentarla. No obstante, los correspondientes decretos expedidos entre los años 1993 y 2007 fueron declarados nulos –parcialmente-, mediante la sentencia de 29 de abril de 2014, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Dra. Maria Carolina Rodríguez Ruiz, porque, a juicio de la Corporación, «interpretaron erróneamente (...) la ley» y consagraron una liquidación en detrimento de los derechos laborales de los servidores públicos beneficiarios de esta.

Lo anterior para concluir lo siguiente;

Es criterio de la Sala que, en el caso de la prima especial de servicios, la constitución del derecho ocurrió en el primero de los eventos previamente señalados, es decir, su exigibilidad se predica desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 que la creó y con la expedición del decreto que la reglamentó primigeniamente, esto es, el Decreto 57 de 1993”

Así las cosas, y sin necesidad de acudir a más discernimientos, esta Sala de Conjuces acoge la última tesis propuesta por el Consejo de Estado en esta materia. Para el caso concreto y de acuerdo a la pauta jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado, sobre la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, de conformidad con los Decretos 3135 de 1998 y 1848 de 1969.

Ahora bien, debe señalarse que el término de prescripción de los derechos laborales reclamados es de tres (3) años contados a partir de su exigibilidad se declarará la prescripción. La reclamación administrativa se realizó el día **2 de enero de 2018** y siendo el periodo reclamado el contemplado **desde el 5 de septiembre de 2012 y el 1 de septiembre de 2016**, en consecuencia, tiene un periodo cubierto de “...tres años atrás, y nunca más atrás...” hasta el **2 de enero de 2015**, lo que significa que parte fue afectado por la prescripción parte del periodo reclamado -del **5 de septiembre de 2012 y hasta el 1 de enero de 2015**- y cubierto el periodo comprendido -**entre el 2 de enero de 2015 y el 1 de septiembre de 2016**-, en consecuencia solo se ordenará el pago del periodo no prescrito.

LA PRESCRIPCIÓN FRENTE A LAS CESANTIAS Y LOS APORTES A PENSION DE JUBILACIÓN

- ***De las cesantías y sus intereses.***

En vista que la demanda trae consigo varias pretensiones en las cuales solicita -a groso modo- la reliquidación de las cesantías y de sus intereses, se hace necesario pronunciarse al respecto, en tanto, hasta acá el periodo reclamado se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción.

Ahora bien, del análisis probatorio (resoluciones que reconocen y pagan unas cesantías folios 245-281 C.1), es claro que las cesantías causadas durante el periodo en que el demandante ocupó el cargo de Juez de la Republica, incluyendo el periodo reclamado, fueron reconocidas y pagadas a la Dra. Henao Muñoz, sin embargo, como ya se dijo, la prima especial de servicios solo constituye factor salarial para efectos de los aportes a la pensión de jubilación y siendo las cesantías parte del grupo de prestaciones sociales, que le corresponden por ley al demandante, no es posible ordenar su reliquidación, en consecuencia, debe negarse toda pretensión que solicite algo relacionados con estas, pues no se trata de reclamar un pago que no se ha hecho, sino, que la petición se centra en su reliquidación teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial, situación, que como ya se dijo, no se da.

- ***De los aportes a pensión.***

También se hace necesario analizar el fenómeno prescriptivo frente a los aportes pensionales, toda vez que como ya se dijo, la prima especial de servicios solo es factor salarial para efectos de los cálculos de los aportes a la pensión de jubilación y, además, porque sobre el periodo reclamado, al menos a lo que en valores impagos por concepto de prima que se reclama, frente a este tema ha dicho el Consejo de Estado;

“[L]a prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado. Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales; ii) el principio in dubio pro operario; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad. De igual forma, la sentencia de unificación en cita ordenó al Juez Administrativo estudiar en todos los procesos en los cuales proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así, no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Y, en consecuencia, precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. Para el

efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador. De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que al señor Joel Antonio Varela Rolong se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar entre el 1.º de diciembre de 2003 y el 30 de junio de 2009. Excepto en lo relacionado con los aportes a seguridad social en pensiones por tratarse de una prestación imprescriptible.”²³

De acuerdo con lo citado, debe la demandada reajustar el aporte a pensión de jubilación, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y sobre el 100% del salario básico y no del 70% como lo hizo y consignar al fondo de pensiones, las diferencias no pagadas durante todo el periodo reclamado *-desde el 5 de septiembre de 2012 y el 1 de septiembre de 2016-*.

16. COSTAS.

Se dice que las costas se componen de las Costas procesales y de las Agencias en Derecho, entendida la primera como aquellos gastos procesales en que incurrió la parte demandante, para por así decirlo impulsar el proceso y las segundas son los honorarios del trabajo realizado por el apoderado de la demandante, sin embargo, para fijar las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

Ahora bien, los gastos procesales estuvieron a cargo de la parte demandante y este no aportó prueba al menos sumaria de ellos, por lo que no hay lugar a ordenar una condena frente a ellos.

Al respecto de las agencias en derecho y conforme el n° 1 del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016;

“...ARTÍCULO 5°. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son:

1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

(...).

En primera instancia.

a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:

²³ Sentencia de 4 de noviembre de 2021, C.P. Dr. William Hernández Gómez, Sección Segunda-Subsección A, Consejo de Estado, radicado 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15), demandante Joel Antonio Varela Rolong Vrs Unidad Nacional de Protección (sucesora del DAS).

(i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

(...)...”

Ahora bien, el artículo 25 del C.G.P., frente a las cuantías dice:

“Artículo 25. Cuantía. Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía.

Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv).

Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

(...)...”

Respecto a este tema la misma sentencia de unificación se pronunció;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado²⁴, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la acusación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”

De acuerdo con lo anterior al no avizorarse mala fe o maniobras dilatorias por la parte demandada, la Sala de Conjuces considera que no hay lugar a emitir condena en costas-agencias en derecho.

²⁴ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia. La mencionada sentencia preciso que si bien es cierto la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en o costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...».

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

14. CASO CONCRETO Y CONCLUSIONES

14.1. Asunto.

Obra prueba dentro del expediente que, el **Dr. RUBEN ANTONIO NARANJO GARCIA** laboró al servicio de la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** desempeñando el cargo de **PROCURADOR JUDICIAL** por el periodo comprendido entre *desde el 5 de septiembre de 2012 y el 1 de septiembre de 2016*. De igual manera, en resumen, el demandante reclama la reliquidación de sus salarios, cesantías y prestaciones sociales teniendo como factor salarial la prima, por este mismo periodo.

14.2. Conclusiones.

- 1.** El **Dr. RUBEN ANTONIO NARANJO GARCIA** tenía derecho al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y equivalente al 30% del sueldo básico, sumado a este y no deducido como se hizo, lo que provocó que le pagaran el 70% de su salario y sobre este porcentaje, se liquidaran las prestaciones sociales a las cuales tuvo derecho, y no respecto del 100% como debió hacerse; por lo que se accederá a la declaración de la nulidad del **oficio SG-001268 de 23 de febrero de 2018**.
- 2.** Que la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, **SOLO** constituye factor salarial para efectos de los aportes a pensión de jubilación y, en consecuencia; se deben negar las pretensiones relacionadas con ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales, incluidas las cesantías y sus intereses y en consecuencia; se ordenará a la demandada **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, reliquidar los aportes a pensión causados por el demandante por todo el periodo reclamado *-desde el 5 de septiembre de 2012 y el 1 de septiembre de 2016-* teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y tomando como base el 100% del salario base devengado y no el 70% como se hizo y, consignar las diferencias, al fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado.
- 3.** No hay lugar a la condena en costas de ninguna clase.

Nulidad y restablecimiento del derecho.

17001233300020180034200

Rubén Antonio Naranjo García Vrs Procuraduría General de la Nación

Sentencia n° 040

4. Las Sumas dinerarias que serán liquidadas en favor del actor, deberán ser ajustadas en los términos del artículo 178 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R: \frac{Rh \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

5. Según la cual el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria está sentencia por el índice inicial). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4° del artículo 195 del CPACA.
6. Por tratarse de pagos sucesivos la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada reliquidación prestacional.
7. Las sumas de las que se ordena su pago, deberá reglarse por los artículos 189 y 192 del CPACA.

