

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

San Andrés Isla, ocho (08) de agosto de dos mil trece (2013)

MAGISTRADA PONENTE: NOEMI CARREÑO CORPUS

Expediente No.88-001-33-31-001-2012-00039-01
Proceso: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Apelación
Demandante: Pura Criollo Chow
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia del cuatro (04) de marzo del 2013, proferida por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARESE la nulidad de la Resolución No. 217 del 26 de julio de 2011 “Por la cual se retira del servicio del ICBF a un servidor público por reunir los requisitos para disfrutar de la pensión Mensual Vitalicia por Vejez”, por la cual se retiró del servicio a la señora PURA ESTHER CRIOLLA (sic) CHOW, del cargo de TÉCNICO ADMINISTRATIVO CÓDIGO 3124 GRADO 10 (Ref. 4307) de la planta global de personal del ICBF asignado a la Regional San Andrés Isla, efectiva a partir del 1 de septiembre de 2011, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, liquídense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvase al interesado. Pasados dos años sin que el actor los haya reclamado, la secretaría declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial. Desanótese en los libros correspondientes y archívese el expediente.”

1. LA DEMANDA

La señora Pura Criollo Chow, actuando a través de apoderado judicial, instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, con las siguientes pretensiones:

- 1) “Que se declare la NULIDAD de la Resolución No. 217 del 26 de julio de 2011, proferida por el ICBF Director Regional de San Andrés Islas, que ordenó el

retiro de PURA ESTHER CRIOLLO CHOW del cargo de Técnico Administrativo Código 3124 Grado 10 de la Planta Global del ICBF, asignado a la Planta Personal de la citada Regional, conforme a lo ordenado al literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

2) Con fundamento a lo anterior, se condene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, a:

a) Reintegrar a PURA ESTHER CRIOLLO CHOW, al cargo de Técnico Administrativo Código 3124 Grado 10 de la Planta Global del ICBF, asignado a la citada Regional, o, a un cargo de igual o superior jerarquía.

b) El pago total de los salarios legales y extralegales, primas, bonificaciones, cesantías, auxilio de cesantías, vacaciones, y en general todos los valores laborales legales y extralegales dejados de percibir desde el momento del despido hasta que se ordene el reintegro, pagos que espero se den dentro de los límites de los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

4) Que de la misma manera, en orden a los artículos 85 y 170 del Código Contencioso Administrativo, se condene a la entidad al pago de los perjuicios morales causados con el despido.

5) Declarar que en la relación laboral, no se ha producido solución de continuidad.”

2. ANTECEDENTES

Mediante Resolución No 217 del 26 de julio de 2011, proferida por el Director Regional del ICBF San Andrés, se ordenó a partir del 1 de septiembre del 2011, el retiro de la señora PURA CRIOLLO CHOW, del servicio del cargo de Técnico Administrativo Código 3124 Grado 10 de la Planta Global de la Entidad y asignada a la mencionada Regional, acto motivado en que, a través del oficio No. 047 del 04 de diciembre de 2011, el Patrimonio Autónomo Buen Futuro, informa que concedió a la actora pensión de vejez y solicitó el envío del acto de desvinculación de la trabajadora, para proceder a la inclusión en nómina, conforme lo prevé el artículo 41 literal e) de la Ley 609 de 2004.

Afirma que el acto de desvinculación no fue notificado a la actora ni se indicó recurso procedente contra el mismo. Violando con ello el derecho de defensa de la actora, además que se ordenó su vigencia a partir de su expedición, contraviniendo los artículos 28, 29 y 53 de la Constitución Política y de la jurisprudencia sobre la materia de la Corte Constitucional.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Dte: Pura Criollo Chow
Ddo: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF
Expediente No. 88-001-33-31-001-2012-00039-01

Manifiesta que el retiro se planteó sin considerar el estado físico y síquico precario de la actora, para la fecha de expedición del acto demandado, máxime que se encontraba con trasplante renal, situación que implica atención médica quirúrgica en forma indefinida, poniendo en peligro potencial su vida y su dignidad.