15. FALLA

PRIMERO: ACOGER de manera integral lo dispuesto en la *Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado* y, en consecuencia;

SEGUNDO: Declarar la nulidad del **oficio SG-001268 de 23 de febrero de 2018**, en consecuencia; y a título de restablecimiento del derecho **ORDENASE** a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, proceda a reliquidar y pagar el salario, incluyendo el 30% correspondiente a la prima de servicios a favor del señor **RUBEN ANTONIO NARANJO GARCIA** sumado al 100% del salario básico mensual, por el periodo reclamado y no prescrito *-entre el 2 de enero de 2015 y el 1 de septiembre de 2016-*.

TERCERO: DECLARAR que la prima especial de servicios que se reclama, **SOLO** constituye **FACTOR SALARIAL** respecto a la **pensión de jubilación** y, en consecuencia; se **ORDENA** a la demandada **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** reliquidar los aportes a pensión realizados para el periodo comprendido *-desde el 5 de septiembre de 2012 y el 1 de septiembre de 2016-*, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y tomando como base el 100% del salario base

Nulidad y restablecimiento del derecho.

17001233300020180034200

Rubén Antonio Naranjo García Vrs Procuraduría General de la Nación

Sentencia n° 040

devengado y no el 70% como se hizo y consignarlos al fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado.

QUINTO: DECLARAR la afectación de parte del periodo reclamado, con el fenómeno de la prescripción laboral extintiva, el comprendido entre *el 5 de septiembre de 2012 y el 1 de enero de 2015*.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: ORDENAR a la demandada que para el cumplimiento de la sentencia deberá efectuarse en los términos previstos en los artículos 189 y 192 del CPACA.

OCTAVO: Sin necesidad de auto que lo ordene, ejecutoriada esta sentencia y a petición de parte interesada, emitir **COPIAS AUTÉNTICAS**. Por **SECRETARIA** hacer las anotaciones en la base de datos **SIGLO XXI**.

NOVENO: Evacuadas todas las etapas procesales de este proceso y una vez este ejecutoriada la última providencia emitida, **DEVUELVA** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** las diligencias.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en sala celebrada el 28 de abril de 2023.

Los Conjuces;



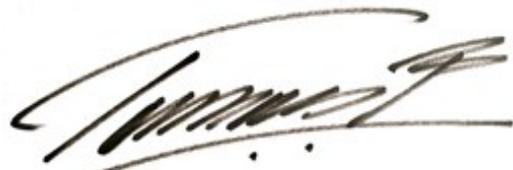
LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA

Ponente



JORGE IVAN LOPEZ DIAZ

Revisor



TOMAS FELIPE MORA GOMEZ

Revisor

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

Liliana Eugenia García Maya

Conjuez Ponente

Manizales, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de primera instancia, después de haberse agotado con éxito todas las etapas procesales y pasar a despacho el pasado 16 de enero de 2023 por cuenta de este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** que responde al radicado n° **17001233300020190000600** en el que es demandante el señor **JAIME ENRIQUE MOTOYA MARIN** contra la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** con ponencia de esta Conjuez **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y con la participación de los Conjueces revisores, **Dr. JORGE IVÁN DÍAZ LÓPEZ** y el **Dr. TOMAS FELIPE GOMEZ MORA**.

2. ASUNTO

Actuando a través de apoderado judicial, el demandante **JAIME ENRIQUE MOTOYA MARIN** instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, para reclamar el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, en cantidad del 30% del salario básico, además su carácter de factor salarial y la consecuente reliquidación de todas las prestaciones sociales teniendo en cuenta la prima reclamada, también por todo el periodo en que se desempeñó como Procurador Judicial II.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

Declaraciones:

- 1. Declarar la nulidad del Oficio SG-006766 de 4 de septiembre de 2018.***

Condenas:

A título de restablecimiento del derecho, ordenar a la demandada, lo siguiente;

- 2. REINTEGRAR y PAGAR al Dr. JAIME ENRIQUE MOTOYA MARIN** el mayor valor de la diferencia entre el valor a reliquidar y lo pagado a título de salario, bonificación por servicio, prima de vacaciones, prima de servicio, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos prestacionales desde el momento en que mi mandante es Procurador Judicial hasta que permanezca vinculado a la Procuraduría General de la Nación en dicho cargo, por tal motivo, deberá reliquidar teniendo en cuenta como base la totalidad de la remuneración básica mensual de cada año y los demás factores salariales, esto es sin deducir o descontar de esta remuneración el 30% -o más- por la denominada “prima especial” de servicios.
- 3. SEGUIR LIQUIDANDO** a mi mandante la bonificación por servicios, la prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos prestacionales tendiendo como base el 100% de la remuneración básica mensual de cada año y los demás factores salariales, sin deducir o descontar de esta remuneración el 30% -o más- por la denominada “prima especial” de servicio.
- 4. PAGAR** la indexación monetaria de la mayor diferencia de los anteriores valores prestacionales y salariales reliquidados y dejados de percibir, de forma continua según el IPC, desde el momento de su ingreso como Procurador Judicial hasta su pago total.
- 5. INCLUIR** en nomina y seguir pagando la asignación básica mensual mas la “prima especial” de servicios equivalente al 30% -o más- dejado de percibir por mi mandante, el cual tendrá efectos directos y consustanciales en las vacaciones, prestaciones sociales (la bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos prestacionales), seguridad social integral (salud, pensión y riesgos laborales) y demás acreencias laborales.
- 6. AJUSTAR** dichas sumas de conformidad con las normas adjetivas y sustanciales del CPACA y demás preceptos jurídicos que tratan la materia.
- 7. ORDENAR** a la demandada a pagar las cosas y agencias en derecho que se llegasen a causar.

4. HECHOS

El **Dr. JAIME ENRIQUE MOTOYA MARIN** labora al servicio de la Procuraduría General de la Nación desempeñando el cargo de Procurador 107 Judicial II Penal de Manizales, desde el *1 de septiembre de 2016, hasta la fecha.*

5. RECLAMACION ADMINISTRATIVA

A través de petición presentada el *11 de julio de 2018*, instauró derecho de petición ante la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, en la que solicitó -a grandes rasgos- el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, además, el reconocimiento y pago de esta prestación social como factor salarial y las correspondientes reliquidaciones por el periodo laborado al servicio de la demandada y en el cargo de Procurador Judicial.

Dicha petición fue negada a través del *oficio SG-006766 de 4 de septiembre de 2018*, limitando al recurso de reposición la discusión respecto de esta respuesta, y dado que este no es obligatorio, por decisión del demandante, dio por agotada este requisito de procedibilidad.

6. CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

El *10 de octubre de 2018*, el demandante por intermedio de su apoderado presentó ante la Procuraduría General de la Nación *solicitud de conciliación*. Sin embargo, pasaron tres (3) meses, sin que la Procuraduría General de la Nación practicara la diligencia, por lo se dio por superada esta etapa.

7. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Mencionó la parte demandante en este acápite del escrito de la demanda, lo siguiente;

7.1. Normas Constitucionales vulneradas: preámbulo, artículos 2, 4, 13, 25, 48, 53, 215 n° 9 y 256 n° 7.

7.2. Normas de carácter nacional vulneradas: artículos 54 y 64 del Decreto 2699 de 1991, 12 del Decreto 1042 y 1045 de 1978, Decreto 174 y 230 de 1975, Decreto extraordinario 3135 de 1968, artículos 6 y 7 del Decreto 658 de 2008, artículo 4 del Decreto 722 de 2009, artículos 8 del Decreto 1388 de

2010, del decreto 1039 de 2011, del Decreto 874 de 2012, del Decreto 1024 de 2013, del Decreto 194 de 2014, artículo 32 Decreto Ley 1045 de 1978, artículo 2 del Decreto 1726 de 1973 y demás Decretos aplicables a los Procuradores Judiciales; Ley 4ª de 1992 artículo 14, ley 270 de 1996, Ley 546 de 1971, ley 244 de 1981.

7.3. Jurisprudencia del Consejo de Estado: Circular n° 22 de 2015 - Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y los precedentes vinculantes del Honorable Consejo de Estado.

7.4. Normas internacionales: Convenios OIT ratificados por Colombia, artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobados por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966 y adoptado por la Ley 74 de 1968.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 creó lo que se conoce como “*prima especial de servicios*” equivalente al 30% de los ingresos laborales, para Jueces, Magistrados y afines, lo que constituye un derecho cierto, real y efectivo, sin embargo el Gobierno dio una interpretación errada a la norma, pues en vez de pagar una prima equivalente al 30% del salario básico mensual, extrajo del salario el 30% y lo denominó prima especial de servicios y el restante 70% lo entregó a título de salario básico mensual, es decir, pago un 100% como salario y lo que debía hacer, era pagar el 130%, aunado a eso, al realizar el cálculo de las prestaciones sociales, desconoció el carácter de factor salarial de esta prima, por lo que desmejoró ostensiblemente la remuneración básica mensual a que tiene derecho la demandante.

Desconoce entonces la demandada estos postulados, al liquidar las prestaciones sociales del demandante, sin realizar correctamente el cálculo que le corresponde a la prima especial de servicios, equivalente al 30% de su salario básico mensual.

8. TRASLADO DE LA DEMANDA.

Admitida la demanda el 8 de febrero de 2021, fue notificada a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** el 9 de febrero de 2021, la parte demandada aprovechó esta oportunidad. -10ContestacionDemanda-

En su respuesta acepto como cierto el hecho 1º, consideró que los hechos 2º, 3º, 4º, 5º, 6, 7º, 8º, 9º, 10º y 12º considera que no tienen naturaleza de tal. Frente a los hechos 11º y 13º dice que no son ciertos. Propuso las excepciones: (i). Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, frente a las pretensiones de la demanda, (ii). No

comprender la demanda a todos los litis consortes necesarios, (iii). Prescripción extintiva del derecho y (iv). Genérica.

En su defensa hace un resumen de los presupuestos narrados por la demanda, y dice que la atribución para fijar el régimen salarial de los funcionarios vinculados a la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación, le corresponde -entre otros- al Gobierno Nacional conformado por la Presidencia, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Director del Departamento de la Función Pública, el que a través de este grupo interdisciplinario se encarga de definir el régimen salarial de los servidores públicos, de lo que se colige que los órganos estatales que cuentan con la facultad nominadora, solo pueden aplicar las políticas y normas salariales dictadas por el competente, cumpliendo solo el deber de cancelar las asignaciones del presupuesto, aplicadas a la respectiva planta de personal en la forma como lo predefinida. Por otro lado, la Procuraduría no cuenta con presupuesto autónomo, sino con el que dispone el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública, con las designaciones salariales de cada uno de los funcionarios públicos, por lo que al no contar con un patrimonio propio y de acuerdo con lo establecido en el artículo 3° del Decreto 111 de 1996. Aquella es una sección del Presupuesto General de la Nación.

En este orden de ideas, el acto administrativo SG-006766 de 4 de septiembre de 2018, expedido por la Secretaria de la Procuraduría General de la Nación, se emitió con estricto apego a la normatividad vigente. Finalmente, la entidad demandada, no le adeuda ninguna erogación salarial al demandante, toda vez que mientras ha ocupado el cargo de Procurador Judicial en la Procuraduría, se le cancelaron los valores correspondientes según la ley para su liquidación y pago, de su asignación salarial.

Solicita al Despacho negar todas las pretensiones de la demanda.

9. ANTECEDENTES PROCESALES

Se tiene que en el presente proceso se surtieron con éxito las siguientes etapas procesales:

Radicada la demanda el **15 de enero de 2019**, el 4 de abril de 2019 la Sala Plena de esta Corporación se declaró impedida para conocer esta demanda. El 29 de agosto de 2019 el Consejo de Estado aceptó el impedimento y el 25 de septiembre de 2020 se celebró sorteo de conjueces y le correspondió a esta Conjuez su conocimiento -01Cuaderno1(fl. 1-104)-. El 8 de febrero de 2021 se avoco el conocimiento de este proceso y fue admitida -

Nulidad y restablecimiento del derecho.

17001233300020190000600

Jaime Enrique Montoya Marin Vrs Procuraduría General de la Nación

Sentencia n° 042

02AdmiteDemanda-, la notificación de la demanda se realizó el 11 de febrero de 2021 *-03NotificacionDemanda-*, el 26 de julio de 2021 se corrió traslado de las excepciones *-14TrasladoExcepciones-*.

El 19 de diciembre de 2022, aprovechando la oportunidad que da el artículo 182A *-sentencia anticipada-*, se reconoció personería para representar a la parte demandada a la *Dra. LUZ STELLA GIRALDO BOTERO -03SustitucionPoder-*, se fijó el litigio, se agotó la etapa probatoria y se corrió traslado para alegar de conclusión *-05PruebaFijalitigioAlegatos-*, el 25 de octubre de 2022 se agotó el periodo probatorio, se fijó el litigio y se corrió traslado para alegar de conclusión *-19AutoInterlocutorio105TrasladoAlegatos-* finalmente, paso a despacho para sentencia el 16 de enero de 2023 *-24ADespachoSentencia-*.

10. PIEZAS PROCESALES OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Poder del demandante **JAIME ENRIQUE MONTOYA MARIN** para el abogado **Dr. JUAN GUILLERMO OCAMPO GONZALEZ**, escrito de la demanda y las pruebas que la acompañan *-01Cuaderno1(fl. 1-104)-*, sustitución de poder del jefe de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación a la abogada Luz Stella Giraldo Gallego *-10ContestacionDemanda-*, pruebas allegadas en la contestación de la demanda *-11Anexo1ContestacionDemanda* y *12Anexo2ContestacionDemanda-*, pronunciamiento frente a las excepciones *-17PronunciamientoExcepciones-* y los escritos de alegatos de la parte demandante *-22AlegatosDemandante-* y de la parte demandada *-23AlegatosDemandada-*.

11. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

a. Demandante.

- **En el escrito de la demanda.**

Solicitud de devolución de expediente n° 1279 de 10 de octubre de 2018, solicitud de conciliación de 10 de octubre de 2018, derecho de petición de 11 de julio de 2018, oficio SIAF n° 114807 de 6 de septiembre de 2018, oficio SG-006766 de 4 de septiembre de 2018 *“por medio del cual se resuelve una petición”*, oficio GHV n° 1268 de 8 de agosto de 2018, decreto 3794 de 8 de agosto de 2016 *“por medio del cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y termina una provisionalidad”*, acta de posesión n° 022 de 1 de septiembre de 2016, Certificación laboral de tiempos de servicio y emolumentos cancelados, desprendibles de nómina. *-01Cuaderno1(fl. 1-104)-*

- **En la respuesta a la demanda.**

Hoja de vida del señor Jaime Enrique Montoya Marin -
11Anexo1ContestacionDemanda-, expediente administrativo -
12Anexo2ContestacionDemanda-.

12.SUSPENSION DE LOS TERMINOS

Por medio de los *acuerdos PCSJA2011517 de 15 de marzo de 2020, PCSJA2011521 de 19 de marzo de 2020, PCSJA2011526 de 22 de marzo de 2020 y PCSJA2011532 de 11 de abril de 2020* el Consejo Superior de la Judicatura, y ordenó la suspensión de los términos procesales para la jurisdicción ordinaria, al igual que la contenciosa administrativa, dejando vigente las acciones de tutela y los habeas corpus, acogiendo el *decreto 417 de 17 de marzo de 2020* emitido por el Gobierno Nacional, que declaró la situación de Emergencia Económica, Social y Ecológica, por la amenaza del COVID-19.

13.EXCEPCIONES

El 26 de julio de 2021 se corrió traslado de las excepciones propuestas por la demanda, las cuales fueron: **i).** Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, frente a las pretensiones de la demanda, **(ii).** No comprender la demanda a todos los litis consortes necesarios, **(iii).** Prescripción extintiva del derecho **(iv).** Caducidad de la acción y **(v).** Genérica.

De la *Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, frente a las pretensiones de la demanda*, dice que en el plenario no obra prueba alguna del agotamiento de este requisito a la luz del numeral 1° del artículo 161 del CPACA, por lo que la demanda resulta improcedente.

Respecto de *No comprender la demanda a todos los litis consortes necesarios*, dijo que a la luz de los artículos 189 y 150 n° 19, literal e) de la Constitución Nacional y la Ley 4ª de 1992 corresponde al Gobierno Nacional en cabeza de la Presidencia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, Departamento Administrativo de la Función Pública la fijación de salarios y prestaciones para los servidores del Estado, por ende la Procuraduría General de la Nación, no puede variar la normatividad aplicable y vigente, efectuando reconocimientos laborales distintos a los permitidos por la Ley, por lo tanto,

resulta necesario que dichas entidades concurren en esta demanda como demandados a responder.