Informa que el acto de desvinculación fue precedido del Oficio No. 40000001180 del 26 de julio de 2011, de la Coordinadora del Grupo Administrativo, donde se daba cuenta del Oficio No. 14760 del 12 de abril de 2011, donde Buen Futuro indicó que a partir del 1 de septiembre de 2011, la actora sería incluida en nómina y así podría entrar a disfrutar de su pensión de vejez. Que la acción de retiro fue en contra de la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, desconociendo el Derecho al Trabajo y el principio de que los empleados públicos solo pueden ser despedidos por causas justas y legales, bajo el criterio de eficiencia, moralidad y buen servicio.

Asegura que con la expedición del acto demandado se causó lesión a los derechos laborales de la actora y se afectó su patrimonio moral y familiar, el cual debe ser indemnizado por la entidad demandada.

Concluye manifestando que el acto demandado fue expedido con falsa motivación y expedición irregular de que trata el artículo 84 del CCA.

3. NORMAS VIOLADAS

El apoderado judicial de la demandante manifiesta que el acto demandado, infringe las siguientes disposiciones legales:

Constitución Política: Artículos 1,2, 6, 29, 40 inc 7, 53, 54, 121, 123, 124, 209, 228, 230,334 inc.2

Ley 909 de 2004: Artículos 27, 41 lit. e) y 57

Ley 100 de 1993: Artículo 33 parágrafo 3

Decreto 2400 de 1968: Artículo 61

Decreto 1848 de 1969: Artículo 8

Código Contencioso Administrativo: Artículos 2, 3, 28, 35, 36, 45, 46, 47, 48 y 53

4. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

La presente demanda fue presentada el día 13 de abril de 2012, ante la Oficina de Coordinación Judicial (folios 1 al 57). Mediante auto de fecha 27 de abril de 2012,

el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, dispuso admitir la acción. (Folios 59 a 60 del cdno.ppal).

La Entidad demandada, presentó contestación de la demanda, dentro del término legal. (Folios 64 a 70 cdno.ppal)

Mediante auto del 10 de julio de 2012, se abrió a pruebas el proceso. (Folio 93 del cdno. ppal.).

En auto de fecha 01 de agosto de 2012, se cerró el periodo probatorio y se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión (Folio 95 del cdno.ppal.)

Mediante sentencia de fecha 04 de marzo de 2013, el Juez de instancia, accedió parcialmente a las pretensiones de la demandante (folios 115 a 125 del cdno. Apel.)

El apoderado judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación en contra del mencionado fallo, el cual se concedió mediante auto de fecha 04 de abril de 2013 (Folios 127-142 y 144-145 del cdno. Apel.).

El Tribunal Administrativo, mediante auto del 23 de abril de 2013, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (Folio 149-150 del cdno.Apel.)

Por auto de 06 de mayo de 2013, se ordenó correr traslado a las partes con el fin de presentar sus alegatos. (Folio 152 del cdno Apel.).

Las partes presentaron sus alegatos de conclusión dentro del término legal (folios 154 a 164 y 165 a 168 cdno.Apel)

El Ministerio Público mediante escrito de fecha 06 de junio de 2013, rindió concepto (Folios 175 a 179)

5. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en sentencia del 04 de marzo de 2013¹, declaró la nulidad de la Resolución No. 217

¹Ver folios 115-125 del cuaderno de apelación

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Dte: Pura Criollo Chow
Ddo: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF
Expediente No. 88-001-33-31-001-2012-00039-01

del 26 de julio de 2011, por la cual se retiró del servicio a la señora Pura Esther Criollo Chow del cargo de Técnico Administrativo Código 3124 Grado 10 (Ref. 4307), de la planta global de personal del ICBF asignado a la Regional San Andrés Isla y negó las demás pretensiones de la demanda.

Expone el *a quo*, como problema jurídico a resolver: Determinar la legalidad de la Resolución No. 217 del 26 de julio de 2011, expedida por el Director Regional del ICBF San Andrés Isla, por medio de la cual retiró del servicio a la señora Pura Esther Criollo Chow, del cargo de Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 10 de la Planta Global del ICBF, con fundamento en el literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y determinar, si le asistía derecho a la demandante a permanecer en el cargo, luego de efectuado el reconocimiento de su pensión de vejez, o si por el contrario, resultaba válido su retiro con fundamento en la citada norma.

Fundamenta que acorde a los hechos probados, se tiene que la entidad al momento de retirar del servicio a la actora inobservó los postulados contenidos en la Ley 797 de 2003 y la Sentencia C-1037 de 2003, en tanto expidió el acto de retiro primero basado en afirmaciones no contenidas en el Oficio No. PABF-CDP-14760-2011 del 12 de abril de 2011 dado que no se solicitó la desvinculación laboral, y segundo, porque no tenía la certeza de que la señora Criollo Chow hubiera sido incluida en nómina de pensionados.

Considera el *a quo* que el acto administrativo contenido en la Resolución No. 217 de 2011, no se ajustó a derecho, habida consideración que no concurrieron los presupuestos para retirar del servicio a la actora, dado que su retiro se produjo el 1 de septiembre de 2011 y tan sólo fue incluida en nómina en el mes de diciembre del mismo año, poniendo en riesgo su subsistencia y dignidad humana, y contrariando, se repite, los postulados contenidos en la Ley 797 de 2003 y la Sentencia C-1037 de 2003, que buscan evitar que el trabajador, después de haber cumplido con su vida laboral, agonice a la espera que la entidad administradora de pensiones, realice los trámites pertinentes y concrete el pago de la prestación periódica, todo lo cual a juicio del juzgado de conocimiento eran razones para su anulación.

Establece que, aún cuando procede la nulidad del acto demandado, el Despacho consideró que no había lugar al restablecimiento del derecho solicitado, dado que

estaba demostrado que la actora fue incluida en nómina desde el mes de diciembre de 2011, y a la fecha estaba recibiendo su mesada pensional, razón por la cual no es procedente el reintegro, al no existir duda que al producirse la inclusión para el pago de la prestación, podía ser retirada del servicio por parte del ICBF, cumpliendo así con los postulados mencionados anteriormente.

Así mismo, tampoco se ordenó indemnización alguna por concepto de los presuntos perjuicios causados a la demandante como consecuencia de su retiro del servicio, puesto que para emitir una declaración en tal sentido se exige que el daño sea cierto y determinable, aspectos que en consideración del juzgado de conocimiento no se encontraban demostrados a través de las pruebas allegadas al expediente.

6. EL RECURSO

El apoderado de la señora Pura Criollo Chow, solicitó la revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos en síntesis:

Asevera que con la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 217 del 26 de julio de 2011, lo procedente es dar curso a las pretensiones solicitadas en la demanda, por ser de causa a efecto de la declaratoria de nulidad.

Considera que el juez de instancia no puede ignorar que en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, concomitante a la nulidad del acto en las que se pide el derecho de restablecimiento de derecho laboral conculcado, como condena también existe la posibilidad alternativa y objetiva de pedir la indemnización por los daños causados con el acto o hecho administrativo que se demanda.

Señala que se pidió el reintegro, el pago de los salarios y prestaciones sociales a modo general de restablecimiento del derecho, que no puede dársele la categoría de indemnización, por que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, emergen en acción de condena en restablecer los efectos del acto administrativo anulado, que mantenía el libelante antes de proferirse la resolución de retiro y la acción paralela de indemnización por los daños o perjuicios causados con el acto en demanda y así de otra parte, en la opción pedida de restablecimiento del derecho no existe la obligación de probar los daños o perjuicios materiales del daño emergente o lucro cesante que se haya

causado, señala que sí se tienen que probar en la causa procesal, si para ello hubiera propuesto otra acción de condena.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Agente del Ministerio Público al emitir su concepto, previo recuento de los antecedentes, manifiesta que el deber de incluir en nómina al trabajador a quien se le ha reconocido la pensión, es un acto esencial para la materializar el derecho de acceso a la pensión a través de su pago mensual. Refiere que esta omisión por parte de la entidad responsable, genera la vulneración de derechos fundamentales que se encuentran en cabeza del pensionado.