De la *prescripción extintiva del derecho* anunció que conforme lo ordenado por el Decreto 3135 de 1968 y 102 de su Decreto reglamentario 1848 de 1969, se da la prescripción extintiva de los derechos. Agregó que la reclamación administrativa la inició el demandante el 11 de julio de 2018, y por ende los periodos anteriores a esta fecha se encuentran prescritos.

Al igual respecto de la *Caducidad de la acción* preciso que este fenómeno lo prevé la ley como el termino previsto se limita el ejercicio de los derechos individuales y subjetivos de los administrados para su reclamación judicial, en 4 meses a partir de la terminación de la reclamación administrativa o conciliación si esta se exige, por lo tanto, el acto administrativo que dio por cerrada la etapa de la reclamación administrativa fue notificado el 7 de septiembre de 2018 y la demanda se presentó el 15 de enero de 2019, pasando 4 meses y 7 días, de lo que se colige que la acción caducó y nunca nació a la vida jurídica.

14. ALEGACIONES FINALES

Alegatos parte demádate: dijo que el artículo 4° de la Ley 4ª de 1992 determina las facultades para que el Gobierno establezca el sistema salarial para los empleados y funcionarios, los cuales deben ser aumentados año tras año, sin embargo jamás dicha modificación será en sentido contrario, esto es reducirla, que es la interpretación y aplicación que se le dio a la prima especial de servicios del 30%, pues de ser un emolumento sumado al salario base, lo que se hizo fue pagarla con el mismo sueldo, es decir, dividir el 100% del salario básico, el 30% como prima y el restante 70% lo dejaron como salario, sumado a esto, se desconoció el carácter salarial de la prima al momento de liquidar las prestaciones sociales. Por lo demás el demandante, no aportó nada nuevo. -22AlegatosDemandante-

Alegatos parte demandada: una vez más, insiste en que la competencia de fijar los salarios es exclusiva del Gobierno Nacional -*Presidencia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, Departamento Administrativo de la Función Pública*-, y no de la Procuraduría General de la Nación, por lo que los pagos realizados al demandante se hicieron en estricto cumplimiento de lo ordenado en la Ley y en ese mismo sentido, se emitió el acto administrativo que negó la reclamación administrativa. Por lo demás reiteró los postulados de la respuesta a la demanda y solicitó, la negativa a lo pretendido por el demandante. -23AlegatosDemandada-

15. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Conjuces, atendiendo 1). La orden emitida por el Consejo de Estado en auto de 29 de agosto de 2019 que aceptó el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y a este Conjuce por sorteo de conjuces realizado el pasado 25 de septiembre de 2020. -01Cuaderno1(fl. 1-104)-

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala repasa las actuaciones hasta este momento superadas y no encuentra circunstancias que puedan viciar o anular las actuaciones hasta ahora surtidas.

c. PROBLEMA JURÍDICO:

Se define así;

a). ¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 y equivalente al 30% de su sueldo básico?

b). ¿Tiene la prima especial de servicios, carácter de factor salarial?

c). ¿Opera el fenómeno de la prescripción trienal laboral, sobre el periodo reclamado?

d. ANALISIS DE LAS EXCEPCIONES

La parte demandada presentó las siguientes excepciones; **i).** Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, frente a las pretensiones de la demanda, **(ii).** No comprender la demanda a todos los litis consortes necesarios, **(iii).** Prescripción extintiva del derecho **(iv).** Caducidad de la acción y **(v).** Genérica; las cuales la Sala resolverá a continuación;

Por considerar que tienen relación se analizarán de manera conjunta las excepciones de *falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial* y *caducidad de la acción*; ahora bien, como parte de las pruebas allegadas con la demanda, a pagina 25 del archivo -01Cuaderno1(fl. 1-104)-, obra la solicitud de conciliación con dos sellos de

recibido, uno de la Procuraduría General de la Nación de fecha 10 de octubre de 2018, al cual le fue asignada la numeración 1279 y otro de la Procuraduría Regional de Caldas con igual fecha, de lo que se deduce que la parte demandante, si convocó a la parte demandada para intentar por vía de la conciliación prejudicial, terminar esta causa de manera acordada, luego como parte de ese mismo documento y con fecha 14 de enero de 2019, obra solicitud de retiro del expediente n° 1279 el cual corresponde a la solicitud de conciliación prejudicial, exactamente tres (3) meses y dos (2) días después, de lo que se deduce que se da por agotado este prerrequisito a la luz de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 640 de 2001¹ -vigente para esa época- que prevé un término máximo de 3 meses para intentar la conciliación, so pena de quedar cerrada esta oportunidad y por consiguiente abre la puerta para acudir ante esta jurisdicción haciendo uso de este medio de control. Ahora bien, es de esta fecha que debe correr el termino de caducidad de la acción, sin embargo, esta regla no aplica cuando se pretende el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de carácter periódico² como es el caso que se revisa, en donde la pretensión principal es la nulidad del **Oficio SG-006766 de 4 de septiembre de 2018** que negó el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y la reliquidación de todas las prestaciones sociales, reconocidas y pagadas al demandante, por cuenta de su cargo como Procurador Judicial I, teniendo en cuenta el carácter de factor salarial que reviste esta prima, de ahí que se descarte la caducidad como la plantea la parte demandada por vía de excepción. Finalmente, y en gracia de discusión, la demanda fue instaurada exactamente un día después de

¹Artículo 20 Ley 640 de 2001. *Audiencia de conciliación extrajudicial en derecho*. Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible, y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término. Modificado por el artículo 60 de la Ley 2220 de 2022: **Termino para realizar la Audiencia de conciliación**. La audiencia de conciliación deberá intentarse en el menor tiempo posible y podrá suspenderse y reanudarse cuantas veces sea necesario a petición de las partes de mutuo acuerdo. En todo caso, la conciliación extrajudicial en derecho tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prorrogar este término, hasta por tres (3) meses más.

²*Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A CP: Gabriel Valbuena Hernández Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 76001-23-31-000-2013-0007-01(4468-18) Actor: Fernando Torres Caicedo Demandado: Corporación Autónoma Regional Del Valle Del Cauca* “El fenómeno de la caducidad es la sanción que limita el ejercicio del derecho sustancial como consecuencia de la presentación de las acciones judiciales excediendo el plazo que la ley establece para ello. Además, es un presupuesto, ligado al principio de seguridad jurídica, encaminado a eliminar la incertidumbre que representa para la administración la eventual revocatoria de sus actos en cualquier tiempo. A su vez, esta situación define la carga procesal que tienen las partes para impulsar el litigio, pues de no hacerlo se pierde la oportunidad para acudir ante la administración de justicia. Es pertinente señalar que cuando se pretenda el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de carácter periódico, no es aplicable la regla de caducidad de los 4 meses para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho durante la existencia del vínculo laboral; sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido diáfana en precisar que una vez finalizada la relación laboral, desaparece el criterio de «periodicidad», por lo que en este caso, dicho medio de control si se someterá a los términos de caducidad establecidos para las acciones contenciosas.”

Nulidad y restablecimiento del derecho.

17001233300020190000600

Jaime Enrique Montoya Marin Vrs Procuraduría General de la Nación

Sentencia n° 042

hacer la solicitud de devolución del trámite de la conciliación prejudicial, por lo que, de aplicarse el término de los cuatro (4) meses, tampoco operaría.

De igual manera y frente a la excepción ***no comprender la demanda a todos los litis consortes necesarios***, tampoco se da, toda vez que el acto administrativo atacado fue emitido por la entidad demandada y de aquellas que solicita sean vinculados en esta causa -*Presidencia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, Departamento Administrativo de la Función Pública*-, no participaron en la elaboración de este, por tanto al no haber sido parte en la reclamación administrativa, sería contrario al debido proceso que los ampara, en especial frente a su derecho de defensa y contradicción, llamarlos a responder, sin haberle dado la oportunidad de pronunciarse respecto de lo solicitado.

Prescripción extintiva del derecho, atendiendo lo ordenado por nuestro órgano de cierre en sentencia de unificación del 2 de septiembre de 2019, para el tema de la prima especial de servicios creada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, se debe aplicar la prescripción conforme lo reglado en los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, es decir, tendrá cubiertos los 3 años anteriores a la exigencia del derecho, que en este caso es la fecha de radicación del derecho de petición que dio inicio a la reclamación administrativa, en este caso el 11 de julio de 2018, por lo que está cubierto hasta el 11 de julio de 2015, y prescriben los periodos anteriores a esta fecha, sin embargo, siendo el periodo reclamado posterior al año 2016, claramente no se configura este fenómeno y por ende, no hay lugar a declarar la ocurrencia de esta excepción.

Finalmente, la Sala no encuentra otra excepción ***genérica*** que declarar.

En consecuencia, se declaran no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

e. INTRODUCCION A LAS CONSIDERACIONES.

Antes de iniciar con el análisis de la Sentencia, resulta importante aclarar la obligación de la Sala de Conjuces-Tribunal Administrativo de Caldas, de acoger en su integridad lo dispuesto en la ***Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado***, en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 102, 269, 271 del CPACA, los cuales infieren el efecto de obligatorio cumplimiento que tienen las sentencias de unificación.

f. ANALISIS

**PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS, ARTICULO 14 DE LA LEY 4 DE 1992
EN APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD –**

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1º y 2º lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*
- b) (...)”.*

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)

Nulidad y restablecimiento del derecho.

17001233300020190000600

Jaime Enrique Montoya Marin Vrs Procuraduría General de la Nación

Sentencia n° 042

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional en su artículo 14, creó la prima de servicios, así:

ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

A su vez, el Gobierno año tras año, en virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, expidió los decretos mediante los cuales dictó disposiciones en materia salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima.

Ahora bien, dichos decretos salariales desde el año 1993 al año 2007, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado mediante providencia suscrita el día 29 de abril de 2014, en la que se señaló que el Gobierno Nacional interpretó las normas de forma errónea, en tanto desmejoró el salario de los funcionarios de la Rama Judicial, razón por la cual declaró la nulidad de los decretos que establecían el salario y las prestaciones para los servidores públicos de la Rama Judicial desde el año 1993 al año 2007, ***quedando en vigencia el salario en un cien por ciento (100%) para que sea tenido al momento de efectuar cálculos para pagar prestaciones sociales***, cesantías, indemnizaciones, intereses, bonificaciones, prima de navidad, vacaciones, de servicio y demás rubros que se reconocen y pagan a los funcionarios públicos. Se expuso en dicha sentencia lo siguiente³:

“En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios

3 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONJUEZ PONENTE: MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014). EXPEDIENTE No. 11001-03-25-000-2007-00087-00. No. INTERNO: 1686-07.

enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%. Aunque parece un juego de palabras, son dos cosas completamente diferentes, pues la primera interpretación implica una reducción del salario básico al 70%, mientras que la segunda, que es la correcta de conformidad con la Ley y la Constitución Política, como se explicará más adelante, implica que se puede tomar el 30% del salario, pero solamente para efectos de cuantificar la prima especial, para luego adicionarla al salario básico. La diferencia se evidencia en el siguiente ejemplo, para el cual hemos tomado un salario básico de \$10.000.000:

<i>Primera interpretación (el 30% del salario básico es la prima misma)</i>	<i>Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico)</i>
<i>Salario básico: \$10.000.000</i>	<i>Salario básico: \$10.000.000</i>
<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>	<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>
<i>Salario sin prima: \$7.000.000</i>	<i>Salario más prima: \$13.000.000</i>
<i>Total a pagar al servidor: \$10.000.000</i>	<i>Total a pagar al servidor: \$13.000.000</i>

A su vez en reciente sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de septiembre el 2015, Conjuez Ponente: Carmen Anaya de Castellanos⁴, se señaló al respecto:

“... para esta Sala de Conjuces es claro que tales normas y actos administrativos demandados, desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma, contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30% del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES, durante el período demandado”.

De acuerdo a lo anterior, con los criterios normativos establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados anualmente, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, se dio una incorrecta interpretación, aplicando indebidamente la Ley 4ª de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que los actos administrativos demandados son contrarios a la

⁴ Actor: José Fernando Osorio Cifuentes. No radicación 73001233100020110010202

Constitución y la Ley, pues desconocen los derechos laborales prestacionales del actor y vulneran principios constitucionales, por lo que es mandatario ordenar el pago íntegro del salario, y la reliquidación de sus derechos laborales y prestacionales, en atención al desarrollo y evolución jurisprudencial que procura la protección de los derechos laborales económicos y constitucionales reclamados.

Providencia que fue confirmada por la reciente sentencia de unificación que sobre esta prima emitió el Consejo de Estado⁵, la cual concluyo que la prima especial de servicios, de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, es una prestación social equivalente al 30% del sueldo básico de estos funcionarios y es adicional a este y no, como lo pretendieron el Gobierno y la demandada, incluido en el sueldo básico, así las cosas, el sueldo real que debió recibir la demandante por este concepto, era la prima especial de servicios equivalente más el sueldo básico y esto constituye el 100% real de este.

“...Para la sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta(sic) para la reliquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho...”

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS COMO FACTOR SALARIAL

De igual manera, hace parte de la reclamación realizada por la parte demandante y de la contestación hecha por la demandada, la condición o no, de factor salarial que supuestamente reviste la prima especial de servicios.

El artículo 14 de la Ley 4 de 1992, que señaló expresamente su carácter de **no salarial**, fue modificado por la Ley 332 de 1994 “*Por la cual se modifica la Ley 4 de 1992 y se dictan otras disposiciones*”, señalando que la prima **constituiría parte del ingreso base, pero únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación**. El artículo en cuestión señala:

Artículo 1º.- Aclarado por el art. 1, Ley 476 de 1998⁶ La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para los

⁵ Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjuceces, C.P: Carmen Anaya de Castellanos. Actor: Joaquín Vera Pérez Demandado: Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial.

⁶ **Artículo 1º.** *Aclárese el artículo 1º de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4ª de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial*

Nulidad y restablecimiento del derecho.

17001233300020190000600

Jaime Enrique Montoya Marin Vrs Procuraduría General de la Nación

Sentencia n° 042

funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecida por la Ley.

La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.⁷

De igual manera la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996 al realizar análisis de constitucionalidad se pronunció sobre los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, declarando la EXEQUIBILIDAD de la frase “*sin carácter salarial*”.

El Consejo de Estado, Sección Segunda⁸, en reciente sentencia adujo que la prima especial de servicios **NO tiene carácter salarial**:

“Dicha ley marco es la Ley 4ª de 1992, que en el artículo 14 establece una prima especial de servicios sin carácter salarial para diversos servidores públicos, que oscila entre el 30% y el 60% de la remuneración básica mensual⁹.

(...) En esta sentencia, que es del año 2014, se anularon todos los decretos expedidos sobre la materia por parte del Gobierno Nacional entre 1993 y el 2007.

Aquí en el caso que nos ocupa se acoge y ratifica esta línea jurisprudencial, con la siguiente precisión: es necesario distinguir la liquidación del ingreso mensual de la liquidación de las prestaciones sociales, así:

En cuanto a lo primero, el ingreso mensual se debe liquidar como se indicó en el cuadro transcrito de la sentencia del 29 de abril de 2014, o sea que incluya el salario básico más un 30% adicional, a título de prima

establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6º del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.

7 Texto en Negrita declarado EXEQUIBLE en Sentencia Corte Constitucional 444 de 1997. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 129 de 1998

8 SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

9 Ley 4 de 1992. Artículo 14: “El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

Nulidad y restablecimiento del derecho.

17001233300020190000600

Jaime Enrique Montoya Marin Vrs Procuraduría General de la Nación

Sentencia n° 042

especial de servicios. En el ejemplo, cada mes se debería pagar \$13.000.000 de pesos.

Y en cuanto a lo segundo, las prestaciones sociales se deben liquidar sobre la totalidad del salario básico, sin restar ni sumar el 30% de la prima especial de servicios, que para estos efectos no tiene incidencia alguna, ya que no tiene carácter salarial, como lo indica la Ley 4ª de 1992. En el ejemplo, las prestaciones se deben liquidar sobre una base de \$10.000.000 de pesos.” (subrayas fuera de texto)

Conforme a la sentencia anterior, el porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios **SOLO tiene carácter salarial**, únicamente frente a la pensión de jubilación, posición que fue confirmada por la sentencia de unificación proferida por la Sala de Conjuces del Consejo de Estado el pasado 2 de septiembre de 2019 y de la que hemos venido hablando;

“...En efecto, la norma previó que dicha prima, no constituiría factor salarial, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-279 de 1996, en la que se adujo:

«el Legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen o no salario; así como definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. El considerar que los pagos por primas técnicas y especial no constituyen factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido con la comunidad internacional.»