Estima que sin lugar a dudas el acto administrativo contenido en la resolución No. 217 de 2011, no se ajustó a derecho, dado que no concurrieron los presupuestos de retiro del servicio de la Sra. Pura Criolla, por lo cual considera que la sentencia apelada debe confirmarse al observar que si bien es cierto que la inclusión en nómina de la accionante para el pago de la mesada no fue desde la fecha de retiro, si se evidencia que en el oficio no. AN-ENC-071_12RD.303545 fue incluida en nómina de pensionados desde diciembre de 2011 y se le canceló el retroactivo correspondiente a las 4 mesadas pendientes por cancelar.

8. CONSIDERACIONES

8.1 Competencia.

El Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por el Juzgado Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago en virtud de lo establecido en el numeral 1º del Art. 133 del C.C.A.

Por lo cual procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha 04 de marzo de 2013, mediante la cual el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

8.2 Problema Jurídico.

Considera esta Corporación como problema jurídico a resolver es determinar si con la declaratoria de nulidad de un acto administrativo el restablecimiento del derecho procede de forma automática. Y en ese sentido establecer si a la actora tiene derecho al restablecimiento del derecho pretendido; para lo cual se hace necesario realizar una serie de precisiones jurisprudenciales para luego descender al caso concreto.

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en nuestro ordenamiento jurídico fue establecida como aquel mecanismo que tiene toda persona que se crea lesionada por medio de acto administrativo en su derecho jurídicamente protegido, para solicitar la declaratoria de nulidad de este, la reparación de los daños y pago de los perjuicios ocasionados; es así como el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo consagra la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en los siguientes términos:

“Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se restablezca en su derecho...”

De la norma transcrita se deduce que este tipo de acción está encaminada no sólo a la obtención de la declaración de nulidad de un acto administrativo, es decir, eliminar del mundo jurídico un acto administrativo viciado, sino que además habilita la solicitud de un complemento resarcitorio derivado de la declaración de nulidad que puede ser o no de carácter patrimonial.

Al respecto el H. Consejo de Estado ha manifestado en referencia el tema de restablecimiento del derecho lo siguiente: “surgen tres posibilidades para aquel a quien le han sido conculcados sus derechos con la ilicitud del acto: la nulidad del acto, el restablecimiento del derecho y la reparación del daño. Ha de entenderse que la esencia de la figura jurídica del restablecimiento del derecho está dada por la finalidad que persigue la acción, en este caso, retrotraer las cosas a su estado anterior al hacer cesar los efectos del acto nocivo”²

En este sentido podemos decir que los tres elementos que integran la acción son (i) la solicitud de nulidad del acto, (ii) restablecimiento del derecho y (iii) la reparación del daño, estos tres elementos operan de manera independiente, en el sentido que cada uno se va a dar dependiendo del material probatorio obrante en

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección “A”; consejero ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 29 de junio del 2011. Rad. No. 19001-23-31-000-2002-01430-01(1472-10).

el proceso, aclarando que la posibilidad de un restablecimiento y la reparación sólo se estructura con la declaratoria de nulidad del acto, en otras palabras es que, la nulidad del acto administrativo, no necesariamente determina el restablecimiento en el derecho o la reparación por cuanto que estos dos últimos componentes penden de las circunstancias demostradas en el desarrollo del proceso.

Descendiendo al caso, en el libelo demandatorio la parte actora solicitó como pretensión principal la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 217 del 26 de julio de 2011, proferida por el ICBF, que ordenó su retiro del cargo de Técnico Administrativo Código 3124 Grado 10 de la Planta Global del ICBF, conforme a lo ordenado al literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y como pretensiones y como consecuencia de esta declaratoria solicita el reintegro al cargo, le sean pagados las prestaciones dejadas de percibir y los perjuicios morales causados con el despido.

El Juez de Instancia una vez analizado el material probatorio y las normas aplicables al caso, accedió a solicitud de nulidad del acto administrativo, pero negó la solicitud de reparación y restablecimiento, por considerar que está demostrada la inclusión en nómina de la actora y el recibo de su mesada pensional, por lo cual consideró que no procedía el reintegro, respecto a la indemnización por concepto de presuntos perjuicios causados con ocasión al despido, el *a quo* negó la solicitud por ausencia de pruebas.