*A partir de la expedición de la Ley 332 del 19 de diciembre de 1996, el carácter no salarial de la mencionada prestación, fue modificado en el sentido de que esta debía tenerse en cuenta para efectos de liquidar prestaciones pero únicamente respecto a la **pensión de jubilación** de los funcionarios señalados en la norma que, a la fecha de su entrada en vigencia, se encontraran vinculados al servicio o que se jubilaran con posterioridad a esta.*

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 facultó al Gobierno para determinar el porcentaje de la prima especial que, según el legislador, debía oscilar entre el 30 y el 60 % del salario básico, aspecto que ha sido regulado por el ejecutivo anualmente a partir de 1993, al expedir los decretos salariales de los servidores públicos.

*En segundo lugar, el ejecutivo reglamentó el régimen salarial ordinario de los servidores públicos, así como previsto en el Decreto 57 de 1993, aplicable a los funcionarios que renunciaron al régimen ordinario y optaron por este y, a quienes se vincularon a partir de su vigencia. Frente al régimen de acogidos al Decreto 57 de 1993, se determinó que «el treinta por ciento (30%) de la **remuneración mensual** de los*

siguientes servidores públicos se considera como Prima Especial, sin carácter salarial»¹⁰.

Y frente al régimen salarial de los no acogidos, se estableció que «los funcionarios a que se refieren los artículos 5 y 6 del presente decreto tendrán derecho a una prima especial mensual equivalente al treinta por ciento (30%) de la asignación básica y los gastos de representación sin carácter salarial y sustituye la prima de que trata el artículo 7 del decreto 903 de 1992»¹¹.

En tercer lugar, es importante destacar que el entendimiento del concepto de prima ha sido abordado por el Consejo de Estado¹² al señalar que el título de «primas» significa invariablemente un agregado en el ingreso de los servidores públicos en ocasiones de naturaleza prestacional, salarial o como simple bonificación, con la constante, eso sí, de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral. Señaló expresamente la Sala:

«... la noción de “prima” como concepto genérico emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un “plus” en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.»

Fuerza entonces concluir que, por orden de la ley y la jurisprudencia, tanto de nuestro órgano superior como de la Corte Constitucional, la prima especial de servicios que reclama la demandante, **SOLO** le reviste carácter de **factor salarial** para efectos de cotización para la **pensión de jubilación**.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS FRENTE A JUECES DE LA REPUBLICA y HOMOLOGOS

Consecuente con la Sentencia de Unificación mencionada, la prima especial de servicios fue creada por el legislador como una contraprestación que debería ser sumada al sueldo de los funcionarios beneficiados con esta y no, como lo viene aplicando la parte demandada, extrayendo el equivalente a la prima especial de servicios de 30%, del salario básico de estos funcionarios;

“...Para la Sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional, año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la

¹⁰ Artículo 7, Decreto 57 de 1993.

¹¹ Artículo 7, Decreto 51 de 1993.

¹² Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda del 2 de abril de 2009, expediente 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07), actor: Luis Esmeldy Patiño López, magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Nulidad y restablecimiento del derecho.

17001233300020190000600

Jaime Enrique Montoya Marin Vrs Procuraduría General de la Nación

Sentencia n° 042

Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho.”

De las pruebas arrimadas al proceso, no quedan dudas que el señor **JAIME ENRIQUE MONTOYA MARIN** labora al servicio de la Procuraduría General de la Nación desempeñando el cargo de Procurador 107 Judicial II Penal de Manizales, por el periodo comprendido entre **-1 de septiembre de 2016, hasta la fecha-**, y de su análisis es claro que, de su propio salario, fue deducido el valor de la prima especial de servicios, por tanto, tendrá derecho al reconocimiento de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, y a la reliquidación de su salario y de las prestaciones sociales, tomando como base el cien por ciento (100%) de su salario y no el setenta por ciento (70%), como se hizo, por el periodo comprendido **-1 de septiembre de 2016, hasta la fecha-**. De igual manera, siendo la prima solo factor salarial para cotización a pensión de jubilación, deben reliquidarse sus aportes por este mismo periodo, tomando el 100% de la prima especial reclamada y consignar al fondo escogido por la demandada, las diferencias.

PRESCRIPCIÓN TRIENAL LABORAL **-Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado-**

La línea jurisprudencial que venía defendiendo el Consejo de Estado años atrás, disponía que la prescripción que deviene de la nulidad de los decretos salariales ***se debe contar desde la ejecutoria de la primera sentencia*** que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios, es decir la tesis amplia, porque los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y fue con dicha decisión judicial, es decir la nulidad simple, que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales. Al respecto se había señalado con claridad:

“...Sobre la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la misma se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios. Lo anterior porque: (i) Los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma precitada tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y; (ii) porque fue

con la decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales y no antes¹³. Así las cosas, el día 14 de febrero de 2002 se profirió la primera sentencia que declaró nula la expresión “sin carácter salarial” del artículo 7° del Decreto 038 de 1999, por lo tanto, es a partir de dicha fecha que se cuenta la prescripción, puesto que con la expedición de la misma surgió el derecho de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima especial de servicios. Ante tal situación, a los mismos los cobija el término prescriptivo de tres años de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 para presentar la solicitud de reliquidación de sus prestaciones sociales. Ahora, el término de caducidad debe contarse no desde la ejecutoria del acto administrativo que liquidó de forma definitiva las prestaciones sociales del servidor de la Fiscalía General de la Nación, sino desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción atrás señalado.

En efecto, ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral, como puede ser la declaratoria de la nulidad de una norma, el servidor público beneficiado, tiene la posibilidad una vez agote la vía administrativa, demandar la negativa de la entidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Todo lo anterior, fue precisado por esta Sección en sentencia del 4 de agosto de 2010¹⁴ en la que se unificó el criterio en cuanto al carácter salarial de la prima de servicios y en lo referente al término de prescripción y caducidad para reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas. Al respecto la providencia señaló: “[...] De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento

¹³ Cita de cita: Al respecto ver sentencia de la Sala Plena. Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 0230-08, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁴ Cita de cita: *Ibidem*

*porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. [...] Ocorre sin embargo, **que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la Consecuente con lo administrado su reconocimiento. [...] anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento. Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento [...] De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).***

Tal providencia recogió los argumentos expuestos en varias decisiones proferidas tanto por la Subsección “A” como por la Subsección “B”, en las cuales se expresó que en casos como el aquí analizado, procede el estudio de fondo de las pretensiones porque, se reitera, el derecho surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial¹⁵. Ahora, si bien la providencia citada se refiere al auxilio de cesantías liquidado definitivamente, tal postulado se aplica también para las otras prestaciones sociales que ya se hubiesen liquidado de forma definitiva. Así lo explicó la Sección Segunda Subsección “B” al manifestar¹⁶ : “[...]”

¹⁵ Cita de cita: Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 4 de marzo de 2010. No. Interno 1469-07. Actor. Aura Luz Mesa Herrera. Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 8 de abril de 2010. No. Interno 0512-08. Actor. María Marlene Bello Sánchez.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09). Actor: Álvaro Guillermo Cuellar Romero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

1.1.1 Respecto de las demás prestaciones sociales. Siguiendo esta postura y teniendo en cuenta que el término de prescripción (3 años) se cuenta a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, en el asunto objeto de examen no puede decirse que la obligación se hizo exigible a la fecha de expedición de los Decretos que fijaron las escalas salariales para los empleados de la Fiscalía General de la Nación o, para el caso de las cesantías, como ya se dijo, a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que las liquidó año a año; porque el mismo surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial en cada uno de ellos¹⁷. [...] No puede arribarse a una conclusión distinta porque de nada valdría la anulación de las normas que limitaban el derecho de los trabajadores, lo que sucedía al negar el cómputo de la Prima Especial de Servicios como factor salarial, si las personas perjudicadas con esa determinación no pudieran hoy valerse de la desaparición de la norma restrictiva para ejercer sus derechos a plenitud [...]. En conclusión: la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de servicios, porque fue con tal decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la referida prima.

Así mismo, el término de caducidad debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción. Lo anterior porque se está ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral que antes no existía y que surgió a raíz de la declaratoria de nulidad de la norma que establecía que la prima especial de servicios no era factor salarial...”

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”

Claramente, no basta con el solo paso del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo. Concluyendo entonces que los servidores públicos no tenían forma de hacer

¹⁷ La sentencia que declaró nulo el artículo 7° del Decreto 38 de 1999 se notificó mediante edicto desfijado el 6 de agosto de 2002 y la que declaró nulos los artículos 7° del Decreto 50 de 1998 y 8° del Decreto 2729 de 2001, se notificó mediante edicto desfijado el 23 de octubre de 2007, es decir que la primera quedó ejecutoriada el 12 de agosto de ese año y la segunda el 26 de octubre de 2007, lo que significa que a partir del día siguiente en que quedaron en firme surgió el derecho para la demandante.

valer su derecho, pues el mismo indefectiblemente cobró vigencia a partir de la nulidad de los decretos salariales, por ende, se defendía la tesis de que no puede predicarse prescripción pues en tales periodos no corrió la misma. La prescripción operaba contados tres años siguientes a la declaratoria de nulidad. La anterior tesis que fue acogida en la decisión esbozada por el Consejo de Estado, Sección Segunda–Subsección “A” del veintiuno (21) de abril dos mil dieciséis (2016), garantizando el acceso a la administración de justicia y la materialización de los derechos¹⁸

Sin embargo, un giro a la línea jurisprudencial se dio en el Consejo de Estado, Sección Segunda - Sala de Conjuces¹⁹, en que determinaron que la prescripción debía tomarse contando solo tres (3) años atrás desde el inicio de la reclamación administrativa, y se interrumpe con la solicitud de reliquidación

“...Pasa la Sala a estudiar la figura de la prescripción; ello hace entrar en línea de cuenta la siguiente pregunta: ¿desde qué fecha hay que reconocer y pagar los salarios y las prestaciones sociales que hubieren sido mal liquidados por concepto de la prima especial de servicios?

Al respecto hay tres posibles tesis, que se podrían denominar “tesis amplia” (desde 1993), “tesis intermedia” (aplicar la prescripción trienal a partir de la fecha de interrupción de la prescripción), y “tesis estricta” (a partir de la sentencia constitutiva que declare la nulidad). A continuación se explica la justificación y la viabilidad de cada una de estas tres tesis. Primero la justificación:

- ***Tesis amplia:*** *los fallos de nulidad tienen efecto ex tunc, es decir, se asume que la norma anulada nunca existió, lo que se traduce en que hay que retrotraerse a la situación anterior a la expedición de la norma anulada. Si ello es así, la situación se remite al 1° de enero de 1993, fecha en que empezó a regir la Ley 4ª de 1992, que introdujo la prima especial de servicios. Es una tesis muy favorable al trabajador, pues se traduce en 25 años de reliquidaciones a partir de hoy.*
- ***Tesis intermedia:*** *en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969²⁰. De conformidad con estas normas, la prescripción de acciones que emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso*

¹⁸ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016). SE 034 Radicado: 050012331000200301220 01 (0239-2014) Actor: Samuel Correa Quintero Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación.

¹⁹ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

²⁰ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Artículo 102. Decreto 1848 de 1969: “Prescripción de acciones. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.

- **Tesis estricta:** *hasta que no sea anulado o inaplicado el decreto que castiga la prima especial de servicios, él goza de presunción de legalidad y de ejecutoriedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 88 y 89 de la Ley 1437 de 2011, de manera que la limitación salarial y prestacional que él introduce produce plenos efectos. Y es la respectiva sentencia que lo anule o inaplique la que hace exigible el derecho a que se reliquide los salarios y las prestaciones sociales de la manera más favorable al trabajador. Ahí, en la ejecutoria de esa sentencia, nace el derecho; por eso se habla de sentencias “constitutivas”. Entonces es desde ese momento que se tendría derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales y salariales. Antes no. Y hacia futuro, solo a partir de ese día se podría hablar de morosidad, para efectos de contabilizar la futura prescripción trienal. El Consejo de Estado ha sostenido esta línea jurisprudencial por ejemplo en la sentencia de la Sección Segunda del 6 de marzo de 2008 (C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) y del 16 de junio de 2016 (C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero)²¹. Segundo la viabilidad:*

- **De la tesis amplia:** *esta tesis no se acoge por varios motivos. Primero, porque es diferente el instituto de la nulidad del instituto de la exigibilidad del derecho. En efecto, la nulidad tiene efectos ex tunc, como se anotó; pero la exigibilidad del derecho exige tener un límite en el tiempo, porque la Constitución dispone en su artículo 28 que no puede haber cadena perpetua ni deudas imprescriptibles. Una deuda de hace 25 años (o más) no puede constituirse en una vena rota para el deudor. Piénsese por un momento en las multas de tránsito o en las sanciones a los morosos de la DIAN, en donde se cambian los papeles y el Estado pasa a ser acreedor: los ciudadanos tienen derecho a redimir sus acreencias y tienen derecho al olvido, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. En este caso lo contrario no es fiscalmente viable ni conceptualmente razonable. Segundo, la factura de cobro de la inactividad procesal del interesado no se le puede trasladar al Estado, de conformidad con el principio según el cual nadie puede alegar o beneficiarse de su propia culpa²². Si un actor se demora 15 o 20 años en demandar, como sí lo hicieron en forma oportuna otros trabajadores que se hallaban en una situación similar, él debe asumir el costo de su propia morosidad. Pero no el Estado. Y tercero, con las recientes jurisprudencias sobre prejudicialidad en laboral (cuando se ha debido demandar a la vez en acción de nulidad simple y de nulidad y*

²¹ “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia”.

²² *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, en latín.

restablecimiento del derecho), sobre el reconocimiento de solo dos años en caso de despido injusto y sobre el incidente de impacto fiscal en la Corte Constitucional, entre otras, la tendencia actual apunta a racionalizar por razones de equidad los reconocimientos económicos que se prolongan en el tiempo. Es una tendencia razonable y fiscalmente viable.

- ***De la tesis intermedia: esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.***
- ***De la tesis estricta: esta tesis será dejada de lado porque ella fue aplicada por el Consejo de Estado a propósito de un tema diferente: el contrato realidad. Y como este caso es sobre la prima especial de servicios, que es distinto, no se puede extender la tesis jurisprudencial al caso concreto. Por otra parte, es la tesis más desfavorable para los trabajadores.***

(...) Tercero, la demandante tiene derecho a que se le pague la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir, desde el 14 de julio de 2008, o sea tres años atrás de la fecha en que solicitó el reajuste de sus prestaciones sociales y salariales, debido a la prescripción trienal. Por tanto, no tiene derecho a que se le reliquide desde el día 1° de enero de 1993, como lo indicó el fallo inicial, el cual será en este punto revocado.”

Finalmente, fue la mencionada Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, la que cambia la línea jurisprudencial y fija una nueva posición frente a este fenómeno:

“...ahora, en materia de acciones laborales ejercidas por empleados públicos y trabajadores oficiales, los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, establecen²³: (i) que el termino de prescripción es de tres (3) años, contados a partir de la exigibilidad del derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe, por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho.

Lo anterior implica que la prescripción requiere, como elemento sine qua non, que el derecho sea exigible, puesto que a partir de que se causa dicha exigibilidad, inicia el conteo de los 3 años con los que cuenta el empleado o trabajador para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso

²³ Decreto 3135 de 1968. Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Nulidad y restablecimiento del derecho.

17001233300020190000600

Jaime Enrique Montoya Marin Vrs Procuraduría General de la Nación

Sentencia n° 042

administrativo, término que será interrumpido solo con la presentación de un reclamo escrito del derecho ante la autoridad encargada de reconocerlo.

Y agrega;

En atención a lo anterior, en cada caso en concreto se debe establecer: (i) el momento en que el derecho se tornó exigible y (ii) el momento en que se interrumpió la prescripción, para, a partir de la última fecha (presentación del reclamo escrito), contar 3 años hacia atrás y reconocer como debido por pagar solo 3 años anteriores a la interrupción. (subrayas propias).