En este orden de ideas, se procederá por parte de la Sala a analizar si en el caso en estudio es procedente acceder a las pretensiones reparatorias y resarcitorias.

8.3 De lo probado en el proceso.

A folio 4 del plenario obra certificado laboral de la actora, suscrito por la Coordinadora Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional San Andrés, en el cual consta que trabajó en dicha entidad desde el 15 de marzo de 1978 hasta el 31 de agosto de 2011.

De igual forma se observa a folios 2 y 3 del plenario copia auténtica de la Resolución No. 217 del 26 de julio de 2011, por medio de la cual se retiró del servicio a la actora, por reunir los requisitos para disfrutar de la pensión mensual vitalicia por vejez.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Dte: Pura Criollo Chow
Ddo: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF
Expediente No. 88-001-33-31-001-2012-00039-01

Mediante oficio AN-ENC-102-11 Rad.148659 visto a folio 5 del expediente, de fecha 15 de septiembre de 2011, el consorcio FOPEP, informa a la Coordinadora del ICBF sobre la no inclusión de la actora en la nómina de pensionados.

A través del oficio No. 20300, visto a folio 7 del expediente, la señora Directora de Gestión Humana del ICBF, solicita la inclusión en nómina de la actora.

A folios 10, 11 y 12 del expediente, se observa originales de historia clínica de la actora, documentos en los cuales se da cuenta de la condición de salud de la Sra. Criollo Chow, a quien fue necesario realizarle un trasplante renal, por lo que debe tener controles mensuales en nefrología y recibir procedimientos y medicamentos conforme a su condición de salud.

Por otra parte a folios 83 al 85 oficio No. ANENC-071 Rdo. 303545, de fecha 2 de abril de 2012, el Consorcio FOPEP informa al Director del ICBF regional San Andrés, sobre la inclusión en nómina de la actora para el mes de diciembre y el pago retroactivo equivalente a 4 mesadas.

Ahora bien, efectivamente se ha constatado que los actos administrativos demandados fueron expedidos contrariando postulados constitucionales y legales a los cuales debían sujetarse; y que en razón a ello deviene su nulidad, también es cierto que se encuentra acreditado en el expediente que la demandante ya fue incluida en nómina de pensionados y está recibiendo el pago de su mesada pensional, y además recibió lo correspondiente a los meses en los cuales se encontraba fuera de la nómina, en razón de lo cual para la Sala no es procedente ordenar el reintegro de la demandante, puesto que no existe duda alguna que podía ser retirada del servicio por parte de la demandada una vez fuese incluida en la nómina de pensionados, Así las cosas, no es procedente el restablecimiento solicitado por cuanto ya se encuentran satisfechas, las pretensiones económicas de la demandante, que de conformidad con la norma vigente se refiere a la inclusión en nómina y el pago de su pensión, tal como ya lo ha sostenido esta Corporación en caso similar, en lo concerniente a no acceder a las prestaciones de restablecimiento cuando se observa que las pretensiones solicitadas ya se encuentran satisfechas³

Por otra parte, respecto a la solicitud de pago de los perjuicios morales irrogados a la accionante como consecuencia del retiro, la Sala comparte los argumentos del

³ Tribunal Contencioso administrativo de San Andrés, Islas, Sentencia del 4 de octubre de 2012 Rad. No. 88-001-33-31-001-2010-00125-01

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Dte: Pura Criollo Chow
Ddo: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF
Expediente No. 88-001-33-31-001-2012-00039-01

A quo, puesto que para acceder a ello es necesario contar con bases probatorias suficientes para determinar la existencia del daño moral, y la tasación y liquidación de los perjuicios morales, los cuales en el caso en estudio no fueron acreditados, por lo cual esta Corporación confirmará la sentencia recurrida.

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 171 del CCA, modificado por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998, no se encuentra conducta que lo amerite.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de 4 de marzo de 2013, por medio de la cual el Juzgado Único Administrativo de San Andrés accedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: No hay lugar a condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue leída y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOEMÍ CARREÑO CORPUS
Magistrada

(Ausente con permiso)

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA
Magistrado

JESÚS G. GUERRERO GONZÁLES
Magistrado