Aun así, sobre la prima especial creada por la Ley 4ª de 1992, muchas son las discusiones dadas respecto al momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de la prescripción, por no tenerse claridad sobre la exigibilidad del derecho, pues que, en principio, este se causó con la vigencia de la norma que lo creó y, en adelante, con las liquidaciones a cada beneficiario bajo los parámetros fijados en los decretos que anualmente expidió el Gobierno para reglamentarla. No obstante, los correspondientes decretos expedidos entre los años 1993 y 2007 fueron declarados nulos –parcialmente-, mediante la sentencia de 29 de abril de 2014, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Dra. Maria Carolina Rodríguez Ruiz, porque, a juicio de la Corporación, «interpretaron erróneamente (...) la ley» y consagraron una liquidación en detrimento de los derechos laborales de los servidores públicos beneficiarios de esta.

Lo anterior para concluir lo siguiente;

Es criterio de la Sala que, en el caso de la prima especial de servicios, la constitución del derecho ocurrió en el primero de los eventos previamente señalados, es decir, su exigibilidad se predica desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 que la creó y con la expedición del decreto que la reglamentó primigeniamente, esto es, el Decreto 57 de 1993”

Así las cosas, y sin necesidad de acudir a más discernimientos, esta Sala de Conjuces acoge la última tesis propuesta por el Consejo de Estado en esta materia. Para el caso concreto y de acuerdo a la pauta jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado, sobre la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, de conformidad con los Decretos 3135 de 1998 y 1848 de 1969.

Ahora bien, debe señalarse que el término de prescripción de los derechos laborales reclamados es de tres (3) años contados a partir de su exigibilidad se declarará la prescripción. La reclamación administrativa se

Nulidad y restablecimiento del derecho.

17001233300020190000600

Jaime Enrique Montoya Marin Vrs Procuraduría General de la Nación

Sentencia n° 042

realizó el día **18 de julio de 2018** y siendo el periodo reclamado el contemplado **desde el 1 de septiembre de 2016, hasta la fecha**, en consecuencia, tiene un periodo cubierto de “...tres años atrás, y nunca más atrás...” hasta el **18 de julio de 2015**, y siendo el periodo reclamado a partir del año 2016, sobre este no operó el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho, de ahí que no haya necesidad de declararla.

16. COSTAS.

Se dice que las costas se componen de las Costas procesales y de las Agencias en Derecho, entendida la primera como aquellos gastos procesales en que incurrió la parte demandante, para por así decirlo impulsar el proceso y las segundas son los honorarios del trabajo realizado por el apoderado de la demandante, sin embargo, para fijar las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

Ahora bien, los gastos procesales estuvieron a cargo de la parte demandante y este no aportó prueba al menos sumaria de ellos, por lo que no hay lugar a ordenar una condena frente a ellos.

Al respecto de las agencias en derecho y conforme el n° 1 del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016;

“...ARTÍCULO 5°. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son:

1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

(...).

En primera instancia.

a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:

(i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

(...)...”

Ahora bien, el artículo 25 del C.G.P., frente a las cuantías dice:

“Artículo 25. Cuantía. Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía.

Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv).

Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales

mensuales vigentes (40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

(...).”

Respecto a este tema la misma sentencia de unificación se pronunció;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado²⁴, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la acusación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”

De acuerdo con lo anterior al no avizorarse mala fe o maniobras dilatorias por la parte demandada, la Sala de Conjuces considera que no hay lugar a emitir condena en costas-agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

17. CASO CONCRETO Y CONCLUSIONES

17.1. Asunto.

Obra prueba dentro del expediente que, el **Dr. JAIME ENRIQUE MONTOYA MARIN** labora al servicio de la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** desempeñando el cargo de **PROCURADOR JUDICIAL I desde el 1 de septiembre de 2016 a la fecha**. De igual manera, en resumen, el demandante reclama la reliquidación de sus salarios, cesantías y

²⁴ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia. La mencionada sentencia preciso que si bien es cierto la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en o costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...».

prestaciones sociales teniendo como factor salarial la prima, por este mismo periodo.

17.2. Conclusiones.

1. El **Dr. JAIME ENRIQUE MONTOYA MARIN** tenía derecho al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y equivalente al 30% del sueldo básico, sumado a este y no deducido como se hizo, lo que provocó que le pagaran el 70% de su salario y sobre este porcentaje, se liquidaran las prestaciones sociales a las cuales tuvo derecho, y no respecto del 100% como debió hacerse; por lo que se accederá a la declaración de la nulidad del **Oficio SG-006766 de 4 de septiembre de 2018**.
2. Que la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, **SOLO** constituye factor salarial para efectos de los aportes a pensión de jubilación y, en consecuencia; se deben negar las pretensiones relacionadas con ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales, incluidas las cesantías y sus intereses y en consecuencia; se ordenará a la demandada **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, reliquidar los aportes a pensión causados por el demandante por todo el periodo reclamado **-desde el 1 de septiembre de 2016 a la fecha de ejecutoria de esta sentencia o de su retiro definitivo de dicho cargo, lo que suceda primero-** teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y tomando como base el 100% del salario base devengado y no el 70% como se hizo y, consignar las diferencias, al fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado.
3. No hay lugar a la condena en costas de ninguna clase.
4. Las Sumas dinerarias que serán liquidadas en favor del actor, deberán ser ajustadas en los términos del artículo 178 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:
$$R: \frac{Rh \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$
5. Según la cual el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia por el índice inicial). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.

Nulidad y restablecimiento del derecho.

17001233300020190000600

Jaime Enrique Montoya Marin Vrs Procuraduría General de la Nación

Sentencia n° 042

6. Por tratarse de pagos sucesivos la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada reliquidación prestacional.
7. Las sumas de las que se ordena su pago, deberá reglarse por los artículos 189 y 192 del CPACA.

18. FALLA

PRIMERO: ACOGER de manera integral lo dispuesto en la *Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado* y, en consecuencia;

SEGUNDO: Declarar la nulidad del *Oficio SG-006766 de 4 de septiembre de 2018*, en consecuencia; y a título de restablecimiento del derecho **ORDENASE** a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, proceda a reliquidar y pagar el salario, incluyendo el 30% correspondiente a la prima de servicios a favor del señor **JAIME ENRIQUE MONTOYA MARIN** sumado al 100% del salario básico mensual, por el periodo reclamado y no prescrito --*desde el 1 de septiembre de 2016 a la fecha de ejecutoria de esta sentencia o de su retiro definitivo de dicho cargo, lo que suceda primero-*.

TERCERO: DECLARAR que la prima especial de servicios que se reclama, **SOLO** constituye **FACTOR SALARIAL** respecto a la *pensión de jubilación* y, en consecuencia; se **ORDENA** a la demandada **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** reliquidar los aportes a pensión realizados para el periodo comprendido --*desde el 1 de septiembre de 2016 a la fecha de ejecutoria de esta sentencia o de su retiro definitivo de dicho cargo, lo que suceda primero-*, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y tomando como base el 100% del salario base devengado y no el 70% como se hizo y consignarlos al fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: ORDENAR a la demandada que para el cumplimiento de la sentencia deberá efectuarse en los términos previstos en los artículos 189 y 192 del CPACA.

Nulidad y restablecimiento del derecho.

17001233300020190000600

Jaime Enrique Montoya Marin Vrs Procuraduría General de la Nación

Sentencia n° 042

SEPTIMO: Sin necesidad de auto que lo ordene, ejecutoriada esta sentencia y a petición de parte interesada, emitir **COPIAS AUTÉNTICAS**. Por **SECRETARIA** hacer las anotaciones en la base de datos **SIGLO XXI**.

OCTAVO: Evacuadas todas las etapas procesales de este proceso y una vez este ejecutoriada la última providencia emitida, **DEVUELVA** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** las diligencias.

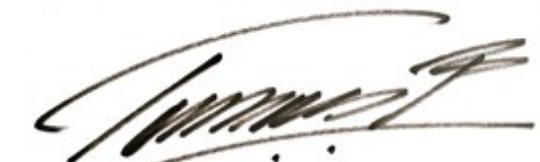
NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en sala celebrada el 28 de abril de 2023.

Los Conjuces:


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Ponente


JORGE IVAN LOPEZ DIAZ
Revisor


TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Revisor

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Presidencia-

Manizales, veinticinco (25) de abril de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el magistrado del tribunal declaró su impedimento para conocer del asunto y ordenó realizar el sorteo del conjuez que conocerá en 1ra instancia y, a raíz de la renuncia que presentará la conjuez designada, se hace necesario realizar nuevamente sorteo. Por lo anterior, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **JUEVES CUATRO (4) DE MAYO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente