



Tribunal Administrativo de Seguros

Tunja, N.º 3

Magistrada Encargada: Clara Elisa Cifuentes Cortés

Tunja,

Acumulados

Demandante: R&M Construcciones S.A. y Compañía Mundial de Seguros S.A.

Demandado: Municipio de Tunja

Expediente: 150002331000200700542-00 y 1500123310042008406-00

Acción: Contractual

Ingresó el proceso al Despacho el 23 de enero de 2018 con una solicitud de aclaración de la sentencia, presentada por la apoderada de la Compañía Mundial de Seguros S.A., así:

“Respetuosamente solicito al despacho proceda a corregir, modificar y aclarar la Sentencia, en el sentido de determinar la Nulidad Parcial de la Resolución N° 164 de 21 de julio de 2006 y su confirmatoria la N° 320 de Octubre del mismo año, en atención a que en esta Acción Contractual, no se está discutiendo la Nulidad de la Resolución Administrativa N° 509 de 2007, por la que se liquidó unilateralmente el Contrato de Obra N° 077 de 2004.

*De no acceder el Despacho a mi petición respetuosa, manifestó desde ya que interpongo **RECURSO DE APELACIÓN** contra la Sentencia proferida por su Despacho de fecha 30 de Noviembre de 2017 notificada por Edicto desfijado el 12 de diciembre de 2017. ” (Resaltado del texto original) (fl. 594 vto. y 595).*

Para resolver, se considera:

De conformidad con el artículo 285 del CGP, la sentencia no puede ser revocada ni reformada por el mismo juez que la dictó, pues se desconocerían el debido proceso, ya que para aquel objeto, el legislador previó de forma exclusiva, el recurso de apelación.

De la solicitud presentada por la apoderada de la Compañía Mundial de Seguros se concluye, sin lugar a dubitaciones, su inconformismo frente a la decisión adoptada en la sentencia de primera instancia el 30 de noviembre de 2017 (fl. 535 a 591), respecto a i) la declaratoria oficiosa de la nulidad parcial de los artículos cuarto y sexto de la Resolución N° 509 de 2007 “Por la cual se liquida unilateralmente el

Acumulados

Demandante: R&M Construcciones S.A. y Compañía Mundial de Seguros S.A.

Demandado: Municipio de Tunja

Expediente: 150002331000200700542-00 y 1500123310042008406-00

Acción: Contractual

contrato de obra N° 77 de 2004", y ii) la falta de prosperidad de la pretensión de nulidad de las Resoluciones números 164 y 320 de 2006 expedidas por el Municipio de Tunja.

La peticionaria no se refirió a algún motivo de duda en relación con un concepto o frase contenido en la sentencia, **sino a la necesidad de declarar la nulidad del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato de obra y el que lo confirmó.**

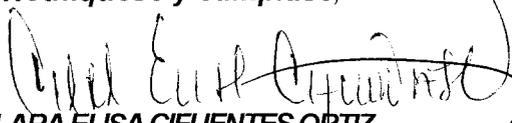
En efecto, el objeto de la petición, lejos de ser la aclaración de la sentencia, es su **reforma o modificación**, razón suficiente para que sea negada.

Ahora bien, comoquiera que ésta Sala de Decisión únicamente es competente para decidir sobre la aclaración de la sentencia, una vez en firme este auto, se ordenará a la Secretaría que ingrese el proceso, para que el Despacho, provea sobre el recurso de apelación presentado por las demandantes.

Por lo expuesto, se **RESUELVE:**

1. **Negar** la solicitud de aclaración y modificación de la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2017, presentada por la apoderada judicial de la Compañía Mundial de Seguros.
2. Una vez en firma esta decisión, por Secretaría ingrese el proceso al Despacho para proveer sobre los recursos de apelación interpuestos por los demandantes.

Notifíquese y cúmplase,


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ

Magistrada


JOSE A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Acumulados

Demandante: R&M Construcciones S.A. y Compañía Mundial de Seguros S.A.

Demandado: Municipio de Tunja

Expediente: 150002331000200700542-00 y 1500123310042008406-00

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 2

Tunja 09 FEB 2018

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del derecho
Demandante : Carlos Julio Sanabria Cifuentes
Demandado : Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones
Sociales del Magisterio - Departamento de Boyacá
Expediente : 15001-23-33-000-2015-00452-00

Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Ingresa proceso al despacho con informe de liquidación de costas y agencias en derecho.

La Secretaria de la corporación realizó la liquidación de costas del proceso (fl 204) como lo precisa el artículo 366 del C.G.P.

En consecuencia, se

RESUELVE

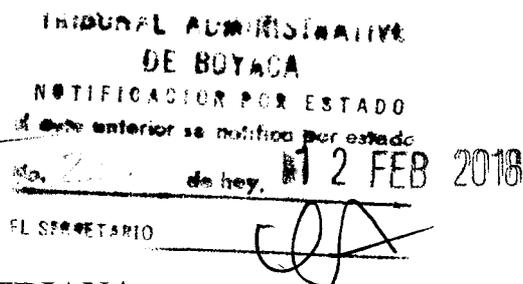
PRIMERO: Apruébese la liquidación de costas realizada por la secretaria de esta corporación de fecha 11 de enero de 2018 (fl. 204).

SEGUNDO: En firme esta decisión, archívese el expediente previas anotaciones del caso.

Notifíquese y cúmplase.

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado





REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 8 FEB. 2018

ACCIONANTE:	ANGEL MIGUEL MASSIRIS CABEZA
ACCIONADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
REFERENCIA:	150012333000-2016-00290-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Previo a resolver sobre la concesión de los recursos de apelación, y teniendo en cuenta que la Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2017, es de carácter condenatoria y que contra ésta se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, de conformidad con el inciso 4° del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, se procederá a fijar fecha para la realización de la audiencia de conciliación.

Así las cosas, se fija el día **JUEVES PRIMERO (01) DE MARZO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), A LAS OCHO Y TREINTA DE LA MAÑANA (8:30 A.M.)**, para realizar la referida audiencia.

Por lo anteriormente expuesto se,

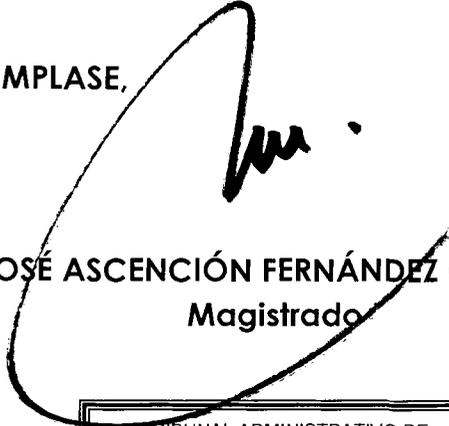
RESUELVE:

PRIMERO.- FIJAR el día **JUEVES PRIMERO (01) DE MARZO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), A LAS OCHO Y TREINTA DE LA MAÑANA (8:30 A.M.)**, a fin de celebrar la Audiencia de conciliación de que trata el Inc. 4° del artículo 192 del CPACA.

Para los apoderados judiciales de los diferentes sujetos procesales, la asistencia a la mencionada Audiencia es de carácter obligatorio, so

pena de declararse desierto el recurso interpuesto, en los términos previstos en la Ley 1395 de 2010.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO
N° <u>22</u> De Hoy <u>13/03/2016</u> A LAS 8:00 a.m.
SECRETARIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 8 FEB. 2018

DEMANDANTE:	SILVESTRE BARRERA SÁNCHEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
REFERENCIA:	150012333000-2016-00305-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Una vez revisado el expediente, se observa que en la audiencia inicial llevada a cabo el 5 de octubre de 2017 (fls. 167-170), se decretaron las siguientes pruebas:

1. Parte actora:

“Oficiar a la Dependencia de Talento Humano o Nómina de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, para que dentro del término de diez (10) días, contados a partir del recibo de la comunicación respectiva, allegue con destino a este proceso lo siguiente:

- *Certificación en la que especifique, qué factores salariales fueron devengados por el señor SILVESTRE BARRERA SÁNCHEZ, identificado con la C.C. No. 6.753.433, durante la vinculación con dicha entidad.*
- *Copia de todos los documentos que reposan en la historia laboral del demandante.”*

Sobre el particular, visible a folio 184, obra Oficio No. SIAF 143345 radicado en la Secretaría de esta Corporación el 7 de noviembre de 2017, mediante el cual la Coordinadora del Grupo de Nómina de la Procuraduría General de la Nación, remite certificación de lo devengado por el actor en los periodos comprendidos entre el **i)** 27 de noviembre de 1990 al 6 de mayo de 1992 y del **ii)** 1º de diciembre de 1994 al 30 de septiembre de 2002 (fls. 185-186).

Sin embargo, encuentra el Despacho que junto con la contestación de la demanda, COLPENSIONES aportó un CD que contiene el expediente administrativo de la solicitud elevada por el demandante (fl. 155), en el cual reposa, entre otros, un archivo denominado “112012110700703002004411029”, que contiene el FORMATO N° 1 – CERTIFICADO DE INFORMACIÓN LABORAL del actor en la Procuraduría General de la Nación, de fecha 23 de agosto de 2012 (del cual se anexa copia a este auto), donde se reportó que el señor SILVESTRE BARRERA SÁNCHEZ estuvo vinculado a dicha entidad en el periodo comprendido entre el **5 de diciembre de 1990 al 30 de septiembre de 2002**, de manera ininterrumpida, y en el que se le efectuaron los descuentos para aportes a seguridad social.

En ese sentido, se hace necesario **oficiar nuevamente a la Dependencia de Talento Humano o Nómina de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, a efectos de que **aclaren y/o rectifiquen** los periodos de tiempo que reportaron como laborados por el actor en dicha entidad, pues existen inconsistencias en los mismos.

2. Entidad demandada – COLPENSIONES:

“Oficiar a la Dependencia de Talento Humano o Nómina de la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL – BOYACÁ Y CASANARE, para que dentro del término de diez (10) días, contados a partir del recibo de la comunicación respectiva, certifique qué factores salariales devengó el señor SILVESTRE BARRERA SÁNCHEZ, identificado con la C.C. No. 6.753.433, durante la vinculación con dicha entidad.”

Al respecto, el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Tunja, mediante Oficio No. DESAJTU017-3144, radicado en la Secretaría del Tribunal el 14 de diciembre de 2017 (fl. 188), informó que una vez revisados los Sistemas Oficiales de Nómina, Saphiro y Kactus no se registró vinculación alguna relacionada con el demandante en dicha entidad.

En ese sentido, el Despacho advierte que en el CD que contiene el expediente administrativo del actor (fl. 155), referido en precedencia, se encuentra un archivo denominado “112012110700703002004411003”, que contiene el FORMATO No. 1 – CERTIFICADO DE INFORMACIÓN LABORAL del actor en la Dirección Seccional Ejecutiva de Administración Judicial de Tunja, de fecha 29 de agosto de 2012 (del cual se anexa copia a este auto), en el que se reportó que el señor SILVESTRE BARRERA SÁNCHEZ estuvo vinculado a dicha entidad en los siguientes periodos de tiempo, en los que se le efectuaron los descuentos para aportes a seguridad social:

- i) 1º de septiembre de 1973 al 6 de febrero de 1974
- ii) 27 de mayo de 1981 al 31 de octubre de 1985

Por tanto, se **oficiará nuevamente a la Dependencia de Talento Humano o Nómina de la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL – BOYACÁ Y CASANARE**, con el fin de que **verifiquen** la información que reposa en la base de datos de la entidad, pues como se señaló, existe constancia de la vinculación del actor en la misma, y en ese sentido, certifiquen los factores salariales devengados por el señor Silvestre Barrera Sánchez en dichos periodos.

De igual manera, se ordenará **oficiar a la Dependencia de Talento Humano o Nómina de la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE BOGOTÁ**, para que dentro del término de 10 días, contados a partir del recibo de la comunicación respectiva, certifique qué factores salariales devengó el señor SILVESTRE BARRERA SÁNCHEZ, identificado con la C.C. No. 6.753.433, durante su

vinculación con dicha entidad, teniendo en cuenta que en el archivo denominado "112012110700703002004411006", que se encuentra en el CD visto a folio 155 de expediente (del cual se anexa copia a este proveído), se observa el FORMATO No. 1 – CERTIFICADO DE INFORMACIÓN LABORAL del demandante, de fecha 11 de septiembre de 2012, en el cual se consignó que el actor laboró para dicha entidad en el periodo comprendido entre el **1° de noviembre de 1985 al 26 de noviembre de 1990.**

Por lo anteriormente expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: Por Secretaría, **OFICIAR a la Dependencia de Talento Humano o Nómina de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, a efectos de que en el término de diez (10) días, contados a partir del recibo de la comunicación respectiva, **aclaren y/o rectifiquen** los periodos de tiempo que reportaron como laborados por el señor SILVESTRE BARRERA SÁNCHEZ, identificado con C.C. No. 6.753.433 en dicha entidad, pues existen inconsistencias en los mismos, conforme a lo expuesto en este proveído.

Adjúntese a la comunicación, copia del Formato No. 1 de fecha 23 de agosto de 2012.

Hágasele saber a la entidad requerida que el incumplimiento injustificado de su parte, le hará incurrir en desacato sancionable en los términos del artículo 44 del CGP, sin perjuicio de la correspondiente sanción disciplinaria.

SEGUNDO: Por Secretaría, **OFICIAR a la Dependencia de Talento Humano o Nómina de la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL – BOYACÁ Y CASANARE**, con el fin de que en el término de diez (10) días, contados a partir del recibo de la comunicación respectiva, **verifiquen** la información que reposa en la base de datos de la entidad, relacionada con la vinculación laboral del señor SILVESTRE BARRERA SÁNCHEZ, identificado con C.C. No. 6.753.433 en la misma, y en ese sentido, certifiquen los factores salariales devengados por el actor, en virtud de lo expuesto en este auto.

Adjúntese a la comunicación, copia del Formato No. 1 de fecha 29 de agosto de 2012.

Hágasele saber a la entidad requerida que el incumplimiento injustificado de su parte, le hará incurrir en desacato sancionable en los términos del artículo 44 del CGP, sin perjuicio de la correspondiente sanción disciplinaria.

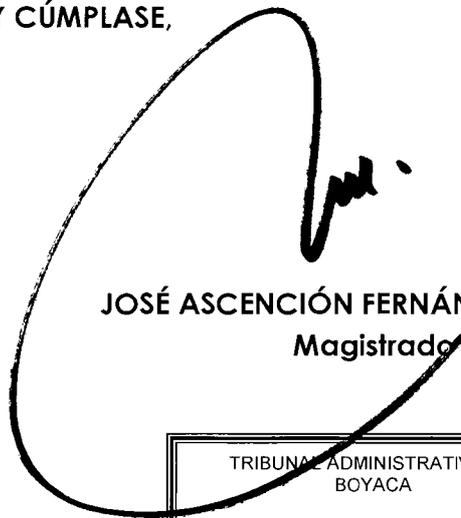
TERCERO: Por Secretaría, **OFICIAR a la Dependencia de Talento Humano o Nómina de la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE BOGOTÁ**, para que dentro del término de diez (10) días, contados a partir del recibo de la comunicación respectiva, certifique qué factores salariales devengó el señor SILVESTRE BARRERA SÁNCHEZ, identificado con la C.C. No. 6.753.433, durante su

vinculación con dicha entidad, de conformidad con lo expuesto en este proveído.

Adjúntese a la comunicación, copia del Formato No. 1 de fecha 11 de septiembre de 2012.

Hágasele saber a la entidad requerida que el incumplimiento injustificado de su parte, le hará incurrir en desacato sancionable en los términos del artículo 44 del CGP, sin perjuicio de la correspondiente sanción disciplinaria.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO
N ° ____ De Hoy _____ A LAS 8:00 a.m.
SECRETARIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE CONJUECES

Tunja, 11 FEB 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: JAIME ALBERTO PULIDO ALAYON
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE
ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Radicación: 150012333000201600355-00

Ingresa el expediente al despacho, informando que se aceptó la renuncia al conjuetz ponente de este proceso.

Efectivamente fue allegada al expediente copia del Acuerdo No. 0002 del 29 de enero de 2018, mediante el cual la Sala Plena de esta corporación acepta la renuncia de la Conjuetz Ponente Dra. DEISY JOANNA FORERO, en consecuencia se ordenará realizar diligencia de sorteo para reemplazarla.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: Por secretaría de la corporación realícese el sorteo del conjuetz que habrá de reemplazar a la doctora DEISY JOANNA FORERO quien era la conjuetz ponente en este proceso. Comuníquesele y désele posesión en legal forma.

SEGUNDO: realícese la diligencia de sorteo ordenada mediante auto de fecha 30 de octubre de 2017.

Notifíquese y cúmplase

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
ARTIFICIALES POR ESTADO
11 2 FEB 2018
EL SECRETARIO


SULMA CLEMENCIA TORRES GALLO

Conjuetz



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 8 FEB. 2018

ACCIONANTE:	JULIO ORLANDO PRADO SALCEDO
ACCIONADO:	UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES UGPP
REFERENCIA:	150012333000-2016-00670-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Previo a resolver sobre la concesión de los recursos de apelación, y teniendo en cuenta que la Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2017, es de carácter condenatoria y que contra ésta se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, de conformidad con el inciso 4° del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, se procederá a fijar fecha para la realización de la audiencia de conciliación.

Así las cosas, se fija el día **VIERNES NUEVE (09) DE MARZO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), A LAS DIEZ Y TREINTA DE LA MAÑANA (10:30 A.M.)**, para realizar la referida audiencia.

Por lo anteriormente expuesto se,

RESUELVE:

PRIMERO.- FIJAR el día **VIERNES NUEVE (09) DE MARZO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), A LAS DIEZ Y TREINTA DE LA MAÑANA (10:30 A.M.)**, a fin de celebrar la Audiencia de conciliación de que trata el Inc. 4° del artículo 192 del CPACA.

Para los apoderados judiciales de los diferentes sujetos procesales, la asistencia a la mencionada Audiencia es de carácter obligatorio, so pena de declararse desierto el recurso interpuesto, en los términos previstos en la Ley 1395 de 2010.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO
N° <u>22</u> De Hoy ----- A LAS 8:00 a.m. -----
SECRETARIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 8 FEB. 2018

DEMANDANTE:	CONSORCIO CR INGENIERÍA
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
REFERENCIA:	150012333000-2016-00671-00
MEDIO DE CONTROL:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Atendiendo a lo dispuesto en auto de fecha 25 de enero de 2018, mediante el cual se concedió al perito designado ANICETO DE JESÚS SABOYA VARGAS el término de cinco (5) días hábiles con el fin de que ratificara el memorial de renuncia al cargo, se advierte que una vez revisado el sistema TYBA, se constata que el proceso ingresó al despacho el día 2 de febrero de la presente anualidad con la anotación de que el auxiliar de justicia en mención, acudió a la Secretaría del Despacho a fin de efectuar la firma del memorial presentado.

Así las cosas, el Despacho aceptará la renuncia presentada por el auxiliar de justicia y en cumplimiento a lo dispuesto en audiencia inicial de fecha 18 de octubre de 2017, se procederá a realizar la designación de nuevos auxiliares de justicia, conforme lo dispone el artículo 233 del C.G.P. que reza que se deberá designar y tomar posesión a un solo perito para el dictamen solicitado, disposición que de ninguna manera es desconocida por el Despacho, sin embargo, las reglas de la experiencia judicial indican que tal situación resulta dispendiosa ante la no comparecencia en forma oportuna de los mismos.

Por lo anterior, se ordenará comunicar de la lista de auxiliares de la justicia a tres auxiliares de la justicia-Ingenieros de vías y Transportes; y se tomará posesión al primero que comparezca a la diligencia de posesión que se llevará a cabo el **26 de febrero de 2018 a las 2:30 pm.**

En consecuencia, se procede a designar para el dictamen pericial a los auxiliares de la justicia-Ingenieros de vías y Transportes que a continuación se relacionan:

NOMBRES APELLIDOS	Y	CÉDULA	DIRECCIÓN	TELÉFONO
WILLIAM GAVILAN RONDÓN	SERGIO	6771199	CALLE 31 No 18-43 de Tunja	3138776941
RUTH MERY GOMEZ SAAVEDRA		24157043	CALLE 25 No 11-15 Apto 402 de Tunja	3108608878
HERNANDO EDUAR MERIZALDE GONZALEZ		3092879	CARRERA 8 No 21- 42 de Tunja	987423710

Adviértase que al tenor del artículo 220 del C.P.A.C.A., para rendir el dictamen el perito deberá comparecer a la Audiencia de Pruebas que se señalará posteriormente, una vez presentado el dictamen, con el fin de que se exprese la razón y las conclusiones del experticio, así como la información que dio lugar al mismo y el origen de su conocimiento.

Por lo expuesto el Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO: ACEPTAR la renuncia presentada por el señor ANICETO DE JESÚS SABOYA VARGAS al cargo de AUXILIAR DE LA JUSTICIA para el proceso de la referencia.

SEGUNDO: DESIGNAR de la lista de auxiliares de la justicia a los peritos-Ingenieros de Vías y Transportes que se relacionan a continuación:

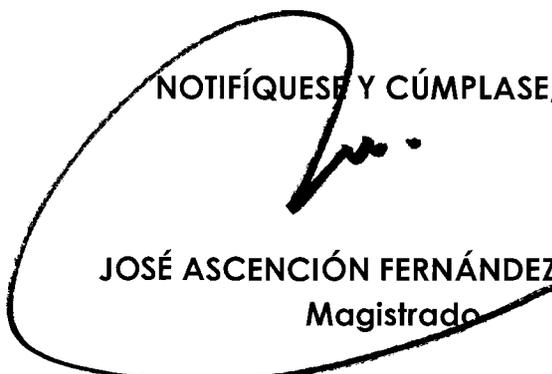
NOMBRES APELLIDOS	Y	CÉDULA	DIRECCIÓN	TELÉFONO
WILLIAM GAVILAN RONDÓN	SERGIO	6771199	CALLE 31 No 18-43 de Tunja	3138776941
RUTH MERY GÓMEZ SAAVEDRA		24157043	CALLE 25 No 11-15 Apto 402 de Tunja	3108608878
HERNANDO EDUAR MERIZALDE GONZALEZ		3092879	CARRERA 8 No 21- 42 de Tunja	987423710

Se advierte que se dará posesión al primero que concurra a la audiencia de posesión que se realizará el 26 de febrero de 2018 a las 2:30 pm.

Para efectos de elaboración del dictamen se fija el término de veinte (20) días contados a partir de la fecha de posesión.

Se pone de presente que al tenor del artículo 220 del C.P.A.C.A., para rendir el dictamen el perito deberá comparecer a la Audiencia de Pruebas que se señalará posteriormente, una vez presentado el dictamen, con el fin de que se exprese la razón y las conclusiones del experticio, así como la información que dio lugar al mismo y el origen de su conocimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA</p> <p>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</p> <p>LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO</p> <p>N° <u>22</u> De Hoy <u>27/10/2018</u> A LAS 8:00 a.m.</p> <p>SECRETARIA</p>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 2**

Tunja,

09 FEB 2018

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Víctor Francisco Soler González**
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional**
Expediente : **15001-23-33-000-2016-00701-00**

Magistrado Ponente : **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Ingresa el proceso al despacho con informe secretarial indicando que la parte demandada solicita integración del contradictorio.

Por consiguiente previo a fijar fecha para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A, corresponde al despacho entrar a resolver sobre la solicitud.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito del 18 de octubre de 2017 visible a folios 159 a 161, el apoderado de la demandada presenta solicitud de integración del contradictorio de conformidad con lo establecido en el artículo 63 del C.G.P.

Refiere que debe vincularse al proceso al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía como quiera que si bien se ordenó la notificación de la demanda al Ministerio de Defensa, no se especificó la representación de dicha entidad para citar al tribunal, lo que eventualmente perjudicaría el derecho de defensa de dicho organismo.

Medio de control	:	Nulidad y restablecimiento del derecho	2
Demandante	:	Víctor Francisco Soler González	
Demandado	:	Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional	
Expediente	:	15001-23-33-000-2016-00701-00	

Sostiene que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía no hace parte de la estructura ni funcionalidad de la policía, por lo que al no pertenecer a la estructura orgánica interna resulta necesaria su comparecencia e intervención.

Aduce que es necesaria la vinculación de ese organismo dado que la decisión de fondo que se tome genera efectos jurídicos en ambas entidades, porque si bien el demandante se vinculó como agente perteneciente a la Policía Nacional, el organismo que tomó la decisión definitiva sobre el estado de salud y situación médico laboral fué el tribunal, razón por la que solicita su vinculación como **litis consorte necesario**.

III. CONSIDERACIONES

1. Del litisconsorcio necesario

Debe recordarse que el CPACA no regula explícitamente el litis consorcio necesario, de manera que se acudirá a lo establecido en el Código General del Proceso.

En tal sentido, el artículo 61 del C.G.P., frente a esta figura del litis consorcio necesario e integración del contradictorio establece:

“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o

a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio”.

La figura procesal del litisconsorcio tiene como finalidad esencial la debida integración del contradictorio, atendiendo a criterios básicos de economía procesal o de mérito para resolver la controversia, y se encuentra clasificado en necesario o facultativo y/o voluntario, según la naturaleza de la relación o relaciones jurídicas discutidas en el proceso y a la divisibilidad de las obligaciones derivadas de esas relaciones.

El Consejo de Estado respecto a la integración del contradictorio, en sentencia del veintiocho (28) de julio dos mil catorce (2014), dentro del radicado (1377-11), indicó:

“La accionada además señala que no se integró debidamente el contradictorio, en la medida en que, para efectos de la reclamación por perjuicios morales derivados de la afectación del buen nombre del actor, también debió demandarse a los medios de comunicación quienes fueron los que dieron publicidad al asunto. **La indebida integración del contradictorio exige revisar la relación jurídica existente entre la parte demandante y demandada, a fin de determinar si para resolver la litis es necesaria la participación de un tercero no llamado al juicio.** La intervención como demandados, en este proceso, de los “medios de comunicación” no es necesaria en la medida en que, éstos no participaron en la expedición de las providencias acusadas, y en ese sentido no tienen una relación jurídica sustancial con alguna de las partes involucradas en el litigio”. (Subraya y negritas del despacho)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Víctor Francisco Soler González
Demandado : Nación -- Ministerio de Defensa - Policía Nacional
Expediente : 15001-23-33-000-2016-00701-00

4

De lo anterior se colige que la exigencia para la integración del contradictorio recae en la relación jurídica que debe existir entre las partes, razón por la que debe analizarse en este caso si la intervención del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía es indispensable para fallar el proceso.

Corolario de lo anterior, en sentencia del 15 de mayo de 2014, radicación 2019586, Consejero Ponente HUGO FERNANDO BASTIDAS BARENAS, frente a la integración del litisconsorcio necesario, ha expresado:

“el litisconsorcio necesario se presenta cuando la cuestión litigiosa tiene por objeto la relación jurídica material, única e indivisible, que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que integran la parte correspondiente, **lo que impone su comparecencia obligatoria al proceso, por ser un requisito imprescindible para adelantarlos válidamente.** La característica esencial del litisconsorcio necesario es **que la sentencia tiene que ser única y de igual contenido para la pluralidad de sujetos que integran la relación jurídico-procesal,** unidad que impide adoptar decisiones que no incidan en todos los integrantes, en tanto que en el litisconsorcio facultativo como la pluralidad de partes corresponde también a una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible que las causas reunidas se separen en cierto momento y cada uno vuelva a ser objeto de un proceso separado”.

Por lo anterior, para efectos de determinar si ese organismo debe ser parte en calidad de litisconsorte necesario, debe analizarse si la relación jurídica que se debate impone su intervención, es decir, si no es posible decidir el fondo del asunto sin su comparecencia, en la medida en que están inmersas en la relación jurídica que va a decidirse.

2. La solución del caso concreto

La parte actora pretende se declare la nulidad de las actas expedidas por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar en las que se determinó la disminución de la capacidad laboral del accionante y a título de restablecimiento solicita la expedición de una nueva acta que profiera dicho organismo.

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Víctor Francisco Soler González
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional
Expediente : 15001-23-33-000-2016-00701-00

5

Respecto al funcionamiento del tribunal médico ha dicho la demandada que mediante Resolución N° 821 de 1998, éste organismo no hace parte de la estructura ni de la funcionalidad de la Policía Nacional en tanto depende del Ministerio de Defensa Nacional, razón por lo que al ser una dependencia ajena a la accionada – Policía Nacional - resulta ser necesaria la mediación del organismo en aras de garantizar el mecanismo de defensa.

Del análisis efectuado a los supuestos fácticos de la demanda se observa que aquellos sí tienen relación con la intervención del tribunal como quiera que ese organismo participó en la expedición de los actos acusados.

Para éste Despacho, se presenta la figura jurídica del litisconsorcio necesario, por cuanto si bien en el auto admisorio de la demanda se ordenó la notificación al Ministerio de Defensa, el tribunal médico es un organismo que depende de la Secretaría General de ese ministerio, como autónomo e independiente de la demandada Policía Nacional y en tanto los actos que se controvierten le competen también esa dependencia, en efecto es necesaria la vinculación.

De manera que le asiste razón a la demandada en solicitar la vinculación del Ministerio de Defensa – Secretaría General - Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, por cuanto existe una relación jurídica entre el demandante y la vinculada en la medida que la decisión de fondo o las órdenes que se tomen o se impartan pueden llegar a afectarle.

En consecuencia, el Despacho estima que en razón de las relaciones jurídicas y de los supuestos fácticos así como del contenido mismo de las pretensiones de la demanda, es necesaria la vinculación del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía al presente trámite,

En consecuencia, el Despacho N° 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Víctor Francisco Soler González
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional
Expediente : 15001-23-33-000-2016-00701-00

6

RESUELVE:

PRIMERO: Vincular al proceso y ordenar la citación en calidad de litisconsorte necesario al Ministerio de Defensa – Secretaría General - Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

SEGUNDO: Requerir a la parte demandante para que en el término máximo de diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este auto, allegue una copia de la demanda con los correspondientes anexos para el traslado a la entidad vinculada como litisconsorte.

TERCERO: Notifíquese el presente auto y el auto admisorio de la demanda al Ministerio de Defensa – Secretaría General - Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, en la forma prevista para la notificación del auto admisorio de la demanda en el artículo 199 del C.P.A.C.A., para que conteste y pida pruebas si a bien lo tiene. Concédase al notificado el término de traslado de (30) días para contestar la demanda, el cual comenzará a correr, al vencimiento del término de veinticinco (25) días después de surtida la notificación.

CUARTO: Suspender el proceso judicial mientras se surte el término de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del C.G.P.

Cuarto: Reconocer personería para actuar al abogado Eric Mauricio García Puerto identificado con C.C. N° 7.169.587 expedida en Tunja, y portador de la T.P. N° 102.178 del C. S. de la J., como apoderado de la parte demandada en los términos y para los efectos del poder legalmente conferido.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
de ley. 12 FEB 2016
SECRETARÍA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

- 9 FEB. 2018

DEMANDANTE:	RODRIGO RODRÍGUEZ BOCANEGRA
DEMANDADOS:	NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
REFERENCIA:	150012333000-2016-00847-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Verificado el expediente, se observa que en audiencia inicial llevada a cabo el 15 de agosto de 2017 (fls. 150-152), este Despacho ordenó requerir a la Dirección del Centro de Salud Mental de la Cárcel Modelo de Bogotá (Anexo Psiquiátrico), para que rindiera información respecto del estado de salud mental del señor Rodríguez Bocanegra y se aportara copia de la totalidad de la historia clínica del actor.

En cumplimiento de lo anterior, se realizó el oficio correspondiente el cual fue radicado por la parte demandada, tal como obra a folio 156-157. En respuesta a la petición anterior, el INPEC aportó el Oficio 114-ECBOG-SAN-663 de fecha 15 de septiembre de 2017, en el que en respuesta a los requerimientos realizados por este Despacho, limitó su actuar a indicar la fecha desde cuando se encuentre allí recluido el señor Rodríguez Bocanegra y el tratamiento médico que se le ha venido suministrando, siendo renuente a contestar de forma clara y precisa los requerimientos solicitados en el oficio en mención. Asimismo indicó en el escrito que el paciente se encuentra estable y recibe tratamiento interdisciplinario de terapia ocupacional, omitiendo certificar si el señor **RODRIGO RODRÍGUEZ BOCANEGRA**, a la fecha cuenta con resolución dictada por una autoridad competente que determine discapacidad por interdicción o enfermedad mental debiéndose en caso afirmativo, allegar copia de dicho acto.

Por otra parte, respecto de la Historia Clínica, la Entidad respondió que *"para acceder a la expedición de la misma se debe contar con autorización debidamente firmada y con huella digital del solicitante"*.

Ante tal situación, esta Corporación requirió por segunda vez al **DIRECTOR DEL CENTRO DE SALUD MENTAL DE LA CÁRCEL NACIONAL**

MODELO DE BOGOTÁ (ANEXO PSIQUIÁTRICO), para que en el término de diez (10) días brindara información de forma **CLARA Y PRECISA** a los requerimientos efectuados mediante oficio J.A.F.O No. 0516 del 15 de agosto de 2017, y se aportara la Historia Clínica, conforme a lo dispuesto en la Resolución 1995 de 1999, en concordancia artículo 175, Inciso 2º, párrafo 1º de la Ley 1437 de 2011, sin embargo, a la fecha no se ha dado contestación alguna al imposición anterior.

En consecuencia, se ordenará **requerir por ÚLTIMA VEZ al DIRECTOR DEL CENTRO DE SALUD MENTAL DE LA CÁRCEL NACIONAL MODELO DE BOGOTÁ (ANEXO PSIQUIÁTRICO)**, para que en el término improrrogable de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, allegue al plenario y de forma puntual y precisa, la información requerida mediante Oficio J.A.F.O. No. 0723 del 8 de noviembre de 2017, para lo cual a cargo de la entidad demanda, se enviará copia del Oficio J.A.F.O. No. 0723 del 8 de noviembre de 2017, para lo pertinente.

Hágasele saber a la autoridad requerida, que deberá responder en un término máximo de 10 días, luego de recibido el respectivo oficio y que el incumplimiento injustificado de su parte le hará incurrir en desacato sancionable en los términos de los artículos 103 inciso último del C.P.A.C.A y 44 del C.G.P. sin perjuicio de la correspondiente sanción disciplinaria.

Por lo anteriormente expuesto, se

RESUELVE:

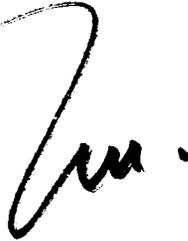
PRIMERO: REQUERIR ÚLTIMA VEZ al DIRECTOR DEL CENTRO DE SALUD MENTAL DE LA CÁRCEL NACIONAL MODELO DE BOGOTÁ (ANEXO PSIQUIÁTRICO), para que en el término improrrogable de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, allegue al plenario y de forma puntual y precisa, la información requerida mediante Oficio J.A.F.O. No. 0723 del 8 de noviembre de 2017, para lo cual a cargo de la entidad demandada, se enviará copia del Oficio J.A.F.O. No. 0723 del 8 de noviembre de 2017, para lo pertinente.

SEGUNDO: Hágasele saber a la autoridad requerida, que deberá responder en un término máximo de 10 días, luego de recibido el respectivo oficio y que el incumplimiento injustificado de su parte le hará incurrir en desacato sancionable en los términos de los artículos 103

inciso último del C.P.A.C.A y 44 del C.G.P. sin perjuicio de la correspondiente sanción disciplinaria.

TERCERO: cumplido lo anterior, reingresar el expediente al Despacho para proveer de conformidad.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO.
N.º <u>22</u> De Hoy <u>21</u> de <u>NOV</u> de <u>2018</u>
A LAS 8:00 a.m.
SECRETARIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

- 9 FEB. 2018

DEMANDANTE:	MILTON FORERO MENDOZA
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL
REFERENCIA:	150012333000- 2017-00163-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Verificado el expediente, se observa que de las pruebas que fueron requeridas en la audiencia inicial celebrada el 5 de diciembre de 2017 (fl. 183-188), se solicitó requerir al Comando de la Policía del Departamento del Valle del Cauca para que allegara en el término de diez (10) días siguientes a la notificación correspondiente lo siguiente:

- Orden de traslado desde el sexto distrito (Cartago) a fase de reentrenamiento ubicado en el Municipio de Tuluá (Valle del Cauca).
- Copia de la Hoja de vida de Milton Forero Mendoza, identificado con cedula de ciudadanía No. 7.179.490 de Tunja.
- Copia del acto administrativo mediante el cual se crea la base móvil Arenillo, ubicada en el Municipio de la Buitrera, base adscrita al primer distrito de Policía (Palmira).
- Orden de traslado desde la fase de reentrenamiento ubicado en el Municipio de Tuluá (Valle del Cauca) al Municipio de la Buitrera, base Móvil Arenillo.

Asimismo se ofició a la **Oficina de Planeación de la Dirección General de la Policía Nacional en Bogotá**, para que allegara dentro del mismo término, copia autentica de la Directiva Administrativa Permanente No. 0016 del 30 de mayo de 2010, o de la Directiva o Instructivo actualizado por el cual se reglamenta lo pertinente frente a la elaboración de los informes administrativos por muerte o lesiones.

En cumplimiento de lo anterior, por parte de la Secretaría del Tribunal se realizaron los oficios J.A.F.O. No. 0800 y J.A.F.O. No. 0801, ambos del 5 de diciembre de 2017, (fl. 189-190), siendo retirados por cada una de las partes de acuerdo a la carga procesal impuesta.

El apoderado de la Policía Nacional allegó constancia de radicación del oficio correspondiente ante el área de prestaciones sociales del Ministerio de Defensa – Policía Nacional, tal como obra a folio 192 del expediente; no obstante, a la fecha esa dependencia no a allegado la información requerida por este Despacho, haciéndose necesario requerirlos por **SEGUNDA VEZ** para que dentro de los cinco (5) días siguientes al recibido de la notificación correspondiente, dé contestación al oficio J.A.F.O. No. 0800 del 5 de diciembre de 2017.

Por otra parte, respecto del oficio J.A.F.O. 0801 del 5 de diciembre de 2017, retirado por el apoderado de la parte actora, no obra constancia de radicación ante la entidad correspondiente, incumpliendo la carga procesal impuesta, razón por la cual se hace necesario requerirlo para que en el término perentorio de dos (2) días contados a partir de la notificación por Estado del presente auto, allegue la constancia de radicación del oficio en mención en la entidad correspondiente. Una vez verificada la constancia de radicación anterior y de encontrarse que la omisión de allegar las pruebas solicitadas se encuentra en cabeza del Comando de Policía del Departamento del Valle del Cauca, requerir **POR SEGUNDA VEZ** a dicha entidad, para que dentro de los cinco (5) días siguientes al recibido de la notificación correspondiente, allegue la documentación solicitada en el oficio J.A.F.O. 0801 del 5 de diciembre de 2017.

Póngase de manifiesto que el incumplimiento injustificado de la entidad requerida hará incurrir en desacato sancionable en los términos de los artículos 103 del C.P.A.C.A y 44 del C.G.P sin perjuicio de la correspondiente sanción disciplinaria, en concordancia con el Art. 113 de la Constitución Nacional.

Por lo anteriormente expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: REQUERIR al apoderado judicial de la parte actora para que en el término perentorio de dos (2) días, contados a partir de la notificación por Estado del presente auto, se sirva allegar constancia de la radicación correspondiente del **oficio J.A.F.O. 0801 del 5 de diciembre de 2017**, en la entidad correspondiente, dando cumplimiento así a la carga procesal impuesta; so pena de declarar desistida la prueba, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REQUERIR POR SEGUNDA VEZ, a la **OFICINA DE PLANEACIÓN de la DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL**, para que dentro de los cinco (5) días siguientes al recibido de la notificación correspondiente, allegue contestación del **oficio J.A.F.O. No. 0800 del 5 de diciembre de 2017**.

TERCERO: cumplido el numeral primero de la presente providencia **REQUERIR POR SEGUNDA VEZ** al **COMANDANTE DEL DEPARTAMENTO DE POLICÍA DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, WILSON JAVIER GONZÁLEZ DELGADILLO** o quien haga sus veces, para dentro de los cinco (5) días siguientes al recibido de la notificación correspondiente, allegue la documentación solicitada en el oficio **J.A.F.O. 0801 del 5 de diciembre de 2017**.

Para el cumplimiento de lo anterior, se librarán los oficios respectivos los cuales deben ser retirados y tramitados por cada una de las partes conforme a la carga procesal impuesta en la audiencia inicial celebrada el 5 de diciembre de 2017.

Hágasele saber a las autoridades requeridas que el incumplimiento injustificado de su parte le hará incurrir en desacato sancionable en los términos de los artículos 103 del C.P.A.C.A inciso último y 44 del C.G.P. sin perjuicio de la correspondiente sanción disciplinaria, en concordancia con el Art. 113 de la Constitución Nacional.

TERCERO: Cumplido lo anterior, regrese el expediente para proveer lo que en derecho corresponda.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO
N.º <u>22</u> De Hoy <u>19</u> <u>12</u> 2017 A LAS 8:00 a.m.
SECRETARIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, **8 FEB.** 2018

ACCIONANTE:	LINA MARÍA HERNÁNDEZ ACEVEDO
ACCIONADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y OTROS
REFERENCIA:	150012333000-2017-00183-00
ACCIÓN:	TUTELA

Atendiendo el informe secretarial que antecede y una vez revisado el expediente, se observa que mediante auto del 24 de julio de 2017 la H. Corte Constitucional excluyó de revisión el proceso de la referencia (fl. 237); en consecuencia, comoquiera que el fallo de primera instancia que accedió a las pretensiones de la tutela no fue apelado y al no encontrarse ningún trámite pendiente, este Despacho dispone ordenar el archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

Por lo brevemente expuesto, se

RESUELVE:

Por Secretaría, **ARCHIVAR** el expediente de la referencia, dejando las anotaciones y constancias de rigor, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
150012333000-2017-00183-00
Auto anterior se notifica por correo electrónico
22 FEB 2018
2018



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSE ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, **8 FEB.** 2018

ACCIONANTE:	YOHAN MANUEL BUITRAGO VARGAS
ACCIONADO:	LA NACIÓN- MINISTERIO DE TRABAJO-GRUPO DE ARCHIVO SINDICAL
REFERENCIA:	150012333000-2017-00199-00
ACCIÓN:	TUTELA

Atendiendo el informe secretarial que antecede y una vez revisado el expediente, se observa que mediante auto de 24 de octubre de 2017, la H. Corte Constitucional, excluyó de revisión el proceso de la referencia (fl. 31); en consecuencia, como quiera que el fallo de primera instancia no fue impugnado y al no encontrarse ningún trámite pendiente, este Despacho se dispone a ordenar el archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

Por lo brevemente expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: Por Secretaría, **ARCHIVAR** el expediente de la referencia, dejando las anotaciones y constancias de rigor, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOSE ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO
N° <u>21</u> De Hoy <u>8 FEB 2018</u> A LAS 8:00 a.m.
SECRETARIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

8 FEB. 2018

ACCIONANTE:	JAIRO LÓPEZ RODRÍGUEZ
ACCIONADO:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
REFERENCIA:	150012333000-2017-00604-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Visto el informe Secretarial que antecede, encuentra el Despacho que se encuentra pendiente por resolver la solicitud de medida cautelar formulada por la parte demandante, consistente en la suspensión provisional de los actos administrativos contenidos en **el fallo en primera instancia proferida el 30 de junio de 2016**, emitido por la Procuraduría Provincial de Tunja, mediante el cual se sanciona disciplinariamente al demandante y se impuso una sanción de destitución e inhabilidad general para desempeñar cargos públicos por 10 años; y el **fallo de segunda instancia, emitido por la procuraduría regional de Boyacá, del 29 de noviembre de 2016**, en el que se confirma la decisión inicial.

El artículo 233 del CPACA, establecen el procedimiento para la adopción de medidas cautelares y señala que en escrito separado se ordenará correr traslado de la solicitud de la medida cautelar al demandado, para que, de considerarlo pertinente, se pronuncie sobre ella en escrito separado.

Por lo expuesto el suscrito Magistrado,

RESUELVE:

PRIMERO.- De la solicitud de medida cautelar, córrase traslado al demandado para que se pronuncie, si a bien lo tiene, de la solicitud de medida, dentro del término de cinco (5) días, de conformidad con lo expuesto en el artículo 233 del CPACA.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO
N° <u>22</u> De Hoy <u>8</u> ----- A LAS 8:00 a.m.
SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No 2

Tunja, 09 FEB 2018

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Gilberto Casas Aranda
Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente : 15001-23-33-000-2017-00704-00

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Arciniegas Triana

Ingresa el proceso al despacho para proveer sobre la admisión de la demanda.

Sería del caso proceder a su rechazo en atención a lo normado en el artículo N° 162 del C.P.A.C.A., sin embargo, como quiera que los defectos señalados en el auto inadmisorio no vician el procedimiento, sino por el contrario, de darle trámite serían nugatorios del derecho al acceso a la administración de justicia, este Despacho con conocimiento en primera instancia dará curso al medio de control.

En consecuencia, y conforme lo ordena el artículo 171 del C.P.A.C.A., para su trámite, se

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR la demanda promovida por el señor Gilberto Casas Aranda mediante apoderado judicial en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones.

SEGUNDO: En armonía con lo señalado en el artículo 171 del C.P.A.C.A., notifíquese personalmente este proveído al representante legal de

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Gilberto Casas Aranda
Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente : 15001-23-33-000-2017-00704-00

2

Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, en la forma establecida en el artículo 199 *ibidem*, modificado por el 612 del C.G.P.

TERCERO: De conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.P.A.C.A., notifíquese por estado electrónico este proveído a la parte actora.

CUARTO: En avenencia con lo instituido en el artículo 171 del C.P.A.C.A., notifíquese personalmente esta providencia al señor representante del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, en la forma establecida en el artículo 199 *ibidem*, modificado por el 612 del C.G.P.

QUINTO: Notifíquese personalmente este auto al representante de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, acorde con lo señalado en el artículo 199 del C. P. A. C. A., modificado por el 612 del C. G. P.

SEXTO: Oportunamente, conforme al artículo 172 del C.P.A.C.A., córrase traslado de la demanda a la Administradora Colombiana de Pensiones, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por el término de treinta (30) días contados a partir del vencimiento del plazo de que tratan los artículos 199 del C.P.A.C.A., modificado por el 612 del C.G.P.

SÉPTIMO: De acuerdo con el numeral 4° del artículo 171 del C.P.A.C.A., y con el artículo 1° del Acuerdo PSAA16-10458 del C. S. de la J. que actualizó los valores de arancel judicial en un monto de \$7000 pesos para notificación de cada demandado y \$5200 pesos para el traslado al Procurador Delegado, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este proveído, la parte actora deberá depositar la suma de **doce mil doscientos pesos (\$12.200)**, en la **cuenta No. 41503009030-1 del Banco Agrario** a nombre de Depósitos Judiciales de Gastos Procesales del Tribunal Administrativo de Boyacá, suma que se invertirá únicamente en notificaciones; si cuando el proceso termine,

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Gilberto Casas Aranda
Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente : 15001-23-33-000-2017-00704-00

3

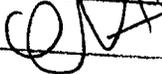
quedare algún saldo, le será devuelto, para cuyo efecto desde ahora se autoriza a la Secretaría de esta Corporación para ello.

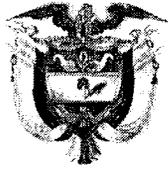
OCTAVO: Requierase a Administradora Colombiana de Pensiones, para que durante el término de contestación de la demanda remita copia íntegra y legible de los antecedentes administrativos que dieron lugar a la actuación objeto del proceso, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 175 del C.P.A.C.A.

NOVENO: Reconocer personería al abogado Mauricio Siabato Molano identificado con C.C. N° 7.218.783, y portador de la T.P. N° 143.786 del C. S. de la J., para actuar como apoderado de la parte actora en los términos y para los efectos del poder legalmente conferido.

Notifíquese y Cúmplase,

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

JUDICIAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACION POR ESTADO
El día anterior se notificó por estado
No. 277 de hoy. 12 FEB 2018
EL SECRETARIO 



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente Dra. Clara Elsa Cifuentes Ortiz

Tunja, ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Demandante: Departamento de Boyacá

Demandado: Municipio de Santa Rosa de Viterbo

Expediente: 15001 2333 000 **2017 00966 00**

“Validez Acuerdo Municipal No. 016 de 27 de octubre de 2017”

Decide la Sala en única instancia, la solicitud de invalidez del Acuerdo 016 de 27 de octubre de 2017, proferido por el Concejo Municipal de Santa Rosa de Viterbo, “POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA AL ALCALDE MUNICIPAL DE SANTA ROSA DE VITERBO PARA COMPROMETER VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES, CON EL FIN DE PODER GARANTIZAR LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS QUE SE ENCUENTRAN INCLUIDOS EN EL PLAN DE DESARROLLO 2016-2019” (fls. 10-12)

I. ANTECEDENTES

El Departamento de Boyacá pidió al Tribunal declarar la invalidez del artículo 3º del Acuerdo 016 de 27 de octubre de 2017, en ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 305-10 de la Constitución Política, al considerarlo violatorio del artículo 345 de la Constitución Política (fls. 2 -5).

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Precisó que las facultades otorgadas por el Concejo Municipal al Alcalde para efectuar traslados presupuestales, viola ostensiblemente el artículo 345 de la Constitución Política.

Manifestó que conforme a la doctrina del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se ha sostenido que las modificaciones presupuestales tales como traslados y adiciones deben ser efectuados por el legislativo; en el caso de los municipios por el Concejo Municipal, en la medida que el artículo 313 numeral 5º de la Carta Política previó específicamente esa función en materia presupuestal a la Corporación edil. Así las cosas el Acuerdo acusado vulneró el principio de legalidad al otorgarle esas facultades al Alcalde. Tópico que fue estudiado por la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos en los cuales señala que las modificaciones solamente pueden efectuarse por el legislativo y solo en casos de excepción puede el ejecutivo asumir dichas facultades.

Por lo expuesto, solicitó que se declare la invalidez del artículo 3º del Acuerdo No. 016 de 27 de octubre de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Santa Rosa de Viterbo.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda de invalidez **del artículo 3º del Acuerdo Municipal No. 016 de 27 de octubre de 2017** proferido por el Concejo Municipal de Santa Rosa de Viterbo, fue admitida mediante auto de **7 de diciembre de 2017** (fl. 33), proveído en el que se corrió traslado al Ministerio Público y fue fijado en lista por el término de diez (10) días para dar cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 121 del Decreto Ley 1333 de 1986 y 196 del CPACA.

Sin intervención alguna se procede a resolver la solicitud de invalidez, en la medida que no existen pruebas por decretar.

IV. CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a establecer si el artículo 3º del Acuerdo No. 016 de 27 de octubre de 2017, desconoce el artículo 345 Constitucional al autorizar al Alcalde de Santa Rosa de Viterbo a realizar ajustes al presupuesto.

- Cuestión Previa – De los Límites del estudio del Juez en sede de validez.

Tratándose de una solicitud como la que ocupa esta petición, los límites de la decisión están determinados por el solicitante y de manera concreta por las razones de derecho de la solicitud de invalidez. Se plantea pues para el Tribunal la imposibilidad de un examen general de legalidad, en efecto, cuando, en ejercicio del control de legalidad o constitucionalidad, el Tribunal revisa un acuerdo objetado por el Gobernador, el estudio que corresponde a la Corporación Judicial se limita a las razones expuestas en la solicitud de invalidez, frente a los preceptos constitucionales o legales por el invocados y con los cuales **se hace la confrontación**. El examen se contrae a los **aspectos que han sido materia de inconformidad explícita**.

No corresponde en este procedimiento un análisis total, que agote las referencias a **la integridad de los preceptos constitucionales y/o legales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, formales y**

materiales, del proyecto sometido a su estudio. Es necesario pues, establecer con toda claridad cuáles son los reproches del ejecutivo atendiendo **exclusivamente aquellos aspectos a los que se contrajo el escrito de invalidez presentado por el Gobernador del Departamento,** es este análisis y ningún otro el que permite determinar si la solicitud de invalidez puede ser acogida total o parcialmente.

Sobre este aspecto, resultan aplicables las consideraciones de la Corte Constitucional expuestas en la Sentencia C-1036 de 2003, dijo:

"(...) Según constante jurisprudencia¹, el examen que realiza la Corte de las disposiciones objetadas por el Presidente de la República, ante la insistencia del Congreso, por infringir la Constitución Política, se restringe a las normas controvertidas, a los cargos formulados por el objetante y los argumentos esgrimidos por el Congreso para justificar su insistencia, aspectos que son los que limitan el alcance la cosa juzgada constitucional (...)" Resaltado fuera de texto.

Y en la Sentencia C- 256 de 1997 precisó *"(...) Considera la Corte que cuando, en ejercicio del control previo de constitucionalidad, ella revisa un determinado proyecto de ley objetado por el Presidente de la República, el examen que efectúa hace tránsito a cosa juzgada constitucional. No obstante, como las objeciones presidenciales no siempre recaen sobre la totalidad de las normas integrantes del proyecto y, si son de carácter formal, señalan apenas unos específicos motivos de violación de la Carta, los efectos de la cosa juzgada deben entenderse relacionados tan sólo con las razones expuestas por el Gobierno al objetar, con los preceptos constitucionales respecto de los cuales se ha hecho la confrontación y con los aspectos que han sido materia del análisis explícito efectuado por la Corte. Por tanto, la cosa juzgada es en tales casos relativa, pues la exequibilidad que se declara no proviene normalmente de un análisis total, que agote las referencias a la integridad de los preceptos constitucionales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio."* Resaltado fuera de texto.

Así las cosas, en el presente asunto la Sala se limitará a estudiar la validez del artículo 3º del Acuerdo No. 016 de 27 de octubre de 2017, proferido por el Concejo de Santa Rosa de Viterbo, respecto de la posibilidad de efectuar los ajustes presupuestales al presupuesto de rentas y gastos del Municipio.

- De las modificaciones presupuestales

Ahora bien, el Departamento de Boyacá sostuvo que las facultades otorgadas al Alcalde para modificar el presupuesto, vulneran ostensiblemente el artículo 345

¹ Sentencias C-176, C-482, C-913, C-914 de 2002; C-1043 de 2000; C-256 de 1997, entre otras.

superior, por cuanto efectuar modificaciones al presupuesto es competencia del Concejo Municipal, y no puede facultarse para tal fin al alcalde municipal.

Precisa la Sala que las modificaciones presupuestales buscan adecuar el presupuesto a nuevas condiciones económicas, sociales, que se puedan presentar durante la ejecución de los gastos de funcionamiento y servicio de la deuda pública o de los proyectos de inversión, y que, por diferentes motivos, no fueron previstas durante la etapa de programación presupuestal².

Las modificaciones, así como todas las demás disposiciones en materia presupuestal, se rigen por la ley Orgánica de Presupuesto y las normas que expresamente la modifiquen, reglamenten o adicionen, es decir por el Decreto 111/1996, la Ley 617/00 y la Ley 819/03 entre otras. Dentro de aquellas modificaciones se encuentran: i) las adiciones presupuestales, y ii) los traslados presupuestales.

Los artículos 313 y 345 Constitucionales, establecen:

"ARTICULO 313. Corresponde a los concejos:

(...)5. Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos. (Resaltado fuera de texto).

ART. 345.- En tiempos de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos.

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto".

La norma transcrita consagra el **principio de legalidad del gasto**, que establece, en efecto, no se podrá realizar inversión o gasto alguno que no se encuentre contemplado en el presupuesto de inversiones y gastos que no haya sido decretado por el Congreso, las Asambleas departamentales o por los Concejos municipales; la Corte Constitucional, en sentencia C-192 de 15 de abril de 1997³, siendo ponente el Magistrado Doctor Alejandro Martínez Caballero, señaló:

"Legalidad del gasto, ley orgánica y reducción o aplazamiento de las apropiaciones presupuestales.

² Aspectos generales del proceso presupuestal colombiano. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dirección General del Presupuesto Público Nacional. Segunda Edición 2011.

³ Posición reiterada en sentencias C-1249 de 2001 y C-006 de 2012.

5- Tal y como ya lo ha señalado esta Corporación, el principio de legalidad del gasto constituye un importante fundamento de las democracias constitucionales. Según tal principio, es el Congreso y no el Gobierno quien debe autorizar cómo se deben invertir los dineros del erario público, lo cual explica la llamada fuerza jurídica restrictiva del presupuesto en materia de gastos, según el cual, las apropiaciones efectuadas por el Congreso por medio de esta ley son autorizaciones legislativas limitativas de la posibilidad de gasto gubernamental⁴. Con base en tales principios, esta Corporación ha concluido que no puede ordinariamente el Gobierno modificar el presupuesto, pues tal atribución corresponde al Congreso, como legislador ordinario, o al Ejecutivo, cuando actúa como **legislador extraordinario durante los estados de excepción**⁵, por lo cual son **inconstitucionales los créditos adicionales o los traslados presupuestales administrativos**. Es cierto pues, como lo señala uno de los intervinientes, que no puede la ley orgánica atribuir al Gobierno la facultad de modificar el presupuesto..."
Subrayado fuera de texto.

Lo relativo a los traslados y adiciones presupuestales está contemplado en los artículos 80, 81 y 83 del decreto 111 de 1996, así:

ARTÍCULO 80. El Gobierno Nacional presentará al Congreso Nacional, proyectos de ley sobre traslados y créditos adicionales al presupuesto, cuando sea indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente o no comprendidas en el presupuesto por concepto de gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública e inversión (L. 38/89, art. 66; L. 179/94, art. 55, incs. 13 y 17).

ARTÍCULO 81. Ni el Congreso ni el Gobierno podrán abrir créditos adicionales al presupuesto, sin que en la ley o decreto respectivo se establezca de manera clara y precisa el recurso que ha de servir de base para su apertura y con el cual se incrementa el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital, a menos que se trate de créditos abiertos mediante contra créditos a la ley de apropiaciones. (Ley 38 de 1989, art.67).

ARTÍCULO 82. La disponibilidad de los ingresos de la Nación para abrir los créditos adicionales al presupuesto será certificada por el Contador General. En el caso de los ingresos de los establecimientos públicos la disponibilidad será certificada por el Jefe de Presupuesto o quien haga sus veces"

Al respecto, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1072 de 2002 sostuvo:

"- En la medida en que el principio de legalidad es inherente al proceso presupuestal en las etapas de elaboración y ejecución (CP. Artículo 345), cualquier gasto público deberá haber sido decretado por la respectiva corporación (Congreso, asamblea, concejo), según la existencia de fondos, sean éstos ingresos corrientes o recursos de capital."

⁴ Ver sentencia C-695/96. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 9 y ss.

⁵ Ver, entre otras, la sentencia C-357/94 y C-695/96.

El Consejo de Estado en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil⁶ resolvió la siguiente consulta:

"...Formula entonces las siguientes preguntas:

"1) **¿Puede la Alcaldesa del Municipio de Yopal, suscribir contratos sin la Autorización del Concejo Municipal de Yopal, que habla el artículo 313 numeral 3 de la Constitución Política, con fundamento en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política o el artículo 110 de Decreto – Ley 111 de 1996?**

"2) **¿Si la respuesta al interrogante anterior es negativa, puede la Alcaldesa del Municipio de Yopal suscribir contratos sin la autorización del Concejo Municipal en los casos que se requiera prevenir o atender una emergencia sanitaria, de salud pública, ambiental o de otra índole?**

"3) **¿Si la respuesta al primer interrogante es negativa, que debe hacer la Alcaldesa Municipal de Yopal para satisfacer las necesidades de la comunidad y prestar un servicio eficiente a la misma, cuando el Concejo Municipal se niegue a conceder autorizaciones para contratar?**

"4) **¿Si la respuesta al primer interrogante es afirmativa, con fundamento en el artículo 110 del Decreto – Ley 111 de 1996, puede la Alcaldesa, adicionalmente realizar los traslados presupuestales que le permite la ley, sin someterlos a la aprobación del Concejo Municipal?**

"5) **¿Cuál es el alcance de que la autorización del Concejo Municipal puede otorgarse en forma genérica, específica, temporal e indeterminada, como lo establece el Concepto No. 1371 de 2001 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado?**

"6) **¿Puede el Concejo Municipal exigir a la Alcaldesa Municipal de Yopal, rendir informes todos los lunes sobre los contratos y convenios suscritos, con la información requerida por ellos?**

"7) **¿Puede el Concejo Municipal conceder autorizaciones para contratar por términos de un mes, 30 días, dos meses, tres meses, etc., obligando a que permanentemente se tenga que solicitar tal autorización, en contra de los principios orientadores de la función pública establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia?" (Resultado fuera de texto)**

Según los interrogantes formulados y absueltos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en relación con el asunto que convoca a este proceso, consideró:

⁶Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA, concepto de 5 de junio de 2008, Radicación número: 11001-03-06-000-2008-00022-00(1889), Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

"Por disposición constitucional, la programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de los municipios, como entidades territoriales que son, se regulan por la misma Constitución, la ley Orgánica del Presupuesto y las normas orgánicas que compete dictar a los concejos en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 313, numeral 5º, superior, aplicando en lo pertinente "los principios y las disposiciones" establecidos en el Título XII de la Carta.

El Estatuto Orgánico del Presupuesto, compilado en el decreto nacional 111 de 1996, determina las reglas para las "modificaciones al presupuesto", como parte de la ejecución del mismo, en los artículos 76, 77, 79, 80, 81, 82, 83 y 84, conforme a los cuales pueden darse las siguientes situaciones:

(...)

b) Las adiciones al presupuesto o créditos adicionales, para aumentar el monto de las apropiaciones o complementar las insuficientes, o ampliar los servicios existentes, o establecer nuevos servicios autorizados por la ley. La jurisprudencia distingue los créditos suplementales, que corresponden al aumento de una determinada apropiación, y los créditos extraordinarios, cuando se crea una partida.⁷ En ambos casos la competencia es del Congreso a iniciativa del Gobierno Nacional, porque se están variando las partidas que el mismo Congreso aprobó. El Gobierno Nacional asume esta competencia cuando las adiciones sean única y exclusivamente para atender gastos ocasionados por la declaratoria de estados de excepción.

c. Los movimientos presupuestales consistentes en aumentar una partida (crédito) disminuyendo otra (contracrédito), sin alterar el monto total de los presupuestos de funcionamiento, inversión o servicio de la deuda, en cada sección presupuestal, o sea, que sólo afectan el anexo del decreto de liquidación del presupuesto, se denominan "traslados presupuestales internos".⁸ Competen al jefe del órgano respectivo, mediante resolución que debe ser refrendada por la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para su validez, y concepto previo favorable del Departamento de Planeación Nacional si se trata del presupuesto de inversión.

Por su parte, en relación con el artículo 110 del mismo Decreto Ley 111 de 1996, con base en el cual se pregunta si el alcalde podría realizar traslados

⁷ Cfr. Corte Constitucional Sentencias C-685-96 (diciembre 5), Normas demandadas, Art. 121 (parcial) del decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto), Art. 18 (parcial) de la Ley 225 de 1995 y Art. 59 de la Ley 224 de 1995, Exp. D-1320, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-772-98 (diciembre 10), Normas demandadas, Par. 1o. del Art. 41 y Par. único del Art. 42 de la Ley 80 de 1993, Exp. D-2107, M. P. Fabio Morón Díaz.

⁸ Decreto 568 de 1996 (marzo 21), "Por el cual se reglamentan las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 Orgánicas del Presupuesto General de la Nación." Art. 34. "Las modificaciones al anexo del decreto de liquidación que no modifiquen en cada sección presupuestal el monto total de sus apropiaciones de funcionamiento, servicio de la deuda o los subprogramas de inversión aprobados por el Congreso, se harán mediante resolución expedida por el jefe del órgano respectivo. En el caso de los establecimientos públicos del orden nacional, estas modificaciones al anexo del decreto de liquidación se harán por resolución o acuerdo de las Juntas o Consejos Directivos. / Estos actos administrativos requieren para su validez de la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público -Dirección General del Presupuesto Nacional-. Si se trata de gastos de inversión se requerirá además del concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación. / El Departamento Nacional de Planeación al conceptuar sobre modificaciones al anexo del decreto de liquidación financiadas con recursos del crédito externo verificará que dicha modificación se ajusta al objeto estipulado en los respectivos contratos de empréstito. / La Dirección General del Presupuesto enviará copia de los actos administrativos a la Dirección General del Tesoro a fin de hacer los ajustes en el Programa Anual de Caja que sean necesarios.

presupuestales sin autorización del concejo (pregunta 4), la Sala observa que dicho artículo no modifica ni crea excepciones respecto de las reglas antes mencionadas⁹. En ese sentido, la capacidad para contratar que se regula en esa disposición legal, no se extiende a la posibilidad de modificar el presupuesto por fuera de lo previsto en las normas presupuestales aplicables en cada caso particular.

Valga aclarar que en el nivel territorial no existe posibilidad normativa alguna para asimilar los estados de excepción, a situaciones locales, de manera que tampoco el alcalde municipal podrá asumir competencia para modificar el presupuesto municipal.¹⁰

(...)

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

(...)

"4). ¿Si la respuesta al primer interrogante es afirmativa, con fundamento en el artículo 110 del Decreto – Ley 111 de 1996, puede la Alcaldesa, adicionalmente realizar los traslados presupuestales que le permite la ley, sin someterlos a la aprobación del Concejo Municipal?

La respuesta al primer interrogante **es negativa**¹¹ y, por tanto, la pregunta no sería procedente. **En todo caso, se advierte** que la capacidad de contratación a que se refiere el artículo 110 del Decreto Ley 111 de 1996¹² en cabeza de

⁹ El artículo 110 del Decreto Ley 111 de 1996 establece: "ARTICULO 110. Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes. En la sección correspondiente a la rama legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes; igualmente, en la sección correspondiente a la rama judicial serán ejercidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las superintendencias, unidades administrativas especiales, las entidades territoriales, asambleas y concejos, las contralorías y personerías territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica. En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación."

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-78-92, C-365-01, C-1072-02; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de septiembre 6/99, Rad. 3774, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa; sentencia de julio 28/00, Rad. 4074, C.P. Gilberto Peña Castrillón; sentencia de agosto 1º/02, Rad. 2001-0117-01(6961), C. P. Olga Inés Navarrete Barrero; sentencia septiembre 4/03, Rad. 2002-00389-01 (8431), C. P. Olga Inés Navarrete Barrero.

¹¹ "1) ¿Puede la Alcaldesa del Municipio de Yopal, suscribir contratos sin la Autorización del Concejo Municipal de Yopal, que habla el artículo 313 numeral 3 de la Constitución Política, con fundamento en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política o el artículo 110 de Decreto – Ley 111 de 1996?

¹² **ARTÍCULO 110.** Los órganos que son una sección en el presupuesto general de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel

los ordenadores de gasto, en momento alguno conlleva la facultad de hacer traslados presupuestales por fuera del marco previsto para ello en las disposiciones legales vigentes." (Resaltado fuera de texto original)

Conforme a lo anterior, **la competencia para modificar el presupuesto de rentas del municipio, radica en el concejo municipal a iniciativa del alcalde, teniendo en cuenta los principios constitucionales y legales** ello, con mayor razón porque el alcalde en ningún caso está facultado para declarar estados de excepción, facultad con la que cuenta únicamente el Presidente de la República.

El máximo tribunal constitucional, en Sentencia No. 478 de 6 de agosto de 1992, siendo ponente el Magistrado Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, sostuvo que hay una "...conexión planeación-presupuesto. El art. 342 establece la sujeción de los presupuestos oficiales a los planes de desarrollo. El art. 344 prescribe que los organismos Departamentales de planeación participarán en la preparación de los presupuestos de los Municipios, en los términos que señala la ley. El art. 346 impone al gobierno nacional la debida correspondencia del presupuesto anual con el plan nacional de desarrollo. El art. 352, finalmente, confía a la Ley orgánica de presupuesto lo relativo a la coordinación de los presupuestos nacional, territoriales y de los entes descentralizados por servicios con el plan nacional de desarrollo. (...) "El presupuesto, sea Nacional, Departamental o Municipal, se ha convertido en instrumento poderoso de manejo macroeconómico (...) En efecto, el presupuesto al definir las metas de gasto e inversión, fijadas en el plan de desarrollo, asume el carácter de instrumento de política económica (...) Por ello se puede entender que en Colombia se imponga el principio de la unidad presupuestal frente al de la autonomía presupuestal. El Presupuesto Nacional y los principios que lo inspiran son de trascendental importancia para el rodaje económico de la sociedad. (...) El principio de la autonomía presupuestal, en el lado opuesto, ofrece a las entidades territoriales la separación financiera así sea nominal, que es el inicio del proceso autonómico. Esta libertad relativa se verá menguada en aras de conseguir una hacienda pública coherente, coordinada, en la cual la contabilidad, los procedimientos de elaboración del presupuesto, de aprobación, ejecución y control del mismo respondan a patrones comunes". (Subraya y negrilla fuera del texto).

directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes. En la sección correspondiente a la rama legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes; igualmente, en la sección correspondiente a la rama judicial serán ejercidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las superintendencias, unidades administrativas especiales, las entidades territoriales, asambleas y concejos, las contralorías y personerías territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica. En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación (L. 38/89, art. 91; L. 179/94, art. 51).

Frente a la modificación del presupuesto, en la Sentencia C-357 de 1994 con ponencia del magistrado Doctor Jorge Arango Mejía, dijo:

*"Bien sabido es que la modificación del Presupuesto que supone el aumento de las apropiaciones, es decir, la apertura de créditos adicionales, sólo puede hacerla el Congreso, a partir de la vigencia de la actual Constitución. Ya no tiene el Ejecutivo la posibilidad de reformar el Presupuesto, en épocas de normalidad. La Corte aceptó la modificación por decreto legislativo, dictado durante los estados de excepción. Pero, se repite, en tiempo de normalidad la reforma del Presupuesto sólo corresponde al Congreso. Han desaparecido, pues, los créditos adicionales por decreto, en tiempo de normalidad. La ley estatutaria que regula los estados de excepción, reconoció al Gobierno Nacional la facultad que le otorga el artículo 345, para percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, y, hacer erogaciones con cargo al Tesoro que no se hallen incluidas en el de Gastos. Y le otorgó, además, la que ya la Corte le había reconocido: reformar el Presupuesto, por medio de decretos legislativos. **Mal puede, en consecuencia, la ley de Presupuesto, conferir al Gobierno Nacional una facultad que la Constitución no le otorga** Si el Gobierno pretende aumentar las apropiaciones presupuestales con el fin previsto en el artículo 71, deberá acudir al Congreso, para que se modifique el Presupuesto, mediante la apertura de los créditos adicionales que sean necesarios." Negrilla fuera de texto*

Los principios presupuestales antes reseñados rigen no sólo en el nivel nacional sino que también son aplicables a los niveles territoriales, en consecuencia, si en el entorno nacional debe existir coherencia y concordancia entre planeación y presupuesto, no cabe duda que autorizar al ejecutivo para que disponga en materia presupuestal adiciones, ajustes, traslados, modificación de rubros en una gama de opciones que, prácticamente, implica todo el presupuesto municipal, vulnera las normas constitucionales que, como se precisó, regulan el manejo presupuestal.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional precisó en cuanto al alcance de las facultades otorgadas del órgano colegiado para efectuar modificaciones que se trata de una facultad exclusiva y excluyente **no delegable en el ejecutivo:**

"Tal y como ya lo ha señalado esta Corporación, el principio de legalidad del gasto constituye un importante fundamento de las democracias constitucionales. Según tal principio, es el Congreso y no el Gobierno quien debe autorizar cómo se deben invertir los dineros del erario público, lo cual explica la llamada fuerza jurídica restrictiva del presupuesto en materia de gastos, según el cual, las apropiaciones efectuadas por el Congreso por medio de esta ley son autorizaciones legislativas limitativas de la posibilidad de gasto gubernamental. Con base en tales principios, esta Corporación ha concluido que no puede ordinariamente el Gobierno modificar el presupuesto, pues tal atribución corresponde al Congreso, como legislador ordinario, o al Ejecutivo, cuando actúa como legislador extraordinario durante los estados de excepción, por lo cual son inconstitucionales los créditos adicionales o los traslados presupuestales administrativos. Es cierto pues, como lo señala uno de los intervinientes, que no puede la ley orgánica

atribuir al Gobierno la facultad de modificar el presupuesto..."¹³ (Negrilla y Subrayado fuera de texto).

De otra parte, el Decreto 111 de 1996 ordena a las entidades territoriales expedir su normatividad presupuestal siguiendo "las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial" (artículo 109). Y si la entidad territorial no ha expedido su norma orgánica de presupuesto, todo su proceso presupuestal se rige por las disposiciones de la ley orgánica. Adicionalmente, tanto las leyes especiales sobre organización de los municipios como la Constitución Política **fijan en cabeza de la corporación administrativa las competencias en materia presupuestal.**

Consecuentemente, rompe el principio de legalidad pues, en el orden municipal, **es de reserva legal** del Concejo Municipal, como cuerpo colegiado local, determinar cómo se invierten los dineros del erario público, es decir, como lo prevé el artículo 345 de la C.P. establecer el presupuesto.

Entonces, al tratarse de **modificaciones o ajustes presupuestales cuando las realice el ejecutivo, únicamente son válidos los que se hagan en estados de excepción**; como en el sub examine es imposible que el Municipio de Santa Rosa de Viterbo pueda declarar un estado de excepción, como lo resalta la jurisprudencia en cita, el Alcalde nunca podrá modificar el presupuesto, sino que ello le corresponde al Concejo Municipal; en ese orden de ideas, sin importar la naturaleza y fuente de los recursos a incorporar, el alcalde carece de facultad para **ajustar** al presupuesto dichas rentas.

- **Del caso concreto**

Norma demandada.

El artículo 3º del Acuerdo No. 27 de 27 de octubre de 2017, proferido por el Concejo Municipal de Santa Rosa de Viterbo, prevé:

"ARTÍCULO TERCERO: Facultar al señor Alcalde Municipal para autorizar la modificación del presupuesto del municipio realizando los traslados, adiciones, créditos contra créditos y/o los demás movimientos

¹³ Sala Plena de la Corte Constitucional. Referencia: expediente OP-055. Objeciones Presidenciales al proyecto de Ley N° 232 de 2000, Senado; N° 178 de 1999, Cámara, "Por la cual la Nación se asocia a la conmemoración de los diez años de existencia y trabajo por el desarrollo de la región y del país del Instituto Universitario de la Paz y se ordenan unos gastos a cargo del presupuesto nacional.". Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Bogotá, veintiocho (28) de noviembre de dos mil uno (2001).

Demandante: Departamento de Boyacá
Demandado: Municipio de Santa Rosa de Viterbo
Expediente: 15001 2333 000 2017 00966 00
"Validez Acuerdo Municipal No. 016 de 27 de octubre de 2017"

presupuestales que se requieran de conformidad con las normas presupuestales aplicables en el presente acuerdo, para cumplir con las autorizaciones aquí otorgadas." (fl. 12).

Observada la norma demanda, el Concejo de Santa Rosa de Viterbo facultó al Alcalde "...para autorizar la modificación del presupuesto del municipio" (fl. 12), lo primero que resalta la Sala es que conforme a la jurisprudencia y análisis precedente al alcalde no puede facultársele para modificar el presupuesto por tratarse de un asunto que le compete al Concejo municipal por reserva legal, motivo por el cual éste no puede facultar al Alcalde para que realice modificaciones al presupuesto, por medio de traslados o adiciones (créditos y contracréditos) así como los otros movimientos presupuestales, a que hace alusión el precepto demandado.

Conforme a lo expuesto, emerge la ilegalidad de la norma, pues la misma faculta al ejecutivo a realizar modificaciones al presupuesto, por medio de traslados y adiciones, con sus respectivos créditos y contra créditos, materia que por disposición constitucional y legal, es de conocimiento exclusivo de los Concejos municipales, y que la única posibilidad para que el ejecutivo asuma tales competencias, es que exista un Estado de Excepción, el cual puede ser únicamente declarado por el Presidente de la República, entonces no resulta viable que se autorice al ejecutivo municipal para modificar el presupuesto como lo consagra la norma objeto de estudio.

En esa medida debe declararse la invalidez del artículo 3º del Acuerdo 016 de 27 de octubre de 2017, por desconocer las reglas en materia presupuestal, lo que conlleva de contera a la vulneración del precepto constitucional consagrado en el artículo 345 de la Carta Política.

Por lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

- 1. Declarar la invalidez** del artículo 3º del Acuerdo 016 de 27 de octubre de 2017 proferido por el Concejo Municipal de Santa Rosa de Viterbo "POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA AL ALCALDE MUNICIPAL DE SANTA ROSA DE VITERBO PARA COMPROMETER VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES, CON EL FIN DE PODER GARANTIZAR LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS QUE SE ENCUENTRAN INCLUIDOS EN EL PLAN DE DESARROLLO 2016-2019", por

Demandante: Departamento de Boyacá
Demandado: Municipio de Santa Rosa de Viterbo
Expediente: 15001 2333 000 2017 00966 00
"Validez Acuerdo Municipal No. 016 de 27 de octubre de 2017"

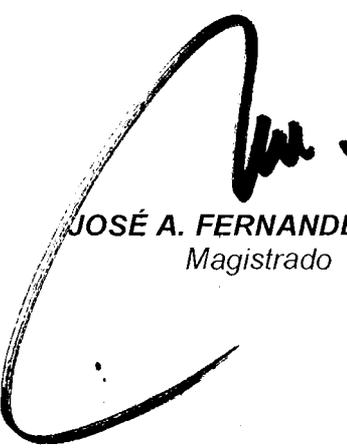
lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y las razones aducidas en la solicitud.

2. **Comuníquese** la presente providencia al Alcalde, al Presidente del Concejo, al Personero del Municipio de Santa Rosa de Viterbo, igualmente al Gobernador de Boyacá.
3. En firme esta providencia **ARCHÍVESE** el expediente.

Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha. **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada



JOSÉ A. FERNANDEZ OSORIO
Magistrado



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Hoja de firmas

Demandante: Departamento de Boyacá
Demandado: Municipio de Santa Rosa de Viterbo
Expediente: 15001 2333 000 2017 00966 00
"Validez Acuerdo Municipal No. 016 de 27 de octubre de 2017"

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No 2

Tunja,

09 FEB 2018

Medio de Control : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Rosa Marlain Aranguren De Ramírez**
Demandado : **Nación - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - Rama Judicial.**
Expediente : **15001-23-33-000-2017-00979-00**

Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Ingresa el proceso al despacho con informe secretarial que indica que el presente asunto correspondió por reparto a este despacho para conocimiento y trámite.

Así las cosas, se observa que la parte accionante cumple a cabalidad con los requisitos para la admisión de la demanda dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentado por Rosa Marlain Aranguren De Ramírez en contra de la Nación - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - Rama Judicial, razón por la cual éste Despacho con conocimiento en primera instancia le dará curso conforme lo ordena el artículo 171 del C. P. A. C. A., para su trámite, se

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR la demanda promovida por la señora Rosa Marlain Aranguren De Ramírez mediante apoderado judicial en contra de la Nación - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - Rama Judicial.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Rosa Marlain Aranguren De Ramírez
Demandado : Nación - Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial - Rama Judicial
Expediente : 15001-23-33-000-2017-00979-00

2

SEGUNDO: En armonía con lo señalado en el artículo 171 del C.P.A.C.A., notifíquese personalmente este proveído al representante legal de Nación - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - Rama Judicial, en la forma establecida en el artículo 199 *ibidem*, modificado por el 612 del C.G.P.

TERCERO: De conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.P.A.C.A., notifíquese por estado electrónico este proveído a la parte actora.

CUARTO: En avenencia con lo instituido en el artículo 171 del C.P.A.C.A., notifíquese personalmente esta providencia al señor representante del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, en la forma establecida en el artículo 199 *ibidem*, modificado por el 612 del C.G.P.

QUINTO: Notifíquese personalmente este auto al representante de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, acorde con lo señalado en el artículo 199 del C. P. A. C. A., modificado por el 612 del C. G. P.

SEXTO: Oportunamente, conforme al artículo 172 del C.P.A.C.A., córrase traslado de la demanda a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Rama Judicial, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por el término de treinta (30) días contados a partir del vencimiento del plazo de que tratan los artículos 199 del C.P.A.C.A., modificado por el 612 del C.G.P.

SÉPTIMO: De acuerdo con el numeral 4° del artículo 171 del C.P.A.C.A., y con el artículo 1° del Acuerdo PSAA16-10458 del C. S. de la J. que actualizó los valores de arancel judicial en un monto de \$7000 pesos para notificación del demandado y \$5200 pesos para el traslado al Procurador Delegado, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este proveído, la parte actora deberá depositar la suma de **doce mil doscientos pesos (\$12.200), en la cuenta No. 415030090030-1 del Banco Agrario** a nombre de Depósitos

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Rosa Marlain Aranguren De Ramírez
Demandado : Nación - Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial - Rama Judicial
Expediente : 15001-23-33-000-2017-00979-00

3

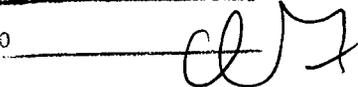
Judiciales de Gastos Procesales del Tribunal Administrativo de Boyacá, suma que se invertirá únicamente en notificaciones; si cuando el proceso termine, quedare algún saldo, le será devuelto, para cuyo efecto desde ahora se autoriza a la Secretaría de esta Corporación para ello.

OCTAVO: Requierase a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - Rama Judicial, para que durante el término de contestación de la demanda remita copia íntegra y legible de los antecedentes administrativos que dieron lugar a la actuación objeto del proceso, de conformidad con lo establecido en el párrafo 1º del artículo 175 del C.P.A.C.A.

NOVENO: Reconocer personería a la abogada Yolanda Villamil De Robayo identificada con C.C. N° 23.253.189 expedida en Tunja, y portadora de la T.P. N° 22255 del C. S. de la J., para actuar como apoderada de la parte actora en los términos y para los efectos del poder legalmente conferido.

Notifíquese y Cúmplase,


LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACION POR ESTADO
si en anterior se notificó por estado
No. 22 de hoy. 12 FEB 2018
EL SECRETARIO 

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No.3 DE ORALIDAD

Tunja, nueve (9) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Sustanciador **FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARCELO GONZALEZ RUIZ Y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE PUERTO BOYACÁ
RADICACIÓN: 150012333000**201701039-00**

=====

Ingresa al Despacho el asunto de la referencia, para resolver sobre la admisibilidad de la demanda interpuesta por Marcelo González Ruiz, Gloria Nancy Ruiz Castro, Marcelo y María Paula González Ruiz, contra el Municipio de Puerto Boyacá y el señor Libardo Ángel Andrade Torres con el objeto de declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial de las entidades accionadas, por la falta de previsión en la tala de un árbol que produjo lesiones al señor Marcelo González.

I. CONSIDERACIONES

En resumen, la parte demandante tasa los perjuicios, así:

Los perjuicios materiales en la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (\$468.000.000) M/CTE por concepto de lucro cesante; perjuicios materiales por concepto de daño emergente por el valor de DOS MILLONES CIENTO SETENTA MIL OCHOCIENTOS SEIS PESOS (2.170.806) M/CTE; y los perjuicios morales en el quantum de SESENTA SALARIOS MINIMOS LEGALES MESUALES VIGENTES (60 SMMLV) para cada uno de los afectados, la víctima directa, la señora Gloria Nancy Ruiz Castro y la menor María Paula González Ruiz.

Previo efectuar el examen de admisibilidad de la acción, el Despacho advierte que ésta no puede ser tramitada por corresponder a los Juzgados Administrativos, en razón a su cuantía.

El numeral 6 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, define la competencia por cuantía de los Tribunales de primera instancia para conocer las acciones de reparación directa, inclusive aquellas provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, en una suma superior a 500 SMMLV. En forma complementaria el numeral 6 del artículo 155 define la competencia de los juzgados administrativos para el conocimiento de las mismas acciones conforme a una cifra inferior a los mismos 500 SMLMV.

Es preciso recordar, que de acuerdo con el artículo 157 de la misma Ley, *"Para efectos de la competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, **sin que en ello pueda considerarse la estimación de los perjuicios morales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen**".* Así mismo, la norma señala que la cuantía se determina *"por el valor de la pretensión mayor"*, en el evento en que se acumulen varias pretensiones.

Tal como reza la norma, la regla general para efectos de establecer la competencia por el factor de la cuantía se determina por los perjuicios materiales o patrimoniales que se aleguen en la demanda sin tener en cuenta los perjuicios inmateriales, sin embargo, cuando únicamente se pidan estos últimos, serán los únicos que se tomen en cuenta. Lo anterior, quiere decir que en esta instancia se dejarán de lado los perjuicios morales, y se estudiarán únicamente los materiales, es decir, el lucro cesante, teniendo en cuenta que es la pretensión mayor.

Visto lo anterior, en aras de dar celeridad a la presente acción ordinaria de reparación directa, el Despacho procederá a establecer la estimación razonada de la cuantía, utilizando los instrumentos que otorgó la parte demandante al momento de establecer el perjuicio material por lucro cesante en la modalidad de consolidado y futuro, pues se advierte que el proceso de la referencia no puede ser tramitado en esta instancia en razón a la falta de competencia por su cuantía.

Frente al caso concreto, es dable aclarar que es titular del lucro cesante únicamente la víctima directa de las lesiones (salvo que se pruebe en el curso del proceso que los familiares dependían económicamente de aquel). En efecto, cuando se trata de lesiones, el lucro cesante representa lo que la víctima en condiciones normales hubiera podido percibir en el desempeño de una actividad lícita y económicamente productiva.

En la demanda se indicó que el señor Marcelo González devengaba la suma de \$800.000. En principio se tomaría el valor correspondiente a la

pérdida de capacidad laboral, sin embargo, en el expediente no se observa la certificación de dicho porcentaje. Lo que si se advierte es la manifestación de los demandantes en la que señalan que el actor "no puede laborar normalmente, pues tiene que estar conectado permanentemente a dos sondas respiratorias y para alimentarse, sus labores se vieron frustradas ya que la actividad el MONTALLANTAS por la sonda respiratoria le penetra la tierra y bacterias que le afectan su organismo, tiene perdida parcial de la voz y no puede sino ingerir bebidas líquidas". Razón por la cual, el Despacho tomará el 100% del salario que el accionante devengaba con el fin de concluir que el Tribunal no es competente por cuantía para conocer del presente asunto.

En este sentido, a los \$800.000 se le incrementará el 25% (\$200.000) correspondiente a prestaciones sociales, es decir, \$1.000.000. Para determinar la cuantía se tomará el total del salario devengado, teniendo en cuenta que con la demanda no se aporta el certificado de pérdida de capacidad laboral, y que el demandante manifiesta que las lesiones producidas al señor Marcelo González le impiden el ejercicio de sus labores cotidianas.

Monto mensual percibido: **\$1.000.000**

Vida probable en Colombia de un hombre con 19 años¹: 60,9².

Lucro cesante consolidado

Fi = 5 de agosto de 2016 (fecha de los hechos)

Ff: = 8 de noviembre de 2017 (presentación de la demanda Fl. 88)

El lucro cesante consolidado aproximado, se determinará aplicando la siguiente fórmula:

$$S = Ra \times \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

En donde, *S* equivale a la indemnización futura o consolidada; *Ra* corresponde a la renta actualizada; *n* equivale al número de meses comprendido entre, la fecha de los hechos y la presentación de la demanda (15,3 meses); y finalmente, *i* corresponde al interés legal, es decir, 0.004867.

$$S = \$1.000.000 \times \frac{(1+0.004867)^{15,3} - 1}{0.004867}$$

¹ El señor Manuel González nació el 19 de junio de 1997, para la época de los hechos (5/08/2016) tenía 19 años. (fl. 3)

² Resolución No. 1555 del 30 de julio de 2010 Por la cual se actualizan las Tablas de Mortalidad de Rentistas Hombres y Mujeres Superintendencia Financiera de Colombia.

S= \$ 15.844.087

Lucro cesante por consolidar

Con el fin de establecer la duración del perjuicio, se le restará a la vida probable de la víctima (60.9), el periodo comprendido entre la ocurrencia de los hechos y la presentación de la demanda (15.3 meses), pues, dicho periodo ya fue liquidado en el lucro cesante consolidado.

Duración del perjuicio:

730,8 meses (60,9) – 15,3 meses = **715,5 meses**

El lucro cesante futuro aproximado, se determinará aplicando la siguiente fórmula:

$$S = Ra \times \frac{(1+i)^n - 1}{i (1+i)^n}$$

En donde, *S* equivale a la indemnización futura o consolidada; *Ra* corresponde a la renta actualizada; *n* equivale al número de meses comprendido entre, la fecha de presentación de la demanda y la vida probable de la víctima; y finalmente, *i* corresponde al interés legal, es decir, 0.004867.

$$S = \$1000000 \times \frac{(1+0.004867)^{715.5} - 1}{0.004867 (1+0.004867)^{715.5}}$$

S= \$ 199.096.739

TOTAL (S) = \$ 15.844.087 + \$ 199.096.739

Total (S) = \$214.940.826

Entonces, queda establecido que el monto de la pretensión por perjuicios materiales derivados del lucro cesante consolidado y futuro, es de doscientos catorce millones novecientos cuarenta mil ochocientos veinte seis pesos (\$214.940.826,00). Tal monto es menor a 500 S.M.L.M.V., por lo tanto, no se acerca a la cifra mínima exigida para que la demanda deba ser tramitada en esta Corporación.

Así las cosas, en aplicación del artículo 157 de la Ley 1437 de 2011, la pretensión mayor, sin tener en cuenta los perjuicios morales, resultaría ser el lucro cesante consolidado y futuro del accionante, cifra que está

por debajo de los 500 SMLMV que exige el asunto para ser conocido por el Tribunal Administrativo en primera instancia.

En consecuencia, el Despacho declarará la falta de competencia del Tribunal Administrativo de Boyacá para conocer del presente asunto, y devolverá el expediente al Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, para que proceda a realizar el estudio de admisibilidad del asunto.

En mérito de lo anterior, el Despacho

II. RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la falta de competencia del Tribunal Administrativo de Boyacá para conocer de la demanda de la referencia.

SEGUNDO: DEVOLVER por competencia la presente acción ordinaria de reparación directa al Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y dejando las constancias de rigor.

Notifíquese y cúmplase



FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Danny

SECRETARÍA DE ECONOMÍA
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

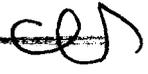
SECRETARÍA DE ECONOMÍA

22

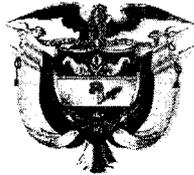
de hoy.

12 FEB 2018

SECRETARIO



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 3 DE ORALIDAD

Tunja, 09 FEB 2018

Magistrado Sustanciador: **FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : MARÍA CONCEPCIÓN PACHECO DE COMBARIZA
DEMANDADO : ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
RADICACIÓN : 150012333000**201800053-00**

=====

Ingresa el expediente, previo registro en el sistema de información judicial, para decidir sobre la admisibilidad de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, promovida por María Concepción de Combariza contra Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, lo cual se resuelve previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

La accionante, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, impetró demanda contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que se declare la nulidad de las Resoluciones N° SUB 146111 de 31 de julio de 2017 y DIR 16910 de 02 de octubre de 2017, expedidas por el Gerente Nacional de Reconocimientos de Colpensiones; y como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la demandada a reconocer pensión mensual de jubilación y el pago de los valores adeudados desde el momento que cumplió con los requisitos de ley.

Se observa que el libelo presentado reúne los requisitos legales exigidos en el artículo 162 del CPACA, y en virtud de la naturaleza jurídica del asunto señalada en el artículo 104 del CPACA, así como de la competencia conferida en el numeral 2º del artículo 152¹ y numeral 3º del artículo 156 ibídem, se admitirá y se ordenará las notificaciones a que haya lugar.

Por lo expuesto, el Despacho:

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR la demanda que en el ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la señora María Concepción Pacheco de Combariza en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente esta providencia a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, como lo ordena el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, esto es, vía correo electrónico al buzón para notificaciones judiciales, y córrasele traslado de la demanda por el término de treinta (30) días (artículo 172 de la Ley 1437 de 2011), plazo que comenzará a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación. Se le advierte al interesado que con la contestación de la demanda deberá allegar las pruebas que se encuentren en su poder y que pretenda hacer valer. Igualmente deberá incluir su dirección electrónica.

TERCERO: NOTIFICAR por ESTADO ELECTRÓNICO a la parte actora, con su respectivo mensaje de datos. (Art. 201 CPACA).

CUARTO: NOTIFICAR personalmente esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, como lo ordena el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, esto es, vía correo electrónico al buzón para notificaciones judiciales, y córrasele traslado de la demanda por el término de treinta (30) días (artículo 172 de la Ley 1437 de 2011), plazo que comenzará a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación.

¹ La cuantía de las pretensiones es explicada de manera razonada por el actor a folio 20 C de Pruebas.

QUINTO: ORDENAR a la parte actora que en el término de tres (3) días, contados a partir del día siguiente de la notificación por ESTADO ELECTRÓNICO, consigne en la cuenta de ahorros No. 4-1503-009030-1 del Banco Agrario de Colombia, a nombre del Tribunal Administrativo de Boyacá, la suma siete mil pesos (\$7.000), para atender los gastos ordinarios del proceso y cinco mil doscientos pesos (\$5.200) para el traslado a los Procuradores Delegados ante esta Corporación.

SEXTO: RECONOCER personería para actuar en este proceso al abogado Carlos Alberto Hernández, identificado con C.C. N°. 4.237.584 de San Mateo y T.P.No.46.385 del C. S. de la J., como apoderado judicial de la parte demandante en los términos y para los efectos del poder a él conferido.

Notifíquese y Cúmplase


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

UNIDAD ADMINISTRATIVA
DE JUSTICIA
NOTIFICACION POR ESTADO
Este actor se notifica por estar
el 22 de febr. 12 FEB 2018
[Firma]



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, febrero ocho (8) de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control: Reparación directa.

Demandante: **María Ninfa Alarcón Cardozo**

Demandado: Municipio de Duitama

Expediente: 15238-33-33-001-2013-00331-02

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia proferida el **11 de noviembre de 2016**, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por la señora María Ninfa Alarcón Cardozo contra el Municipio de Duitama.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda. (f. 1-12):

María Ninfa Alarcón Cardozo, a través de apoderada judicial, presentó demanda de reparación directa contra el Municipio de Duitama, en la cual solicitó:

- * Que se declare que el Municipio de Duitama, es responsable civil extracontractual y administrativamente responsable a título de falla en el servicio por no señalar las vías de la ciudad y, especialmente, la intersección de la calle 17 con carrera 12 del centro de la ciudad, que conllevó a la muerte de su hijo, Yimy Arley Chaparro Alarcón.
- * Que se condene al Municipio de Duitama a pagar a su favor los perjuicios materiales de lucro cesante y daño emergente, al igual que los perjuicios morales subjetivados, objetivados y a la vida de relación por la muerte de su hijo Yimy Arley Chaparro Alarcón.

- * Que las sumas reconocidas sean actualizadas hasta el día en que se haga efectivo el pago de acuerdo al incremento del IPC y conforme lo señala el CPACA.
- * Se condene en costas a la parte demandada.

La situación fáctica que respalda el petitum es la siguiente:

- * El 8 de julio de 1986, la accionante dio a luz a su hijo Yimy Arley Chaparro Alarcón.
- * Yimy Arley Chaparro Alarcón, se dedicó a trabajar para sufragar su sustento y el de su madre, con quien vivió hasta el momento de su muerte.
- * Yimy Arley Chaparro Alarcón, se desempeñaba como contratista de latonería y pintura y su último empleo fue en el taller Londoautos de la ciudad de Duitama. Devengaba \$1.400.000.
- * Como la señora María Ninfa no tenía ningún ingreso, su hijo le proveía todo lo necesario para su manutención.
- * El 12 de agosto de 2011, Yimy Arley Chaparro Alarcón, se desplazaba en su motocicleta para llegar al trabajo que quedaba arriba del Colegio Salesiano por la Calle 17 del Municipio de Duitama, al llegar a la intersección de la Carrera 12 se produjo una colisión con el vehículo de placas DUE 963 y, como consecuencia, falleció.
- * Por la calle 17 no se encontraba señalización alguna que indicara la prelación de los vehículos, ni existía señal sobre la carrera, razón por la cual ninguno de los dos vehículos se detuvo.
- * Ocurrido el accidente, la demandante presentó derecho de petición ante el organismo de tránsito del municipio para que informaran porqué una semana después del accidente fue instalada señal de "PARE" en dirección de la calle.
- * La petición fue respondida el 27 de septiembre de 2011, sin embargo, no se estableció la prelación en la intersección antes del accidente; que la señalización fue instalada en virtud de un contrato firmado con tal fin.

1.2. Contestación de la demanda (f. 95 y ss.):

El Municipio de Duitama afirmó que no hay lugar al reconocimiento de ningún tipo de perjuicios, toda vez que la señora María Ninfa Alarcón no dependía económicamente de su hijo, en tanto goza de una pensión de sobrevivientes en cuantía de un salario mínimo.

Que no existen pruebas de hechos, actuaciones y omisiones atribuibles al Municipio de Duitama pues las circunstancias fácticas que el accidente de tránsito están fuera de su competencia y son endilgables a la conducta personal de la víctima; que el perjuicio se debió a impericia del occiso quien carecía de licencia de conducción, conducía con exceso de velocidad y no la redujo al llegar a la intersección.

Dijo que si bien sobre el cruce de la calle 17 con carrera 12, al momento de accidente no existía señal de tránsito obligatoria de "PARE", eran vías arterias, por tanto, tienen prelación los vehículos que circulan por la calle. A continuación, aseveró:

"...se puede afirmar que los dos involucrados conducían en exceso de velocidad, violando las normas objetivas de cuidado que implican conducir a un máximo de 30 KM en el sector urbano residencial y al llegar a una intersección, reducir su velocidad, prueba de esto son los estudios de física y planimetría adelantados por el CTI, dentro del proceso penal así como los testimonios de la señores (sic.) Hugo Alberto Espinosa y Diana Patricia Vega, quienes en la investigación criminal afirmaron que la motocicleta transitaba a mucha velocidad hacía mucho ruido y adicional a lo anterior el vehículo automóvil (...) dejó una huella de arrastre metálico de 9.8 metros desde el sitio de impacto hasta el sitio donde frenó el vehículo particular. (...)" (f. 97).

Sostuvo que la demandante, percibe pensión de sobrevivientes por riesgo común y tiene cinco hijos vivos.

Como excepciones alegó: culpa exclusiva de la víctima y hecho de un tercero.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama mediante sentencia proférída el 11 de noviembre de 2016, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Estableció dos problemas jurídicos: i) determinar si la falta de señalización en la calle 17 con carrera 12 del Municipio de Duitama fue causa determinante en la producción del accidente de tránsito ocurrido el 12 de agosto de 2011, en que murió el señor Arley Chaparro y, ii) establecer si hay lugar a la declaratoria de responsabilidad del Municipio de Duitama por los perjuicios causados a la señora María Ninfa Alarcón, ocasionados por la muerte de su hijo Yimy Arley Chaparro Alarcón.

Luego de aludir al artículo 90 de la Constitución Política y los regímenes de responsabilidad, sostuvo que en el sub lite, se atribuye la responsabilidad del Estado a título de falla del servicio por la omisión de obligaciones relativas a la señalización en el sitio del accidente, la cual ocasionó la muerte de uno de los conductores. Para explicar la conducción como actividad peligrosa, citó una sentencia del Consejo de Estado, sin embargo, no indicó ni su radicación ni su fecha.

Para resolver el problema jurídico, se pronunció sobre: el daño, la imputación del daño a la entidad demandada y la condena.

Sobre el daño, citó la Sentencia de 10 de septiembre de 1993 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, número interno 6144; sostuvo que se encuentra demostrado que Yimy Arley Chaparro Alarcón falleció el 12 de agosto de 2011, tal como se lee en el registro de defunción; así mismo, está demostrado que la señora María Ninfa Alarcón está legitimada en la causa en condición víctima indirecta del daño antijurídico, derivado de la muerte de su hijo.

En relación con la imputación del daño al Municipio de Duitama, indicó que es procedente predicar responsabilidad a título de falla en el servicio, fundada en la omisión de señalización vial como parte de sus funciones de ordenación vehicular; que tal facultad reglamentaria se cumple con sujeción a la normatividad contenida en el Código Nacional de Tránsito Terrestre "...al punto que el ente territorial, además de reconocer la ausencia de señalización en el sitio del accidente renombrado, exhibe en su defensa algunas resoluciones referidas a la ordenación del tránsito vehicular." (f. 452 c.2)

Al estudiar la excepción de "culpa exclusiva de la víctima y hecho de un tercero" aseveró que para la configuración de las causales eximentes de responsabilidad deben concurrir los presupuestos de irresistibilidad, impresibilidad y exterioridad respecto del demandado; citó la sentencia proferida por la Sección Tercera del

Consejo de Estado el 2 de mayo de 2007, número interno 2497 y concluyó que, en el sub lite, no se reúnen los presupuestos para la configuración de los eximentes de responsabilidad, comoquiera que la omisión de señalización fue un hecho aceptado por el municipio.

Afirmó que el exceso de velocidad de los conductores involucrados en el accidente, tiene sustento en las pruebas testimoniales practicadas en el proceso penal y el informe pericial de física forense rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal Regional Oriente: así mismo, la carencia de pericia en la conducción del señor Yimy Chaparro se encuentra probada en las certificaciones expedidas por el Secretario de Tránsito. A continuación afirmó:

“...la licencia de conducción hace presumir favorablemente que el titular de la misma cuenta con la pericia para la conducción de vehículos automotores; sin embargo, debe tenerse presente que se trata de una presunción de carácter legal, la que por ende admite prueba en contrario, al tiempo que el hecho de que no aparezca en el RUNT que el causante no tramitó licencia para la conducción de motocicleta, tal circunstancia no ofrece la suficiente convicción, puesto que el registro de dicha información en el RUNT, surgió a raíz de la refrendación de las licencias de conducción, lo que implica que quien no renovó no aparezca en el RUNT” (f. 454).

Dijo que los conductores involucrados en el accidente no cumplieron la norma de tránsito que fija el límite de velocidad en áreas urbanas - máximo 30 K/H -, al tiempo que el conductor de la motocicleta – víctima - infringió igualmente la norma de tránsito que establece como requisito la licencia de conducción, factores que contribuyeron a la causación del accidente. Concluyó que se configuró concurrencia de culpas entre los conductores y el Municipio de Duitama, por tanto, dijo, la condena debía reducirse en un 50%.

Al abordar el estudio de la condena, sostuvo que frente al perjuicio moral existe una presunción que opera para los integrantes del núcleo familiar de la víctima directa del daño; que “sería del caso reconocer a la demandante, el equivalente a 100 SMLMV; sin embargo, teniendo en cuenta la reducción del 50% de la condena, establecida en virtud de la concausalidad” se le debe reconocer el 50% de la condena, es decir, 50 SMLMV.

Sobre el daño emergente, indicó que la demandante solicitó el pago de \$1.297.000 que corresponde al valor de la reparación de los daños que sufrió la motocicleta en la que se desplazaba el causante el día del accidente, solicitud que tiene respaldo a través de la orden de trabajo, por tanto, aseveró que se debe condenar al municipio al pago del 50% de esa suma.

Por otra parte, dijo que no procede el reconocimiento del lucro cesante, comoquiera que se demostró que Yimy Chaparro ya había alcanzado la edad de 25 años y no se probó que la demandante dependiera económicamente; que el causante trabajaba en labores de latonería y con tales ingresos contribuía con los gastos del hogar, pero no proveía de forma exclusiva las necesidades domésticas.

Indicó que, según la certificación expedida por Colpensiones, la demandante es beneficiaria de una pensión de sobrevivientes, cuyo monto alcanza a un salario mínimo legal mensual vigente, circunstancia que, a juicio de la jueza a quo, desvirtúa la dependencia económica.

Por lo anterior, declaró parcialmente probadas las excepciones de “culpa exclusiva de la víctima” y “hecho de un tercero”, administrativa y patrimonialmente responsable al Municipio de Duitama en el 50% del daño antijurídico infringido a la demandante y, como consecuencia, condenó al pago de 50 SMLMV por concepto de perjuicios morales y la suma de \$648.500 por concepto de daño emergente; negó las demás pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, el Municipio de Duitama, a través de apoderado, presentó recurso de apelación en los siguientes términos (f. 461 - 465):

Sostuvo que la jueza de primera instancia no endilgó ninguna responsabilidad al Municipio de Duitama, se limitó señalar que omitió el cumplimiento de sus funciones de señalización vial. Consideró que no se realizó un análisis sobre el nexo causal. Citó la sentencia proferida el 14 de julio de 2016 por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, radicación 76001-23-31-000-2008-00179-01, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Manifestó que si bien no se encontraba la señal de “PARE” en el lugar de acaecimiento de los hechos, para la época de los hechos se estaba adelantando un proceso licitatorio con el fin de señalar las vías públicas, entre ellas el lugar donde ocurrió el accidente, la cual se instaló posteriormente.

Afirmó que la inexistencia de la señal de “PARE” no fue determinante en la ocurrencia del siniestro, pues la vía no se encontraba en reparación ni había

cambiado su sentido, "al contrario es una vía que se encontraba en perfecto estado, que en el sentido vía fue direccionado desde la Resolución No. 169 de 16 de junio de 1989, son consideradas como arterias de las Avenidas de la Circunvalar según Resolución 1112 de 19 de mayo de 1999; (...)"

A continuación, reiteró que la señal de tránsito no es un hecho circunstancial que generara el siniestro; que existen otras causas que "tienen más incidencia" en el accidente como, la falta de licencia de conducción y la infracción de velocidad.

Finalmente, sin desestimar lo anterior, solicitó que se estudie la concurrencia de culpas entre el ente territorial y los conductores involucrados, en tanto la jueza a quo no se pronunció sobre el tercero que conducía el automóvil que colisionó con la moto del causante. Por lo anterior, consideró que debe tenerse en cuenta que al tercero se le debe condenar en el 25% de la responsabilidad declarada.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado para alegar de conclusión, la demandante guardó silencio, por su parte, el Municipio de Duitama reiteró los argumentos esgrimidos en el recurso de alzada y dijo (fl 497 y ss.):

Citó la Ley 769 de 2002 e indicó que el hecho generador del accidente fue el exceso de velocidad del señor Yimy Chaparro y la conducción de la motocicleta sin contar con la respectiva licencia de conducción. A su juicio, dicha conducta aumentó de manera previsible y evitable, las posibilidades dañosas del ejercicio de la actividad peligrosa de conducir vehículos automotores.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora 121 Delegado ante este Tribunal en su concepto de fondo (fls. 517 y ss.), opina que la sentencia apelada amerita ser confirmada.

Luego de hacer alusión a los antecedentes del caso, sostuvo que es necesaria la valoración de los elementos fácticos, jurídicos y probatorios para dilucidar la imputación aplicable al caso concreto, pues de haber existido señalización podría atribuirse la responsabilidad a quien infringiera dicha señal y eximir de responsabilidad a la entidad accionada.

Afirmó que no es admisible que el Municipio de Duitama pretenda alegar que el incumplimiento del ente territorial en la señalización de la vía no fue determinante en la causación del daño, comoquiera que al no existir la señal de tránsito "los dos automotores confiaron en que tenían la vía, los mismos técnicos de criminalística manifestaron que a pesar de la visibilidad del lugar, difícilmente se establece en qué sentido se tiene la prelación (...)" (f. 523 vto.).

De otra parte, indicó que no puede desconocerse que los dos conductores transitaban a una velocidad superior a la permitida; que el señor Yimy Chaparro demostró una falta de pericia y, sobretodo, hubo imprudencia por parte de los dos conductores. Por lo anterior, sostuvo que se configuró la concurrencia de culpas lo cual no exime al demandado de su responsabilidad.

VI. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada contra la sentencia de 11 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama, dentro del proceso de la referencia.

6.1. Competencia del juez de segunda instancia:

El artículo 328 del Código General del Proceso, prevé:

"Artículo 328. Competencia del superior.

El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia." Negrilla fuera de texto

Según la norma transcrita, se colige que el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada, así lo sostuvo la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 23 de febrero de 2017:

"De acuerdo con el artículo 320 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 306 del CPACA, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida «...únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.» En consecuencia, el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo. Al respecto sostuvo esta Corporación en sentencia de 5 de julio de 2007¹:

«Ahora, entrando al fondo del asunto, debe recordarse que esta Sección ha reiterado que en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria, so pena de declararse desierto, la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia. En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente.»

Esta limitación a la competencia del juez de segunda instancia ha sido entendida como garantía de la non reformatio in pejus, consagrada en el artículo 31 de la Constitución Política. Sobre este tópico se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sus dos Subsecciones, en los siguientes términos:

«En primer lugar, la Sala advierte que se encuentra limitada para fallar sólo frente a los argumentos del recurso de apelación de la parte actora, en razón a que el poder del Juez Administrativo se restringe cuando es un apelante único el que impugna la decisión de primera instancia. El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, acoge el principio de la "reformatio in pejus", según el cual el Juez de segunda instancia no puede hacer más gravosa la situación del recurrente, cuando éste ha sido el único que apela la decisión del inferior, puesto que evidentemente el recurso instaurado se debe entender interpuesto de manera exclusiva en el aspecto estrictamente desfavorable de la providencia.»²

«En consecuencia, como quiera que la actora fue apelante único, no resulta viable desmejorar su situación particular, en virtud de la prohibición de la reformatio in pejus. Al respecto, la Sala observa que el artículo 164 del C.C.A. inciso final, consagra la prohibición de la reformatio in pejus, la cual a la postre tiene en el artículo 31 consagración constitucional. En efecto, en el artículo 164 del C.C.A., se preceptúa la posibilidad para el superior jerárquico de decidir sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el

¹ Consejo de Estado, sección Segunda, Subsección A, radicado interno No. 9708-2005, actor: Aura Isabel Rubio Morán, M.P. doctor: Jaime Moreno García.

² Sentencia de la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 28 de septiembre de 2006, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno número: 7966-2005, actor: Flor Ángela Pedraza Caballero y otra.

fallador encuentre probada, pero a su turno, se preserva el reconocimiento efectuado en primera instancia cuando quien lo obtuvo actúe como apelante único, razón que por la cual puede afirmarse que se consagró la "prohibición" de la reformatio in pejus.»³ "4 Negrilla fuera del texto

Así las cosas, la competencia del superior, se rige por el principio de congruencia, en virtud del cual, el juez de segunda instancia, debe desatar el recurso de alzada a partir de los argumentos de inconformidad propuestos por el recurrente, so pena de desconocer el principio de contradicción.

La Sala observa que el recurso estuvo dirigido a desvirtuar el nexo causal entre el daño antijurídico alegado con la demanda y la presunta responsabilidad del Municipio de Duitama en la producción del daño irrogado a la señora María Ninfa Alarcón, como consecuencia de la muerte Yimy Chaparro Alarcón en accidente de tránsito. De igual forma se mostró inconforme con la tasación de perjuicios en tanto considera que se debe condenar al tercero involucrado en el accidente.

Por lo anterior, la Sala se pronunciará únicamente sobre los motivos de apelación.

6.2. De la condena del tercero (conductor del auto):

Además de manifestar su desacuerdo con la sentencia de primera instancia, el Municipio de Duitama considera que, en caso de mantenerse la sentencia, debe condenar al señor Jorge Enrique Monroy Niño, conductor del otro vehículo involucrado en el accidente en que falleció Yimy Chaparro Alarcón.

El derecho al debido proceso constituye una garantía para el acceso a la administración de justicia, de tal forma que los ciudadanos inmersos en una actuación judicial puedan conocer las decisiones que los afecten e intervenir en términos de igualdad y transparencia, en aras de salvaguardar sus derechos e intereses legítimos. En palabras de la Corte Constitucional, se concibe como un escudo protector frente a una posible actuación abusiva de las autoridades⁵

³ Sentencia de la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 29 de enero de 2006, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno número: 0837-2004, actor: Héctor Solano Vargas.

⁴ Sentencia proferida en el proceso con radicación número 08001-23-33-000-2012-00087-01(2345-14) y ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández

⁵ Sentencia C-980 de 2010.

El Consejo de Estado, en sentencia proferida el 27 de enero de 2016, en un caso similar al que ahora ocupa la atención de la Sala, sostuvo:

*“Antes de pasar al siguiente punto, para la Sala es importante destacar que si bien según las declaraciones de los señores José Manuel Carranza Mesa, Yovanis José Paba Pérez y Mercedes Virginia Cuadro García, testigos presenciales de los hechos, la motocicleta con la que colisionó la víctima, iba con exceso de velocidad y, además, el Juzgado promiscuo de Familia, al resolver la situación jurídica del menor de edad que la conducía por el proceso penal llevado en su contra por el accidente de tránsito, consideró que tuvo una conducta inadecuada por la velocidad que llevaba en la vía pública dentro del perímetro urbano, con cual se encontraría probado que el tercero con quien colisionó la víctima conducía con exceso de velocidad, y, en ese sentido, habría incidido en la causación del hecho dañoso, **lo cierto es que el tercero no fue vinculado al proceso, caso en el cual entraría a responder por concurrencia de culpas, motivo por el cual su actuación no podría reducir en este caso el quantum indemnizatorio a cargo del municipio de Chiriguaná.**” (Negrilla fuera de texto).*

Entonces, la condena a una persona que no fue vinculada al proceso constituiría una clara trasgresión al debido proceso, por cuanto si este no fue vinculado al proceso, lo resuelto en la sentencia no puede derivar en su contra ningún efecto patrimonial. El argumento de apelación no tiene vocación de prosperidad.

6.3. Régimen de responsabilidad y título de imputación:

No obstante que no se ha expuesto crítica alguna al régimen de imputación analizado en el caso; ni a la responsabilidad que pueda derivarse de la inexistencia de señalización vial, la Sala hará referencia sintética a este aspecto, a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En primer lugar se dirá que tratándose de una imputación que señala en la demanda la omisión de un deber a cargo de la administración, es la falla del servicio, el título por excelencia. En efecto, dijo la actora que la demandada es responsable por haber omitido el deber de señalizar la vía alertando qué vehículo debía detener la marcha. Por consecuencia, **el régimen de responsabilidad para analizar el caso sub lite, es el subjetivo bajo el título de imputación de falla del servicio⁶**, tradicionalmente utilizado para decidir la responsabilidad del Estado ante la inexistencia de un título jurídico particular de imputación⁷, así se ha precisado:

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Doctor RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Sentencia de 11 de febrero de 2009, expediente: 25000-23-26-000-1992-07963-01(15036). Consejo de Estado. Sección Tercera, Consejera Ponente: Doctora RUTH STELLA CORREA PALACIO, Sentencia de 20 de septiembre de 2007, expediente: 08001-23-31-000-1991-06256-01(21322).

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Doctor RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente: 85001-23-31-000-1993-00074-01(14170)

“... De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo que consagra la acción de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios, **siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal**, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, **ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos**, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia, entre ellos el de la tradicional falla del servicio, dentro del cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: **el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.** (Resaltado de la Sala).

6.3. De la responsabilidad del Estado por omisión en señalización de vías:

Ahora, el Consejo de Estado ha señalado, de tiempo atrás, que cuando se trata de la **omisión en la señalización de una vía**, la responsabilidad del Estado, debe resolverse a la luz del título de imputación de falla del servicio. La Sección Tercera con ponencia de la Consejera Doctora Ruth Stella Correa Palacio, desde la sentencia de 20 de septiembre de 2007, dentro del expediente: 08001-23-31-000-1991-06256-01(21322) precisó:

“Dado que en la demanda se adujo que el daño se produjo como consecuencia de la colisión de un vehículo automotor contra un montículo de piedras y tierra dejado sobre la vía, con ocasión de la construcción de una obra pública, sin la debida señalización, considera la Sala que el asunto debe definirse con fundamento en el régimen de falla del servicio, en primer lugar, porque ese fue el criterio de imputación insinuado en la demanda, pero además, en consideración a que tratándose de la construcción de obras públicas la responsabilidad del Estado se deduce cuando no se toman las medidas reglamentarias, necesarias y eficaces tendientes a prevenir a las personas, a fin de evitar que éstas puedan sufrir accidentes contra la misma, es decir, lo que genera la responsabilidad es el incumplimiento del deber de señalar esas obras, o impedir el tránsito por las áreas aledañas, pero no la construcción de la obra en sí.” (Subrayado fuera de texto)

Criterio que se ha mantenido inmodificable como se lee en la sentencia de la Sección Tercera, Subsección B, en sentencia de 29 de julio de 2013, exp. 24003, M.P. Danilo Rojas Betancourth; sin que deje de resaltarse la sentencia de octubre 4 de 2007, proferida dentro de los expedientes acumulados 16.058 y 21.112, con ponencia del Consejero Doctor Enrique Gil Botero, que eleva a principio el **deber de señalización**, al señalar que:

“La seguridad de la circulación en las vías públicas, no puede estar comprometida u obstaculizada por situaciones anormales, que en eventos como el de autos, constituyen una trampa mortal para los usuarios de las mismas, quienes al fin y al cabo solo ejercen una pluralidad de derechos y principios consagrados en todo el plexo normativo en esta materia, tales como los que se recogen en las siguientes disposiciones: artículos 678 y 1005 del Código Civil, artículo 8 del decreto 21 de 1909, que hacen referencia al derecho de uso y goce de las vías públicas; el artículo 1 inciso segundo del Código Nacional de Tránsito, el capítulo octavo de la ley 336 de 1996, que desarrollan el principio de la seguridad entre otros; el artículo 24 de la Constitución Política que se refiere a la libertad de locomoción con un derecho fundamental; y todos ellos se acompañan con el denominado principio de la señalización en materia de tránsito de vehículos, en efecto se ha dicho:

*“Sobre la importancia de la señalización la doctrina ha llegado inclusive a acuñar la expresión **“Principio de señalización”**, del cual se deriva que cuando las entidades que tienen a su cargo el deber de señalizar las vías públicas, omiten su cumplimiento o lo hacen de manera defectuosa comprometen las responsabilidades de las personas jurídicas en cuyo nombre actúan, por evidente falta o falla en el servicio público, a ellas encomendado. Se ve en este principio, que fuera de construir carreteras seguras y adecuadas a los requerimientos del tráfico y mantenerlas en buen estado, la administración tiene el deber primario de ejercer el control, en cuanto al cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que ordenan su señalización y advierten los peligros. Si por falta o falla de la administración no se advierte a tiempo de los peligros; o advertida de ellos no los remedia; o deja pasar la oportunidad para hacerlo; en todos estos casos y otros similares, el **Estado deberá la reparación de la totalidad de los daños y perjuicios que su falla en la prestación del servicio ocasione por la ausencia de señalización en las carreteras.** lo que hace que no sean adecuadas y seguras.*

*“La seguridad de los habitantes, o mejor de los usuarios de las vías públicas, es uno de los **deberes propios de las entidades y personas vinculadas al control del tránsito en todo el territorio Nacional**, así lo estableció el Decreto 1344 de 1970¹. Resulta evidente que cuando esa seguridad no es propiciada, antes bien, es cuestionada o puesta en peligro, por la inercia o negligencia de las autoridades llamadas a ejercer el control, **las consecuencias gravosas para los particulares, que pueden seguirse de dichas omisiones o cumplimiento defectuosos de tales competencias, han de ser asumidas por las respectivas entidades públicas.**” (Subrayas de la Sala).*

6.4. Del nexo de causalidad:

En este caso, no se pone en duda que la señalización de la vía en la cual ocurrió el accidente era deber de la administración municipal demandada y que, al momento en que el mismo se presentó, ella no existía. Por el contrario, acepta la demandada que fue instalada días después, en razón a un contrato suscrito con tal finalidad. Entonces, no se discute ni la falla del servicio, ni el deber omitido.

El asunto entonces se contrae a determinar si, como lo señala la recurrente, no se probó el nexo de causalidad en tanto, a su juicio, las razones determinantes del daño – muerte – son imputables a culpa de la víctima por falta de pericia y exceso de velocidad y a un tercero – el conductor del vehículo causante de la muerte – por exceso de velocidad.

La Sección Tercera, Subsección “B”, en sentencia proferida el 28 de mayo de 2015, en el proceso con radicación número 17001-23-31-000-2003-00997-01(34053) y ponencia de la Consejera Doctora Stella Conto Díaz del Castillo, señaló:

“Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que la conducción de vehículos automotores y los daños causados con ocasión de dicha actividad generan responsabilidad cuando i) se comprueba el daño, ii) se infringen las normas cuyo acatamiento hubiera evitado la producción del hecho dañoso y iii) existe un nexo de causalidad entre la actuación u omisión de la administración y los perjuicios ocasionados⁸.

En ese orden, se ha considerado que el Estado debe responder por los accidentes que se causen por el mal cuidado y mantenimiento de las vías públicas, así como por su falta de señalización⁹, precisando que dicha responsabilidad no es de carácter absoluto, en tanto debe demostrarse la existencia de un nexo de causalidad entre el daño sufrido y las acciones u omisiones de las entidades encargadas de la vía pública. Además, en cuanto a la acreditación de las causales eximentes de responsabilidad, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima, es reiterada la jurisprudencia a cuyo tenor, acreditada una cualquiera, no procede sino la absolución por falta de causalidad.” (Negrilla fuera de texto)

⁸ Sobre el particular se puede consultar las sentencias de 9 de diciembre de 2011, expediente 22211, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; de 23 de junio de 2010, expediente 18376, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 9 de junio de 2010, expediente 18078, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez; de 26 de mayo de 2010, expediente 17635, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez; de 18 de junio de 2008, expediente 16518, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; y de 10 de diciembre de 2005, expediente 19968, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 18108

Ahora en la sentencia mencionada de 29 de julio de 2013¹⁰, el Consejo de Estado precisó que en materia de la omisión del deber legal de señalización de la vía resulta endilgable responsabilidad del Estado cuando ésta – la vía – “se consideran de alto riesgo” y ello incide en la producción del daño correspondiente, dijo “(...) De esta manera, es posible atribuirle a la entidad estatal respectiva la responsabilidad del daño ocasionado como consecuencia de la omisión de instalar la señalización adecuada, sea porque en la vía pertinente se realicen obras públicas o debido a que la misma implica una alta peligrosidad que deba ser puesta en conocimiento de los transeúntes....” (Resaltado fuera de texto). Ello en tanto conforme al artículo 112 del Decreto Ley 1344 de 1970 hay señales “...consistentes en dispositivos físicos o marcas especiales que indican la forma correcta en que deben transitar los usuarios de las vías, entre la cuales se encuentran las denominadas señales preventivas, que buscan alertarlos sobre situaciones o circunstancias riesgosas o de peligro y su naturaleza....”

En el caso bajo análisis, se encuentra probado que el 27 de septiembre de 2011, mediante el Oficio No. STT-1060-30-2509-2011 expedido por el Secretario de Tránsito y Transporte del Municipio de Duitama, se certificó (f. 16):

“b) Revisado el inventario de señalización vertical, instalada en la ciudad de Duitama, se puede evidenciar que en la intersección de la carrera 12 con la calle 17, del perímetro urbano de la ciudad de Duitama, para la fecha 12 de agosto de 2011 no existía señal vertical de PARE, en ninguno de los dos sentidos viales.

c) La Alcaldía de Duitama Suscribió con la Firma Loktech Ltda. el día 06 de agosto de 2011 contrato para elaboración e instalación de señalización vertical, la cual es instalada de acuerdo al cronograma previamente planificado con el contratista y no se hizo como resultado de los hechos acaecidos el día del accidente por Usted mencionado, (...)” (Resaltado fuera de texto).

En efecto, a folios 110 a 112, obra copia del Contrato de Servicios No. CSE 20110018, suscrito el 6 de julio de 2011, el cual tenía por objeto la elaboración e instalación de 70 señales verticales de tránsito y mantenimiento de todo costo de 50 señales verticales existentes en el perímetro urbano de Duitama. Observa la Sala que al momento del accidente, la vía carecía de las **advertencias** que en materia de señalización vial ordenan las disposiciones legales.

Ahora bien, el Departamento de Boyacá indicó que **la Carrera 12 es una vía arteria** y por ello, el señor Yimy **debió disminuir la velocidad**, no obstante, omitió dicha medida preventiva y siguió transitando con exceso de velocidad. En estas

¹⁰ Sección Tercera, Subsección B, exp. 24003, M.P. Danilo Rojas Betancourth

condiciones, tal como lo señala la jurisprudencia, debe aceptarse que por su carácter, **la vía por la cual transitaba la víctima era de alta peligrosidad**, lo cual implicaba que resultaba necesaria la advertencia de la señal, sin embargo el ente demandado no la tenía instalada.

La Ley 769 de 2002, Código Nacional de Tránsito, vigente al momento de los hechos, en su artículo 105 clasificaba las vías urbanas a efecto de la prelación así:

Artículo 105. Clasificación de vías. Para efectos de determinar su prelación, las vías se clasifican así: 1. Dentro del perímetro urbano:

Vía de metro o metrovía

Vía troncal

Férreas

Autopistas

Arterias

Principales

Secundarias

Colectoras

Ordinarias

Locales

Privadas

Ciclorrutas

Peatonales...

(...)

La autoridad de tránsito competente, por medio de resolución motivada señalará las categorías correspondientes a las vías urbanas, cualquiera que sea su denominación. En cualquier caso, las autoridades de tránsito podrán incorporar nuevas categorías y homologar su prioridad con cualquiera de las existentes. La prelación entre las vías en zonas rurales será determinada por la autoridad de tránsito competente...

Es decir que, dentro de la clasificación de las vía, **la arteria** es una de las de mayor envergadura y debe la prelación sólo a las vías de metro o metrovía, troncal, férreas y autopistas. En efecto el artículo 2º de la Ley 769 de 2002 la definía como:

“Vía arteria: Vía de un sistema vial urbano con prelación de circulación de tránsito sobre las demás vías, con excepción de la vía férrea y la autopista.”

En el Informe Pericial de Física Forense se reportó:

*“(…) vías de alta frecuencia vehicular, de aproximadamente 9,30 metros de ancho de la vía (...) el lugar se halla rodeado de construcciones por todos los costados; el sentido de las vías es así: La calle 17 en sentido sur norte , carrera 12 doble vía y sentido hasta la calle 17 de ese punto en adelante en un solo sentido, sentido oriente occidente no cuenta con señales de tránsito, ni por la calle ni por la carrera, **no existe ninguna señal de pare en ningún sentido, aunque se cuenta con visibilidad, difícilmente se establece en qué sentido se tiene prelación, en el lugar no se halla ningún tipo de reductor de velocidad en ningún sentido (...)**” (f. 302 vto. - 303)*

Y sobre la velocidad de los vehículos, indicó:

“4. VELOCIDADES DE LOS VEHÍCULOS:

4.1. VELOCIDAD DEL VEHÍCULO No. 1 (Automóvil):

4.1.1. La longitud de la huella de frenado de 9.69 metros reportada en el dibujo topográfico -FPJ-17- titulado “Medidas huella de frenado y lago hemático”, el tipo de vehículo y las características y condiciones de la vía son compatibles con una velocidad del automóvil al inicio de dicha huella, entre treinta y siete (37) y cuarenta (40) kilómetros por hora (...).

4.2. VELOCIDAD DEL VEHÍCULO No. 2 (Motocicleta):

*4.2.1. La longitud de la huella de arrastre de 12.6 metros según la figura 1, el tipo de vehículo y las características y condiciones de la vía y la acera, así como la condición en que la motocicleta supera la acera, son compatibles con una **velocidad de la motocicleta superior a los 42 kilómetros por hora, tendida sobre el asfalto, al inicio de la huella de arrastre (...)**” (Negrilla fuera de texto) (f. 304)*

De otra parte, en el Informe Técnico sobre Accidente de Tránsito No. 2013-YACA, precisó que *“(…) la velocidad del VEHICULO No 2 (tipo motocicleta) para el momento del suceso **no era alta por las características del automotor y la vía**” (f. 330).*

En estas condiciones, a esta Sala no queda duda que la falta de señalización en el lugar de ocurrencia del accidente era de importancia significativa dado el nivel de peligrosidad de la vía, es decir, tal omisión alcanza trascendencia al momento de concluir que fue determinante en la ocurrencia del accidente que causó la muerte a la víctima, evidenciándose el nexo de causalidad; en efecto, era una señal de advertencia necesaria para que, como se dijo, el conductor disminuyera su velocidad sea que transitara por la calle o por la carrera pues, en el punto del accidente las dos vías se consideraron, conforme a la prueba aportada, de **alto flujo vehicular.**

Así las cosas, como lo consideró el a-quo la actuación de los conductores influyó en el acaecimiento del hecho por exceder la velocidad permitida en zona urbana¹¹, pero no queda duda que por la categoría de las vías, como se señaló en la prueba, era difícil establecer qué vehículo debía disminuir la velocidad, de manera que podría haberse aminorado el riesgo propio de la conducción si el municipio hubiera contado con la señalización necesaria, se reitera, en vías arterias.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", en sentencia proferida el 28 de mayo de 2015, en el proceso con radicación número 17001-23-31-000-2003-00997-01(34053) y ponencia de la Consejera Doctora Stella Conto Díaz del Castillo, señaló:

"(...) se demostró en el plenario que la víctima llevaba varios años residiendo en el municipio de La Dorada, sumado a que la referida Avenida Marlboro es una vía principal y de frecuente uso en dicha localidad. Sin que ello exonere al municipio de cumplir estrictamente con su deber de señalización, empero sí de compartir con la víctima la causalidad del hecho dañoso.

(...)

No obstante, se insiste en que ello de ninguna manera implica que el frecuente y rutinario uso de las vías públicas por parte de sus usuarios releve a las autoridades de tránsito de su deber legal y reglamentario de señalización, mucho menos tratándose de señales de prevención de riesgos." (Se resalta)

Obsérvese que el "Manual de Señalización Vial - Dispositivos para la Regulación del Tránsito en Calles, Carreteras y Ciclorrutas de Colombia", creado por el Ministerio de Transporte y adoptado como reglamento oficial en materia de señalización vial del país mediante la Resolución No. 1050 del 5 de mayo de 2004 expedida por la misma entidad, establece lo siguiente:

"2.3. SEÑALES REGLAMENTARIAS

2.3.1. Objeto

Las señales reglamentarias o de reglamentación tienen por objeto indicar a los usuarios de la vía las limitaciones, prohibiciones o restricciones sobre su uso.

(...)

SR-01.- PARE

*Esta señal se empleará para **notificar al conductor que debe detener completamente el vehículo** y sólo reanudar la marcha cuando pueda hacerlo en condiciones que eviten totalmente la posibilidad de accidente, especialmente en los siguientes casos:*

¹¹ 30 K/H

1) En la intersección con una vía de mayor jerarquía

(...)

6) En cualquier tipo de intersección donde la combinación de altas velocidades, distancia de visibilidad restringida, registro de accidentes, etc., hace necesario detener el vehículo completamente para evitar accidentes” (se resalta).

Entonces, si bien el Municipio de Duitama reglamentó la prelación de las vías mediante la Resolución No. 1.117 de 1999, ello no lo exoneraba del deber de instalar la señal reglamentaria de “PARE” en el lugar donde ocurrió el accidente, dado que se trataba de la intersección de vías arterias y la combinación de velocidades hacía necesario detener el vehículo completamente para evitar accidentes, de manera que, como no se contaba con tal advertencia, no puede el municipio exonerarse la responsabilidad que surge de la omisión de su deber.

En consecuencia, esta Sala encuentra probada la falla del servicio de la entidad pública demandada, al incumplir su deber de señalización por no tener instalada la señal reglamentaria de “PARE”, falla que guarda relación causal con el accidente de tránsito en el que perdió la vida el señor Yimy Chaparro Alarcón.

En tales condiciones los argumentos de apelación carecen de vocación de prosperidad y por ello se confirmará la sentencia.

Por último, no pasa por alto la Sala que en materia del testimonio recaudado a Claudia Inés Vega Corredor, el Municipio de Duitama tachó de sospechoso al testigo, por tratarse de una familiar de la demandante. Manifestación frente a la cual el juez expuso en su momento, que lo resolvería en el fondo del asunto, sin embargo, revisada la sentencia de primera instancia, la Sala echa de menos tal pronunciamiento.

Aunque en los cargos de apelación la entidad demandada nada dijo al respecto, la Sala señalará que, en efecto, la declarante dijo ser cuñada¹² de la señora María Ninfa Alarcón Cardozo, pero ese solo hecho no implica que la declaración deba descartarse¹³. Sin embargo, vista la versión rendida ella no incide en el examen a

¹² Minuto 6:16 audiencia de pruebas folio 166

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 68001-23-15-000-2000-03456-01(29195). Actor: VICTORIA EUGENIA AMAYA. Demandado: LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL. "...Así, debe señalarse con relación al testimonio que su valoración y ponderación requiere del juez, como en todos los casos, determinar el valor de convicción del mismo y su real dimensión, se itera, bajo su

que se contrae esta sentencia; en efecto, el dicho se limitó a indicar que la víctima fue atropellada cuando se dirigía a su lugar de trabajo, pero que no fue testigo presencial del accidente, es decir, nada tiene que ver con la causalidad que la recurrente echó de menos, ni tampoco sirve para determinar si el conductor del vehículo involucrado en el accidente puede ser o no condenado en responsabilidad, ello por las razones que inicialmente se dejaron consignadas.

En estas condiciones, se desestimará la tacha, sin que sea necesario entrar en el examen de la versión. Lo que si se hará será adicionar la sentencia para señalar que, no prospera la tacha sobre la imparcialidad del testigo.

7. Costas:

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 3001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

apreciación en conjunto y con aplicación de las reglas de la sana crítica, ejercicio cuya complejidad se acentúa en tratándose de testimonios de oídas o aquellos calificados como sospechosos, los cuales, según se infiere de lo dicho en líneas anteriores, no pueden ser desechados de plano sino que rigidizan su valoración de cara al restante material probatorio, por cuanto serán examinados con mayor severidad.

Debe entenderse, entonces, que son, precisamente, las reglas de la sana crítica las que aconsejan que tanto el testigo sospechoso como el ex audito, se aprecie con mayor rigor, se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha o cuya percepción fue directa o se subvaloren. Pero sin que puedan desecharse bajo el argumento del parentesco, interés o falta percepción directa, sino porque confrontados con el restante material probatorio resultan contradictorios, mentirosos, o cualquier circunstancias que a criterio del juez merezca su exclusión o subvaloración.

Bajo esta filosofía, el ordenamiento procesal, artículo 218 – inciso final, permitió que el juez apreciara los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso y al igual que las tachas sus motivos y pruebas fueran valoradas en la sentencia, ocurriendo lo propio con el testimonio de oídas.

Dicho lo anterior y bajo este criterio se examinarán y valorarán los testimonios de (...), cuyas narraciones se tendrán como sospechosas o parcializadas, teniendo en cuenta que son cercanos a la parte demandante y estuvieron involucrados en los hechos objeto de análisis, situación que afecta la objetividad e imparcialidad del mismo. (...)" (Resaltado fuera del original.

“...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹¹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas¹ tanto en primera como en segunda instancia”.

Conforme al artículo 365 citado “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto...” A su vez esta norma en el numeral 8º dispone que habrá lugar a costas cuando aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Ahora bien, al tenor del artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. En cuanto se refiere a la segunda instancia, no se observa que se haya incurrido en gastos, y la parte demandante no presentó alegatos de conclusión, en consecuencia, no hay lugar a costas en esta instancia.

¹¹ ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

8. De la personería para actuar del Municipio de Duitama

A folio 539 del cuaderno 2 obra memorial de la abogada Yenny Constanza Cruz Sánchez, renunciando al poder que le fue conferido para actuar como apoderada judicial del Municipio de Duitama, en los términos del artículo 76 del C.G.P. La apoderada allegó copia de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido, razón por la cual se aceptará la renuncia presentada.

De otra parte observa la Sala que a folio 528, obra poder especial presentado por Nancy Helena López Carvajal y otorgado por Nancy Yamile Córdoba Chinchillas en calidad de Jefe de Oficina Asesora Jurídica del Municipio de Duitama en desarrollo del poder general que se allega (fls. 533 y 534), para que sea reconocida personería para actuar como apoderada de la entidad demandada, conforme lo establece el artículo 74 del Código General del Proceso.

Por lo anterior, se reconocerá personería para actuar como apoderada del Municipio de Duitama a la abogada Nancy Helena López Carvajal.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

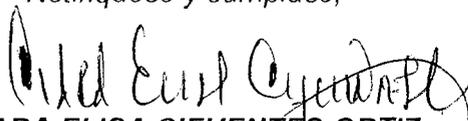
FALLA:

- 1. Confirmar** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama el 11 de noviembre de 2016 que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por María Ninfa Alarcón Cardozo contra el Municipio de Duitama, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.
- 2. Adicionar** la sentencia para expresar que no prospera la tacha en relación con el testimonio de la señora Claudia Inés Vega Corredor, propuesta por el Municipio de Duitama, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
- 3. Sin costas** en esta instancia.
- 4. Aceptar** la renuncia, presentada por la abogada Yenny Constaza Cruz Sánchez, como apoderada del Municipio de Duitama.

Medio de control: Reparación directa.
Demandante: **María Ninfa Alarcón Cardozo**
Demandado: Municipio de Duitama
Expediente: 15238-33-33-001-2013-00331-02

5. **Reconocer** personería para actuar a la abogada Nancy Helena López Carvajal como apoderada del Municipio de Duitama en los términos y para los fines del poder que se allega a folio 528 c2.
6. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Notifíquese y cúmplase,



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada



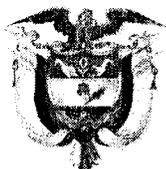
JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Medio de control: Reparación directa.
Demandante: **María Ninfa Alarcón Cardozo**
Demandado: Municipio de Duitama
Expediente: 15238-33-33-001-2013-00331-02



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, febrero ocho (8) de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control: Repetición

Demandante: **Municipio de Duitama**

Demandado: Rafael Antonio Pirajón López

Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl.312 a 323), contra la sentencia de primera instancia proferida el 23 de marzo de 2017 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja¹, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda instaurada, a través de apoderado judicial, por el Municipio de Duitama contra Rafael Antonio Pirajón López.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda. (fl. 14 a 21). En ejercicio del medio de control de repetición, el Municipio de Duitama, a través de apoderado judicial, pidió declarar que el señor Rafael Antonio Pirajón López, es civil y administrativamente responsable de los perjuicios económicos causados con ocasión de la sentencia proferida el 12 de julio de 2011 por el Juzgado Primero Administrativo de Santa Rosa de Viterbo y confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá- Sala de Descongestión, que declaró la nulidad parcial del Decreto N° 580 de 31 de octubre de 2006 y a título de restablecimiento del derecho, ordenó el reintegro de la señora Olga Marina Celý Higuera a la planta de personal de la entidad, así como el pago de salarios, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde la fecha de retiro, esto es el 1° de noviembre de 2006 hasta su reintegro efectivo.

De igual forma, solicitó que se declare que el demandado actuó con dolo o culpa grave al desconocer las mínimas reglas de la buena administración; que se le condene a pagar la suma de ciento diez millones novecientos sesenta y ocho mil novecientos veinticuatro pesos (\$110.968.924) y que ésta, sea ajustada conforme al artículo 187 del CPACA.

¹ Si bien, el proceso fue tramitado por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en virtud del Acuerdo N° CSJBBOYA17-617 de 10 de febrero de 2017, la sentencia fue dictada por el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja (fl. 292).

Señaló como hechos relevantes, que la condena judicial se fundamentó en que el Decreto N° 580 de 31 de octubre de 2006 estuvo viciado de nulidad al desconocer los derechos de carrera administrativa de Olga Marina Cely Higuera.

Y que el Municipio le canceló a la señora Cely Higuera la suma de ciento diez millones novecientos sesenta y ocho mil novecientos veinticuatro pesos (\$110.968.964).

1.2. Contestación (fl. 233 a 236). Dentro del término legal, el demandado se opuso a las pretensiones de la demanda, en síntesis, con los siguientes argumentos:

Dijo que no está demostrado el dolo o la culpa grave. Que la reestructuración administrativa se fundamentó en un estudio técnico ajustado a derecho; y describió la situación de la planta de personal de Municipio, así:

“Para la época el número de auxiliares administrativos se contaba con 63 cargos de auxiliar administrativo ocupados por funcionarios con derechos de carrera y otros en provisionalidad. Al no existir en la nueva estructura más de 15 cargos de auxiliar administrativo y considerando su igualdad en el sentido de los requisitos pedidos para su desempeño, se procedió a establecer los derechos de cada uno de los funcionarios que en el momento ostentaban estos cargos de auxiliares administrativos y se procedió a efectuar una clasificación para comparar los derechos individuales ante todo de los funcionarios inscritos en carrera administrativa entre los cuales se encontraba la señora Olga Marina Cely quien estaba inscrita en un cargo de auxiliar administrativo, cargos homologados según el decreto 785 al nivel asistencial código 407 los cuales desempeñarían una función asistencial y se le exigiría el requisito de grado bachiller. Al clasificar según cada funcionario su experiencia y los estudios realizados se escogieron los 15 funcionarios de carrera que desempeñarían los cargos de auxiliar administrativa, resultando que dicha clasificación no se encontraba la señora Olga Marina Cely, porque 15 funcionarios con derechos de carrera como se repite, optaban con mejor puntaje de clasificación.” (fl. 235)

Que en efecto, el fundamento del acto administrativo declarado nulo parcialmente fue legal. Y que respecto al señor Julio Cesar Amézquita Infante que ocupaba el cargo de Técnico Código 401 Grado 04 de la Secretaría de Educación en provisionalidad, fue nombrado, en tanto cumplía con los requisitos legales.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 293 a 306)

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, puso término a la instancia con sentencia proferida el 23 de marzo de 2017, accediendo a las pretensiones de la demanda.

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

Contrajo el problema jurídico a determinar “si Rafael Antonio Pirajón López es responsable patrimonialmente a título de dolo o culpa grave del reconocimiento pecuniario hecho por el Municipio de Duitama por la suma de ciento diez millones novecientos sesenta y ocho mil novecientos veinticuatro pesos m/te (\$110.968.924) a la señora OLGA MARIA CELY HIGUERA en virtud del pago realizado por salarios, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir incluyendo los aportes para la seguridad social en pensiones desde el 1 de noviembre de 2006 hasta la fecha en que fue reintegrada, por la condena impuesta en primera instancia de 12 de julio de 2011 dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sentencia que fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá” (fl. 296).

Se refirió a los fundamentos Constitucionales y legales de la responsabilidad de los agentes y ex agentes del Estado.

Indicó que el medio de control de repetición tiene como propósito el reintegro de dinero que, por los daños antijurídicos causados como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex servidor público, hayan salido del erario para el reconocimiento de una indemnización impuesta por la jurisdicción Contencioso Administrativa.

Que, en el caso concreto, es aplicable la Ley 678 de 2001, en tanto los hechos que dieron origen al proceso de la referencia, son de una fecha posterior a la entrada en vigencia de dicha ley.

El a-quo, encontró probada la condena judicial impuesta al Municipio de Duitama, así como el pago a la beneficiaria de la misma.

En relación con la conducta del agente, dijo que fue gravemente culposa por la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, pues las garantías de los funcionarios de carrera estaban previstas en la ley.

Que en efecto, “la Ley 909 de 2004 (...), señaló de forma inequívoca el derecho de que gozan los servidores de carrera cuyos empleos se supriman y en, forma expresa dispuso que en aquellos eventos en que las funciones de cargo se mantengan, existe el derecho a la incorporación preferente, bajo el entendido de que el cargo no fue efectivamente suprimido; esto es, la ley previó una ficción legal de acuerdo con la cual, si se mantienen las funciones del empleo, ello corresponde a que no fue eliminado y, por ende, tampoco pueden imponerse para su desempeño requisitos distintos a los vigentes ante de la supresión.” (fl. 303)

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

Comoquiera -se lee en la sentencia- que, el cargo que desempeñaba la señora Cely Higuera, fue asignado a una nueva dependencia pero mantuvo las mismas funciones, no podían modificarse los requisitos de acceso al mismo y, la empleada pública tenía derecho a ser incorporada.

Consideró que en esas condiciones, la desvinculación de la servidora pública fue ilegal, tal como fue declarado por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, la **parte demandada** presentó recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

Sostuvo que en la sentencia de primera instancia no se tuvo en cuenta los alegatos de conclusión, y negó varias afirmaciones contenidas en la referida decisión, así:

"A folio 3 de la sentencia recurrida reza: "afirma que en virtud de la discrecionalidad de optar por la indemnización de vincularse a un cargo similar para el caso de la señora OLGA MARINA CELY que si bien optó por la reincorporación también es cierto que no se encontró vacante ni se produjo durante el término legal con los perfiles, requisitos y funciones del cargo que fue suprimido toda vez que no hubo creación del cargo, sino que se le cambio de nombre al existente y por consiguiente se elevaron los requisitos".

No señor Juez, esto no lo afirmé, no lo consigné, es falso, inclusive sobre este tópico lo rebatí expresamente y con argumentos como se lee al folio 10 de mis alegatos de conclusión.

Más adelante el señor juez en el resumen que hace de mis alegatos dice: "Sostiene que sobre la causal de culpa grave no amerita ningún comentario por no venir al caso en estudio".

No señor Juez, esto no lo expresé, es una absoluta mentira, al contrario se desmiente con el escrito de casi 5 folios sobre la culpa grave y el dolo; aquí se transcribieron las normas pertinentes, se citó jurisprudencia, se analizaron las causales de culpa grave que describe el artículo 6° de la Ley 678 de 2001 excepto la causal cuarta, por no venir al caso en estudio que fue lo que se dijo en el alegato de conclusión." (fl. 312 a 313).

En relación con el elemento subjetivo de la conducta, tampoco estuvo de acuerdo con la tesis adoptada por el a-quo. Dijo que, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en modo alguno es sinónimo de repetición y que la segunda es autónoma y tiene por objeto analizar si la conducta del funcionario o ex funcionario fue dolosa o gravemente culposa.

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

Señaló que en la sentencia, no se abordó el estudio de ese elemento –subjetivo– de la acción de repetición.

Agregó que la reestructuración administrativa cumplió con los requisitos legales y buscaba la modernización, profesionalización así como tecnificación de los procesos.

Que a partir del Decreto 785 de 2005, se suprimieron los niveles ejecutivo y administrativo, y se creó el nivel asistencial. Relató que se estableció un puntaje y se clasificó a cada servidor público según los méritos obtenidos. Que para los cargos que fueran inferiores al número de servidores, se desvinculó a aquellos que tuvieran un menor puntaje.

Que cuando se suprime un cargo, quien lo desempeñaba en carrera administrativa, no queda excluido, en tanto se le otorga dos opciones: recibir indemnización o, acogerse al trato preferencial contenido en el Decreto 2400 de 1968, es decir que puede vincularse a un cargo similar.

Indicó que, Olga Marina Cely desempeñaba desde hacía varios años funciones en la Secretaría de Hacienda como auxiliar de presupuesto, las cuales no son iguales a los demás empleos creados en la planta de personal.

Y que, si se compara con el caso de Julio César Amézquita, el Municipio requería un técnico en la oficina de talento humano, con el propósito fundamental de afiliar y llevar el control de novedades respecto de las empresas prestadoras de salud, el fondo de pensiones y cesantías, incapacidades, vacaciones y todas las novedades que afectaran la nómina. Para estas labores, según su dicho, era indispensable conocimientos básicos en legislación, software e internet y un título de formación técnica o tecnológica, así como un año de experiencia relacionada.

Que en efecto, el señor Amézquita cumplía estos requisitos por ser profesional en sistemas, mientras que la señora Olga Marina Cely, no. Agregó que, no fue nombrada auxiliar administrativo Código 407, Grado 16 del Despacho del Alcalde, en tanto se trata de un cargo de **libre nombramiento y remoción**.

Que en el término de seis (6) meses después de la expedición del Decreto 580 de 2006, no fue posible reincorporarla al no presentarse vacante alguna.

A continuación, el apelante, volvió sobre las características del medio de control de repetición y el elemento subjetivo, así como su regulación en la Ley 678 de 2001.

Destacó que para determinar la responsabilidad del agente, es indispensable tener en cuenta los conceptos de buena y mala fe contenidos en la Constitución Política y en la Ley.

Aseveró que Rafael Antonio Pirajón Pérez no actuó con mala fe, al contrario, modernizó el municipio a través de la reestructuración que se apoyó en un estudio técnico avalado por el Departamento Administrativo de la Función Pública. Y que, el Decreto declarado nulo parcialmente, no fue falsamente motivado, proferido con desviación de la realidad o con ocultamiento de hechos.

Indicó que el demandado tampoco fue investigado penal o disciplinariamente como responsable a título de dolo. Que la causal 5º del artículo 5 de la Ley 678 de 2001, no es aplicable al caso objeto de estudio.

Y, concluyó que el demandado no incurrió en dolo o culpa grave.

Reiteró que no se desconoció derecho alguno y que, en contraste, el entonces Alcalde acudió a las facultades legales y constitucionales. Asimismo, recordó que la Corte Constitucional en la sentencia C-095 de 1996 consideró que la carrera administrativa otorga a los empleados escalafonados una estabilidad en el empleo, pero no, una permanencia indefinida.

Frente al argumento según el cual, no se creó cargo alguno sino que se le cambió el nombre, el apelante insistió en la comparación entre el perfil de Julio César Amézquita y Olga Cely Higuera, y en la imposibilidad de vincular a esta última en la planta de personal del Municipio.

Por último, formuló las siguientes preguntas:

“Para el caso de la señora CELY HIGUERA, el Alcalde RAFAEL ANTONIO PIRAJÓN debió incorporarla en el cargo de técnico administrativo, no teniendo los estudios de técnico o no reuniendo los requisitos?”

Que le hubiese pasado al Alcalde PIRAJÓN LÓPEZ al nombrar a una persona en un cargo de técnico sin que esta reuniera los requisitos, desconociendo el resultado del estudio de CORPODESARROLLO LTDA, para lo cual el Municipio contrató con recursos de éste?”

Podremos pensar que por acoger el estudio de Corpodesarrollo Ltda avalado por la Función Pública en el (Sic) RAFAEL ANTONIO PIRAJON, o por ello su conducta fue dolosa o gravemente culposa?”

El Alcalde PIRAJON LOPEZ estaba obligado a incorporar al cargo administrativo grado 16 de libre nombramiento y remoción y de confianza

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**
cuando la señora CELY HIGUERA había ostentado el estatus de carrera administrativa y no reunía requisitos de profesional iguales o similares de la doctora MYRIAM SAENZ BECERRA PROFESIONAL DEL DERECHO?

El estudio técnico de CORPODESARROLLO LTDA, según sus cargas de trabajo no podría crear cargos técnicos como el que se creó y fue ocupado por un técnico Ingeniero de sistemas?" (fl. 322 a 323)

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

4.1. Admisión del Recurso de apelación

Mediante auto de 5 de junio de 2017 (fl. 332 Bis), éste Despacho, por ser procedente y presentada oportunamente, resolvió admitir la alzada.

4.2 Traslado alegatos de conclusión

En firme el auto que admitió el recurso de apelación, sin que se hubiese presentado solicitud alguna, más allá del reconocimiento de personería jurídica, mediante auto de 18 de julio de 2017, se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de acuerdo con el artículo 247 del CPACA; y en consecuencia, se requirió la presentación de alegatos de conclusión por las partes dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de la decisión (fl. 345).

4.3. Alegatos de conclusión

4.3.1 Municipio de Duitama: No se pronunció.

4.3.2. Demandado: No se pronunció

4.3.3. Ministerio Público (fl. 362 a 368): El señor Procurador 122 Judicial Delegado ante este Tribunal, en su concepto de fondo opina que se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

Contrajo el problema jurídico a determinar si se encuentran probados los elementos objetivos y subjetivos que configuran la acción de repetición y, en consecuencia, si es posible mantener incólume la sentencia de primera instancia, o la ausencia de alguno de estos, haría procedente las súplicas de la alzada.

En primer lugar, se refirió a la naturaleza y objeto del medio de control de repetición, y dijo que está conformado por dos elementos, uno de carácter objetivo como i) la existencia de una condena judicial a cargo de una entidad pública, o la obligación de

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o cualquier otra forma de terminación de un conflicto, y ii) el pago de la condena a cargo del Estado. En su criterio, en este caso, estos requisitos se encuentran satisfechos.

El otro elemento, es de carácter subjetivo y se refiere, según se lee en el escrito, a la conducta dolosa o gravemente culposa del agente o ex agente del Estado. Que en el *sub-lite*, éste se puede establecer de la siguiente forma:

- ✓ Si bien es cierto que el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho y el de repetición tienen una naturaleza y teleología disímil, también es igual de cierto que en los fundamentos de la ilegalidad judicial declarada respecto del Decreto 580 de 2006, subyacen elementos que permiten verificar el inexcusable desapego a la normatividad vigente por parte del demandado al omitir conscientemente la reincorporación de la señora Cely Higuera, existiendo todos los presupuestos fácticos y jurídicos para hacerlo.
- ✓ Se puede advertir del plexo probatorio que yace en el expediente, que el cargo que venía desempeñando la señora Cely Higuera bajo las funciones establecidas en el Decreto 067 de 1999 no cambiaron en el Manual de Funciones expedido por el demandado mediante el Decreto 579 de 2006. Según su dicho, lo único que fue modificado fue la naturaleza y nomenclatura del cargo al pasar del nivel administrativo al técnico operativo 314 04.
- ✓ Los argumentos de modernización y mejoramiento del servicio, esgrimidos por el recurrente como justificante del actuar del demandado no se constituyen como cláusulas exceptivas al derecho que tienen los empleados públicos (Ley 909 de 2004) a optar con criterio preferente a la reincorporación a la planta administrativa de las entidades cuando éstas han sido objeto de reestructuración.

Agregó que el aval que otorgó el Departamento Administrativo de la Función Pública fue el marco general y objetivo del proceso de reestructuración administrativa adelantado por el Municipio de Duitama en el año 2006, pero este no se extendió a los actos *ex post* que materializaron el proceso. Que por lo anterior, no es de recibo el argumento del apelante.

V. CONSIDERACIONES

Decide la Sala la apelación presentada por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Tunja, el 23 de marzo de 2017.

Los aspectos que motivan la alzada se contraen, en síntesis, a los siguientes argumentos:

- No se probó que Rafael Antonio Pirajón López incurrió en culpa grave o dolo al expedir el Decreto 580 de 2006.
- En la sentencia apelada i) no se realizó un análisis subjetivo de la conducta; ii) no se atendió lo expuesto en los alegatos de conclusión presentados en primera instancia; iii) ni se tuvo en cuenta la autonomía de juzgamiento en el medio de control de repetición respecto de la decisión judicial que originó la condena a cargo de Estado.
- Julio Cesar Amézquita tenía mejor derecho que Olga Marina Cely por ser profesional en sistemas.

5.1. Del medio de control de repetición y de la autonomía de juzgamiento

La repetición es el medio de control de carácter constitucional, por el cual la administración obtiene de sus agentes o de quienes fungieron como tales, el reintegro de las indemnizaciones que ha debido reconocer a los particulares como consecuencia de una condena judicial, conciliación o transacción por los daños antijurídicos causados con su conducta dolosa o gravemente culposa.

Cuando se trata recuperar lo pagado en virtud de una condena judicial, debe indicar la Sala que el juicio realizado al interior de un proceso que por repetición se adelanta contra un servidor o ex servidor público, **parte de la noción de autonomía del juzgamiento en relación con el proceso primigenio del cual se derivó la condena**; es decir, el análisis del juez de repetición está circunscrito a las características propias que definen el debate procesal en este tipo de control judicial, lo cual lo desliga de las valoraciones y conclusiones que, de acuerdo a la realidad procesal tenida para ese momento, fueron realizadas y adoptadas por el juzgador de la demanda inicial.

En términos más claros, el análisis jurídico en instancia de repetición se nutre de la situación fáctica y probatoria que en razón del planteamiento del litigio propuesto por las partes, se da al interior de la controversia retributiva, por ello su decisión no se gobierna por las razones que llevaron al resultado desfavorable a la entidad pública que ahora demanda; entonces, el juez de repetición no puede sustentar su tesis realizando valoraciones que, de forma directa o indirecta, coloquen en entre dicho lo

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

sentenciado en el proceso de condena, pues de darse esto, se estaría levantando la cosa juzgada que ampara toda decisión judicial debidamente ejecutoriada.

En efecto, de forma pacífica ha considerado la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo que “el criterio que tiene el juez contencioso administrativo en el fallo de responsabilidad patrimonial del Estado no vincula al juez de la repetición², ya que en esta última no se trata de evaluar la responsabilidad del Estado sino únicamente la conducta del agente”³.

De manera que la sentencia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, constituye prueba de la condena judicial **pero no de la culpa grave o dolo del agente o ex agente del Estado.**

Entonces, al Juez de la repetición, con fundamento en los medios de prueba allegados de forma oportuna al proceso, tiene la obligación de analizar si hay lugar a la condena del Estado.

5.2. Del elemento subjetivo en el medio de control de repetición

El dolo y la culpa grave son los elementos subjetivos de la acción de repetición, y constituyen un reproche sobre la conducta ajena al derecho que causa un daño antijurídico.

La Sección Tercera, Subsección B, con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo, proceso Radicado N° 11001-03-26-000-2003-00036-01(25360), en providencia del 30 de abril de 2014, precisó:

“La culpa grave o el dolo exigen una manifestación de reproche sobre la conducta del sujeto y excluyen la corrección sobre los deberes de conducta impuestos por el ordenamiento, en tanto implican un comportamiento no solo ajeno al derecho, sino dirigido a causar daño o cuando menos producto de una negligencia que excluye toda justificación. Se exige, entonces, adelantar un juicio especial de la conducta que no solo demuestre descuido sino negligencia en el manejo de los asuntos ajenos que no admite comparación, ni siquiera con la que emplean las personas de poca prudencia en los asuntos propios. Se concluye, entonces, que no cualquier conducta, así fuere errada, compromete la responsabilidad de los servidores públicos. (...). La doctrina sobre el particular ha sostenido⁴:

“El concepto de culpa hace referencia a un estándar genérico y flexible de la persona prudente y diligente. La determinación de la

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, rad. 29222, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, C.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia de 29 de agosto de 2016. Radicación N° 41001-23-31-000-2003-00822-01(45544). Actor: Municipio de Gigante-Huila. Demandado: Miguel Ángel Rodríguez Amaya

⁴ Enrique Barros Bourie. Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile 2009.

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

regla de conducta que habría observado esa persona en las circunstancias del caso es una tarea judicial por excelencia. Sin embargo, esos deberes pueden estar también tipificados por la ley (como característicamente ocurre con el tráfico vehicular) o pueden estar establecidos convencionalmente por reglas sociales, formales o informales. A falta de la ley o de usos normativos, el juez no tiene otro camino que discernir cómo se habría comportado una persona prudente en las mismas circunstancias. (...) (Resaltado fuera de texto).

En oportunidad anterior, la Subsección C, con ponencia del Consejero Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en sentencia del 26 de febrero de 2014, expediente 25000-23-26-000-2011-00478-01(48384), precisó:

*“...El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición⁵ y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77⁶ y 78⁷ del C. C. A.. Así, dijo⁸ que, para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que **debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.***

Es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política⁹ y en la ley.

*Es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; **por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.***

*Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la **conducta dolosa o gravemente culposa** de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que **no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial** ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública.” (Resaltado fuera de texto).*

⁵ Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994, expediente: 8483; 21 de octubre de 1994, expediente: 9618; 12 de abril de 2002, expediente: 13922; 5 de diciembre de 2005, expediente: 23218.

⁶ Sentencia C - 100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001.

⁷ Sentencia C - 430 que dictó la Corte Constitucional el 12 de abril de 2000.

⁸ Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865.

⁹ El artículo 83 Constitucional reza: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas” BD.

Así las cosas, la jurisprudencia estructuró los conceptos de dolo y culpa grave a partir del artículo 63 del Código Civil¹⁰, el cual señala respecto a la segunda -culpa grave-, que se constata cuando los negocios ajenos no son manejados, **siquiera, con aquella diligencia que una persona negligente o de poca prudencia** suele emplear en los suyos, esto es, aquel descuido o desidia inconcebible, que sin implicar intención alguna de inferir un daño, lo produce.

En efecto, hay culpa grave cuando la conducta dañina sin ser intencional es consecuencia de la infracción al deber objetivo de cuidado. Ha sido considerada tradicionalmente¹¹ como aquella actuación no deliberada del sujeto que en forma especialmente grosera, negligente, imprudente, o que de manera descuidada y sin la prudencia ni atención requerida deja de cumplir u omite el deber funcional que le es exigible.

De tal modo que esa modalidad de conducta errática obedece a la ligereza e incuria del agente en el ejercicio de sus funciones, que termina por ocasionar un daño antijurídico y que necesariamente debe ser reparado por el Estado.

En cuanto al dolo, prescribe que se configura cuando la persona incurre en la acción u omisión, con el ánimo consciente de inferir daño a otro o a sus bienes. Al respecto la Corte Constitucional ha expuesto:

“Siendo ello así, si por su propia decisión el servidor público opta por actuar en forma abiertamente contraria al ordenamiento jurídico, con la intención positiva de inferir daño a la persona o a la propiedad de alguien, o en atropello y desconocimiento deliberado de sus derechos fundamentales, o incurre en un error de conducta en que no habría incurrido otra persona en el ejercicio de ese cargo, resulta evidente que no desempeña sus funciones de conformidad con la Carta, y en cambio, sí lo hace contrariándola, o quebrantando la ley o el reglamento y en todo caso en

¹⁰ Art. 63, Código Civil. “La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

“Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

“El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

“Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.”
(Resalta la Sala)

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación N° 25000-23-26-000-2001-02841-01(30226). Providencia del 26 de mayo de 2010.

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

*perjuicio de los intereses de la comunidad o de sus asociados, y no al servicio sino en perjuicio del Estado.*¹² (Resaltado fuera de texto).

Ahora bien, con la expedición de la Ley 678 de 2001, "Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.", se estableció un régimen de presunción de los elementos subjetivos estudiados, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 5º. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

- 1. Obrar con desviación de poder.*
- 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.*
- 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.*
- 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.*
- 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.*

ARTÍCULO 6º. Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

- 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.*
- 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.*
- 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.*
- 4. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal." (Resaltado fuera de texto original)*

¹² Sentencia C-484 de junio 25 de 2002.

Las presunciones son medios probatorios indirectos instituidos por el legislador con la finalidad equilibrar las cargas en el acceso a las pruebas, y en virtud de las cuales, se deduce de lo conocido lo desconocido mediante la realización de un juicio lógico. De acuerdo con lo anterior, **quien se beneficia con una presunción únicamente debe probar los hechos en que fundamenta la consecuencia que reclama.**

La palabra con la que se identifica esta figura jurídica proviene del vocablo latino "praesumere" y fue definido por la doctrina como "tomar antes, porque la presunción toma o tiene por cierto un hecho, un derecho o una voluntad, antes de que la voluntad, el derecho o el hecho se prueben"¹³; se trata pues, de un concepto con alcance eminentemente probatorio. El artículo 66 del Código Civil lo define y clasifica de la siguiente manera:

"Artículo 66. Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias." Resaltado fuera de texto.

La citada norma establece dos clases de presunciones, las **iuris tantum** o **legales**, que permiten prueba en contrario, y las **iris et de iure** o **de derecho**, que no admiten prueba en contrario. Las primeras hacen relación a aquellos hechos, que por disposición expresa de la ley, deben tenerse como ciertos cuando se demuestren determinadas circunstancias; mientras que las segundas, son de pleno derecho pues se sabe, que de ser cierto el supuesto de hecho en que se basan, siempre va a resultar la misma consecuencia.

Los artículos que contemplan las causales de presunción de dolo y culpa grave en la ley que reglamenta la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, son **legales** o **iuris tantum** ya que reconocieron la existencia de situaciones lógicamente posibles, que de ser probadas permiten inferir el resultado jurídico, esto es, el dolo o culpa grave en el obrar del agente.

¹³ La Corte Constitucional en sentencia C-595 de 2010, al estudiar sobre las presunciones, citó al doctrinante Mamiel González Velásquez -Práctico de la Prueba Civil, Librería Jurídica Ltda., Bogotá, 1951, Pág. 280.-, para definir el origen latino de la palabra.

De forma reciente, la Subsección "C" de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en sentencia proferida el **19 de julio de 2017** en el proceso radicado bajo el N° 85001-23-31-001-2012-00279-01(51082) promovido por la Policía Nacional contra el señor Jorge Enrique Ariza Muñoz, expuso:

"(...)

*El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición¹⁴ y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de constitucionalidad de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, en donde señaló que las presunciones allí contenidas **no son un juicio anticipado que desconozca el principio de presunción de inocencia, sino simplemente se trata "de un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador", "por ello, la presunción constituye un medio indirecto y crítico para alcanzar la verdad, ya que se trata de un criterio que la ley o el juez se forma sobre la certeza de un hecho por su lógica conexión con otro hecho diferente y conocido como cierto"**¹⁵.*

Por otra parte, el alto Tribunal también señaló que lo que pretenden las presunciones es corregir la desigualdad material que llegase a existir entre las partes frente a la prueba, para de esta manera proteger a quien se encuentre en una posición de indefensión respecto de la otra; de manera que, las presunciones contenidas en los citados artículos no implican el desconocimiento del debido proceso de los servidores o ex servidores del Estado, ni mucho menos el quebrantamiento del principio de igualdad¹⁶.

Es por esto que, al ser la acción de repetición de naturaleza patrimonial se circunscribe al derecho civil, lo que significa que pueden existir presunciones como las consagradas en la Ley 678 de 2001, a diferencia de lo relacionado con lo penal que es de carácter personal, circunstancia que impide la existencia de presunciones¹⁷.

(...)

Conforme con lo anterior, la presunción reviste un carácter probatorio, invirtiéndose la carga de la prueba al demandado, el cual deberá probar la inexistencia del hecho o de las circunstancias de las cuales se infiere la presunción para liberar su responsabilidad patrimonial. Como lo ha dicho la Corte, las presunciones persiguen finalidades constitucionalmente valiosas, al facilitar el ejercicio del medio de control de repetición que es de naturaleza civil; en los casos en que el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en las conductas dolosas o gravemente culposas de sus agentes, lo que permite garantizar la integridad del patrimonio

¹⁴ Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 30 de julio de 2015, Exp: 32.174; 27 de agosto de 2015, Exp.: 48016; 8 de julio de 2016, Exp: 41.970; 9 de septiembre de 2016, Exp: 44.845.

¹⁵ Corte constitucional. Sentencia C- 374 de 2002.

¹⁶ "(...) Por lo anterior, cree la Corte que de no haber apelado el legislador a la figura de las presunciones de dolo y culpa grave que consagran las normas acusadas, realmente muy difícil sería la tarea de adelantar con éxito un proceso de repetición contra el agente estatal que con su conducta dolosa o gravemente culposa ha dado lugar a una condena de reparación patrimonial en contra del Estado, y también se harían nugatorios los propósitos trazados por el legislador con la expedición de la Ley 678 de 2001, de promover la efectividad de los principios constitucionales de la moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función pública". Sentencia C- 374 de 2002

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 455 de 2002.

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**
público, la moralidad y eficacia de la función pública (arts. 123 y 209 de la C.P.)” (Negrilla fuera de texto original)

En el mismo sentido, la Subsección “C”, con ponencia del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, dentro del proceso radicado bajo el número 110010326000201300108'00 (48016) promovido por la Contraloría General de la República contra el señor Julio César Turbay Quintero, en sentencia de **27 de Agosto de 2015**, puntualizó:

“Ahora bien, consultados sus antecedentes legislativos para determinar la historia fidedigna de su establecimiento, al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 del Código Civil (voluntas legislatoris), se tiene que el establecimiento de estas “presunciones legales” tenía por objeto tornar eficaz este medio de control.

En efecto, en la ponencia para primer debate en el Senado, se puso de presente que lo que persigue esta medida es que:

“(…) el legislador debe facilitar el debate probatorio para no hacer de la acción de repetición una misión imposible. Señalar causales de presunción de dolo y la culpa grave resulta conveniente y necesario, puesto que en el proceso de repetición sólo deberá probarse el supuesto de hecho en que se funda la presunción, con el objeto de invertir la carga de la prueba para hacer de la acción una herramienta efectiva y eficaz. En otras palabras, resultará suficiente para la parte demandante demostrar una de las causales que se señalan para presumir que el funcionario actuó con dolo o culpa y, por consiguiente, a la parte demandada demostrar que el supuesto de hecho que se alega no se configuró”¹⁸.

De modo que en estos casos por tratarse de una presunción legal, esto es, que admite prueba en contrario, la parte demandada tiene abierta la posibilidad para oponerse y acreditar, en esta sede judicial, o bien la inexistencia del hecho que se presume, o de las circunstancias en que se configuró.

(…)

De manera que, según la posición esbozada en esta providencia los supuestos contenidos en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos, ya que no describen un antecedente a partir del cual se infiera o se presuma el dolo o la culpa grave, sino que están definiendo que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciados se presume que el proceder del agente fue doloso o gravemente culposo.

En tal virtud, cuando el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en alguna de las hipótesis consignadas en los artículos 5° y 6° de la Ley 678, el legislador previó una serie de “presunciones legales” como mecanismos procesales enderezados a tornar efectiva la acción de repetición prevista en la Constitución. Ahora, su previsión legal no constituye una imputación automática de culpabilidad en cabeza del agente contra el cual se dirige la acción de repetición, ya que si este puede aducir medios de convicción en contrario, ello supone que para efectos de la acción de repetición el juez –en estos casos– está

¹⁸ Congreso de la República, Gaceta del Congreso n.º 14 del 10 de febrero de 2000, p. 16

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

autorizado y es su obligación realizar una nueva evaluación de la conducta del agente.

En tal virtud, el hecho de que el legislador suponga en estos eventos la responsabilidad civil del agente estatal, ello no impide que esta presunción pueda ser destruida con la presentación de pruebas de descargo que desvirtúen las presunciones de la ley.

(...)” (Resaltado fuera del texto original)

La Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad de las presunciones que preceptúan los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, en la sentencia C- 374 de 2002, precisó:

*“Según la citada disposición legal (artículo 66 del C.C.), los hechos antecedentes en que se apoya una presunción legal se **deben demostrar y sólo probándolos la presunción opera a favor del que la tiene**, a menos que la otra parte demuestre lo contrario. Es decir, que quien se halla favorecido con una presunción legal tiene la carga de probar únicamente los supuestos de la misma, o sea aquellos hechos que siendo ciertos hacen creíble el otro hecho del cual se deduce. Es claro, entonces, que la dispensa de la carga de la prueba para el favorecido con una presunción es apenas parcial ya que solamente opera respecto del hecho deducido.*

El que la ley permita probar en contrario lo que se deduce de una presunción o, lo que es lo mismo, la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los hechos o circunstancias de que lo infiere la ley, obedece a que las presunciones se fundamentan en probabilidades que en su condición de tales no excluyen la posibilidad de error. Luego, dada esa posibilidad de equivocación, es apenas natural que la deducción sea siempre desvirtuable por prueba en contrario. De esta forma se garantiza el derecho de defensa de la persona contra quien opera la presunción. (...)” (Resaltado de la Sala).

De tal manera que cuando en la demanda se acude a las presunciones citadas (Arts. 5 o 6 Ley 678 de 2001), no es aplicable el principio procesal contemplado el artículo 167 del CGP, según el cual, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico, que ellas persiguen”, pues como se precisó, basta que se indique de forma clara la conducta que se presume dolosa o gravemente culposa, consagrada en la norma y se pruebe el supuesto de hecho, para que le corresponda a la otra parte demostrar lo contrario.

Entonces, esta presunción trae aparejada la consecuencia para el demandado consistente en desvirtuar su responsabilidad, es decir, lo ubica en una situación que comporta una conducta facultativa tendiente a acreditar que no actuó con dolo o culpa grave; y en caso de no asumir con dinamismo su defensa, la falta de elementos de convicción sobre su obrar conforme a derecho, generaría resultados desfavorables, como una condena patrimonial.

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

Lo anterior, en consideración a los principios inspiradores del Estado Social de Derecho, que exigen proteger especialmente el derecho de audiencia y contradicción de quien ha sido involucrado en un juicio como generador de un perjuicio, para que pueda demostrar que su actuar no fue doloso o gravemente culposo.

Por lo expuesto, ha considerado la jurisprudencia¹⁹, que para que el Estado pueda beneficiarse de las presunciones establecidas en materia de repetición, **tiene la carga de precisar en la demanda, de manera clara y sin lugar a divagaciones, la modalidad de conducta que imputa, es decir si es dolosa o gravemente culposa, y cuál es la presunción enlistada en los numerales de los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001 de la que se va a beneficiar**, dejando sentado en el libelo demandatorio la causa de la presunción.

De suerte que el convocado al juicio desde el mismo momento en que se notifica de la demanda, tenga conocimiento de los motivos por los cuales le endilgan una responsabilidad con consecuencias patrimoniales y de esta forma, en condiciones de igualdad, goce de la facultad de estructurar su defensa y la contradicción de los fundamentos fácticos y jurídicos que se aduzcan en su contra.

La Corte Constitucional de forma reiterada²⁰ ha considerado que el contenido del derecho fundamental al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política comprende la garantía de la defensa, entendida como la oportunidad, otorgada a las partes, de emplear todos los medios legítimos para ser oídas, preparar la contradicción y probar su dicho con la finalidad de evitar que se produzcan decisiones en su contra.

El derecho del demandado de tener **conocimiento sobre la modalidad de conducta que se le imputa y la causal de presunción legal que alegan en su contra, no es más que la manifestación del referido derecho constitucional**, que exige que desde la presentación de la demanda se expongan los argumentos de hecho y de derecho que identifique la controversia, de modo que el juez pueda tomar una decisión de conformidad.

¹⁹ Ver entre otras:

- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección "C". C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia 27 de agosto de 2015. Radicación: 110010326000201300108 00 (48016). Actor: NACIÓN – CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Demandado: JULIO CÉSAR TURBAY QUINTERO.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección "B". C.P. Stella Conto del Castillo Díaz. Sentencia 30 de julio de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00072-00(32174). Actor: DISTRITO CAPITAL - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACION DISTRICTAL. Demandado: MARIA CAROLINA BARCO Y OTRO

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-980 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Expediente D-8104

Queda claro entonces, que respecto a la prueba de la modalidad de la conducta, el actor tiene dos vías: la primera, **acudir a las presunciones previstas en la Ley 678 de 2001**, siempre y cuando precise en la demanda, de cuál de las causas contempladas en los numerales 5° o 6° se va a beneficiar, dirigiendo su actividad probatoria a la acreditación del supuesto de hecho en el que se funda. Lo anterior, como ya se dijo, en atención a que el ordenamiento jurídico asigna al demandante cargas para el ejercicio de esta ventaja probatoria.

Si esto se omite, **el actor deberá probar el dolo o la culpa grave del agente, evento en el cual, la carga de la prueba se invierte**, y en consecuencia, al demandado no le corresponde realizar ninguna actividad de desacreditación ya que quien promueve la acción debe generar un convencimiento en el juzgador, consistente en que el demandado, intencional o desprevenidamente, desatendió de forma grosera sus deberes objetivos de cuidado generando un daño antijurídico.

5.3. Caso en concreto

Revisados los argumentos jurídicos de la demanda, se advierte que ella no recurre a las presunciones establecidas por el legislador, en tanto allí se solicitó, de forma indistinta, que se declarara que el demandado obró bajo la modalidad de culpa grave y/o dolo (fl. 14). En efecto, **en la sentencia de primera instancia, si bien, el a-quo citó la Ley 678 de 2001, no acudió a las presunciones ni invirtió la carga de la prueba.**

Comoquiera que el demandado afirmó en el recurso de apelación que al expedir el acto administrativo declarado nulo parcialmente, no actuó con dolo o culpa grave, a continuación, se estudiarán cada uno de los medios de convicción que obran en el expediente para desatar la alzada.

5.3.1. De las pruebas

Obran en el plenario las siguientes pruebas documentales:

- Sentencia de primera instancia proferida el 12 de julio de 2011 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo en el proceso N° 15693 31 33 0101 2007 00089 01 (fl. 22 a 60).
- Sentencia de segunda instancia proferida el 28 de febrero de 2013 por el Tribunal Administrativo de Boyacá Sala N° 10 de Decisión de Descongestión (fl. 63 a 96).

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

- Copia del estudio de reestructuración de la planta de personal del Municipio de Duitama en **cinco (5) anexos**.
- Copia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho N° 15693 31 33 0101 2007 00089 01 promovido por Olga Marina Cely Higuera en **dos (2) cuadernos y tres (3) anexos**.

Respecto de esta última prueba, es decir, proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 2007-0089, encuentra la Sala que fue incorporada al proceso como "documental" según se escucha entre los minutos 00:04:06 a 00:04:20 del registro magnético que obra a folio 272.

Así entonces, se trasladaron las pruebas documentales que obraban en el proceso que culminó con la condena judicial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 174 del CGP. Es decir que, los medios de convicción trasladados **que no tengan carácter documental**, no pueden ser objeto de valoración y, por el contrario, **las documentales lo serán sin limitación**, dado que, se insiste, así fue decretada y al momento de su incorporación las partes guardaron silencio (Minutos 00:04:20 y siguientes CD. fl. 272).

Cabe precisar acá que cuando se decreta la prueba, es indispensable indicar con toda precisión la **prueba a trasladar**, ello impone la sana lógica pues según el tipo de prueba, habrá de efectuarse su **contradicción**.

A título de ejemplo obsérvese que el artículo 222 del CGP, señala de forma clara que podrán **ratificarse** en un proceso declaraciones de testigos rendida en **otros sin la intervención de la parte contra quien se aduzcan** e indica en el inciso 2° la forma como ello debe realizarse. Entonces, si la prueba que se pide trasladar es testimonial así ha de indicarse, so pena de que ellos puedan ser valorados sin limitación.

Como en este caso, se insiste, sólo se trasladó para valoración **la documental que apareciera en el proceso primigenio**, la Sala se limitará a ello.

Analizadas las pruebas en su conjunto, bajo las reglas de la sana crítica, se concluye que Rafael Antonio Pirajón sin la intervención de otro funcionario y en su calidad de Alcalde Municipal de Duitama, mediante Decreto 580 de 31 de octubre de 2006, resolvió **no** incorporar a la nueva planta de personal a la señora **Olga Marina Cely Higuera** (fl. 109 a 111 exp. Nulidad y Restablecimiento del Derecho).

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

Esta decisión administrativa, fue declarada nula parcialmente mediante sentencia proferida el 12 de julio de 2011 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, con fundamento en lo siguiente:

*“Habiendo quedado establecido que las funciones del empleo de Auxiliar Administrativo Código 550 grado 10 subsistieron en la nueva planta de personal pero asignadas al empleo de **Técnico Operativo Código 314 grado 04**, conviene analizar si quienes fueron en estos cuatro empleos tenían mejor derecho que Olga Marina Cely Higuera. Al respecto, cumple precisar que de acuerdo con lo demostrado en el expediente, el Municipio de Duitama, mediante Decreto 580 del 31 de octubre de 2006 incorporó en los aludidos empleos (4), de una parte, a tres funcionarios que ostentaban derechos de carrera y venían desempeñándose en cargos técnicos unidades especializadas, como son la de Desarrollo Territorial y Control Físico, la Unidad Técnica y Unidad de Sistemas y Estadística; y de otra parte, a un funcionario que en la anterior planta de personal **había sido vinculado en provisionalidad** a un cargo de la Secretaría de Educación, sin que haya quedado en el plenario cuál área o dependencia fueron incorporados cada uno de éstos servidores; dicho en otras palabras, se desconoce si alguno de los funcionarios fue incorporado en el empleo que recogió las funciones que venía ejecutando la demandante, por tratarse de una planta global.*

*Lo que sí está claro para el Despacho, es que, de un lado, ninguno de los cargos que desempeñaban los funcionarios incorporados tenía asignadas funciones compatibles con las del área de talento humano, lo cual se infiere a partir de la naturaleza misma de las Unidades a donde estaban adscritos dichos cargos, lo que supone unos perfiles más técnicos que el requerido para las competencias laborales del empleo al que se asignaron las funciones de personal; y de otro lado, que uno de los incorporados como Técnico Operativo Código 314 grado 04 - **Julio César Amézquita Infante**-, quien tenía inferior derecho por venir ejerciendo el cargo anterior **en provisionalidad**, desplazó a la demandante, quien sin duda tenía un mejor derecho por estar en carrera y a quien efectivamente le resultaron violados sus derechos al no ser incorporada en el empleo creado para cumplir idénticas funciones a las que venía desempeñando en la anterior planta de personal, siendo preferida la persona que no estaba inscrita en el sistema de carrera administrativa. Además, sirve de respaldo a la anterior conclusión, el hecho de que para el cumplimiento de funciones tan especiales como la liquidación de aportes al sistema de seguridad social, elaboración de nóminas, control de situaciones administrativas, y liquidación de prestaciones sociales, se haya preferido a funcionarios que venían ejerciendo labores relacionadas con otras áreas más técnicas (desarrollo territorial, sistemas)²¹ (...)” (fl. 54 a 55).*

La sentencia traída en cita, fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 10 en Descongestión, el 28 de febrero de 2013 (fl. 63 a 96). Así las cosas, se encuentra **ejecutoriada**.

Por ello, aclarará la Sala que no está en discusión si el cargo de Auxiliar Administrativo Código 550 Grado 10 subsistió en la planta de personal con la denominación de Técnico Operativo Código 314 Grado 04 o si la señora Olga

²¹ “CFM: En presencia del cumplimiento de todos ellos por parte de varias personas, debía la entidad proceder a escoger aquella que le brindara la certeza de una mejor prestación del servicio público, en aras del interés general y del cumplimiento de sus objetivos.” Sentencia del 22 de junio de 2006; Radicación número: 05001-23-31-000-2000-00598-01(8510-05); consejero ponente: Alejandro Ordóñez”

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

Marina Cely Higuera tenía derecho a ser reincorporada, en tanto la situación ya fue definida en sede jurisdiccional, y ésta no es la oportunidad para revivir el debate relacionado con la legalidad del acto administrativo declarado nulo parcialmente en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho N° 2007-0089.

El objeto de la Litis, se centra en determinar si el señor Rafael Pirajón en su calidad de nominador del Municipio de Duitama, incurrió en culpa grave por violación manifiesta de la ley y la Constitución al omitir reincorporar a la señor Olga Marina Cely en el cargo de Técnico Operativo Código 314 Grado 04. En consecuencia, es indispensable el estudio de responsabilidad subjetiva del ex agente, de manera que la Sala determine si incurrió en una violación manifiesta de las normas que regulan la carrera administrativa.

Lo primero que se observa, es que para octubre de 2006 la señora Olga Marina Cely Higuera desempeñaba en el Municipio de Duitama el cargo de **Auxiliar Administrativo, Código 550 Grado 10 en carrera administrativa** (Fl. 144 anexo 2).

Este cargo era del nivel administrativo, encargado de realizar labores de sistematización, correspondencia, documentos y atender a quien solicitara información o servicios de oficina. Los requisitos básicos para desempeñarlo consistían en tener "Diploma de bachiller en cualquier modalidad o cuatro (4) años de educación básica secundaria y dos (2) años de experiencia"²².

En la anterior planta de personal, se contaba con tres (3) de estos cargos²³. Con el proceso de reestructuración administrativa, se suprimió uno, y se modificó el código y grado a 407 y 10²⁴, respectivamente. Entonces, en la nueva planta de personal quedaron dos cargos de auxiliar administrativo Código 407 Grado 10.

Su **propósito principal** se fijó en expedir certificaciones y constancias requeridas por el personal activo o inactivo²⁵, y como **requisitos**, diploma de bachiller en cualquier modalidad y un año de experiencia²⁶.

En tal virtud, la reincorporación de quienes ejercían el cargo homólogo, se realizó de acuerdo con los puntajes más altos obtenidos en la valoración de las hojas de vida realizada por la Sociedad Corpodesarrollo Ltda. (fl. 61 a 65 anexo I).

²² Folio 102 Proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 2007-0089

²³ Folio 26 vto. Anexo 5 del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 2007-0089

²⁴ Folio 679 Anexo 3 Antecedentes administrativos

²⁵ Folio 852 Anexo 4 Ibidem

²⁶ Folio 854 Ibidem

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

En efecto, fueron reincorporadas María Eugenia Sánchez Alfonso y Elsa Floralba Perilla Camargo, quienes obtuvieron en la valoración de los perfiles, puntajes más altos que Olga Marina Cely Higuera, así²⁷:

<i>Denominación del cargo</i>	<i>Nombre del funcionario</i>	<i>Puntaje</i>
<i>Auxiliar Administrativo Código 550 Grado 10</i>	<i>Perilla Camargo Elsa Floralba</i>	<i>72,5</i>
<i>Auxiliar Administrativo Código 550 Grado 10</i>	<i>Sánchez Alfonso María Eugenia</i>	<i>63,75</i>
<i>Auxiliar Administrativo Código 550 Grado 10</i>	<i>Cely Higuera Olga Marina</i>	<i>62,5</i>

Ahora bien, en virtud de la reestructuración, para el empleo de Técnico Operativo Código 314 Grado 4, se contempló el propósito principal de apoyar a las demás dependencias que componen la Administración Central²⁸. Y, como requisitos para su desempeño, título de formación técnica o tecnológica o terminación de estudios del ciclo profesional en arquitectura, ingeniería, administración de empresas y administración pública²⁹.

A este empleo fue vinculado Julio César Amézquita Infante, quien de acuerdo con su hoja de vida, es ingeniero de sistemas y se encontraba vinculado a la administración municipal de forma previa, en **provisionalidad**³⁰.

Si bien, el Estado fue condenado por no atender el derecho de preferencia y las normas de carrera en la vinculación de esta última persona en relación con la señora Cely, la Sala no advierte que la actuación del entonces nominador estuviera desprovista de justificación, incurriera en negligencia o en ignorancia supina, pues para la fecha en que se expidieron los actos administrativos declarados nulos, existía jurisprudencia que apoyaba la tesis del señor Pirajón, en el sentido que solamente hay equivalencia en el empleo cuando las **funciones y los requisitos del cargo fueran los mismos**.

Por citar un ejemplo, la Sección Segunda con ponencia de la Consejera doctora Ana Margarita Olaya Forero, en sentencia del 10 de febrero de 2005 en el proceso con radicación N° 25000-23-25-000-2000-04511-01(2893-03) promovido por Miryam

²⁷ Folio 64 Anexo 1. Antecedentes Administrativos

²⁸ Folio 833 Anexo 4. Ibidem

²⁹ Folio 835 Ibidem

³⁰ Folio 110 Anexo 2. Ibidem

Rondón Duarte contra la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, había considerado lo siguiente:

“Por ello la planta de personal de una entidad puede estipular cargos de igual denominación que no obstante serán diferentes empleos cuando el manual específico les asigne funciones, requisitos y/o responsabilidades distintas.

En consecuencia, la supresión del empleo puede resultar inexistente cuando subsisten en la planta de la entidad igual o superior número de cargos de la misma o distinta denominación, siempre que las funciones asignadas, los requisitos y la responsabilidad inherente a dichas funciones sea idéntica. Por el contrario, si el número de cargos se reduce en las mismas condiciones, ocurre una real supresión de empleos.

Cuando ocurre una supresión real de empleos por reducción del número de cargos, la entidad goza de facultad discrecional para decidir a quienes retira del servicio y a quienes conserva en la nueva planta de personal. Tal discrecionalidad se debe entender como la facultad para expedir los actos que niegan la incorporación sin motivación expresa. Sin embargo esa facultad no puede ser ejercida de forma arbitraria, porque debe adecuarse a los fines de las normas que la autorizan y debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa (artículo 36 del C.C.A.).” (Destacado fuera de texto original)

Al analizar las pruebas, se infiere que el entonces nominador consideró que no era posible reincorporar a la señora Olga Marina Cely Higuera, porque se presentó una supresión real del empleo Auxiliar Administrativo Código 550 Grado 10, y no cumplía con los requisitos para ser nombrada como Técnico Operativo Código 314 Grado 4, al contar solo con el título de bachiller académico.

Se trata de una diferencia interpretativa entre el nominador y el juez de la insubsistencia que además, se fundamentó en el objeto de la reestructuración administrativa, consistente en la profesionalización de la administración municipal.

Asimismo, la reducción de personal atendió un estudio técnico que contó con el concepto favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública³¹, y de forma lógica, implicaba la desvinculación de varios empleados públicos. En efecto, el literal l) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, contempló que el retiro del servicio de quienes desempeñan cargo en carrera administrativa, tiene como causa la supresión del empleo.

Entonces, contrario a lo concluido por el a-quo, no es posible inferir la violación manifiesta e inexcusable de una norma Constitucional o legal, pues insiste la Sala, la falta de incorporación atendió a un criterio **sustentado en los requisitos para el desempeño del cargo de Técnico Operativo, Código 314 Grado 04** y la

³¹ Folio 1. Anexo 1 Estudio de reestructuración administrativa.

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

formación académica acreditada por Olga Marina Cely, así como la supresión del empleo que desempeñaba.

Lo anterior, justifica el actuar del Alcalde Municipal y excluye la culpa grave.

La Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo, ha considerado que aun en los casos de error en la interpretación de las normas no es posible comprometer la responsabilidad del servidor público a menos que sea una conducta abiertamente imprudente o dirigida de forma intencional a causar un daño. Sobre el particular, la Subsección "B" de la Sección Tercera, con ponencia del Consejero doctor Danilo Rojas Betancourth, en sentencia de 30 de marzo de 2017 en el proceso radicado bajo el N° 4100 12331000 2006 00413 01 (42 603) promovido por el Municipio de Neiva contra Sixto Francisco Cerquera Rivera, dilucidó:

"De ahí que en sede de repetición la responsabilidad del agente sólo puede predicarse en la medida en que se compruebe su actuación dolosa o gravemente culposa, dado que esta acción no se estableció para sancionar a administradores deficientes, alejados de los ideales del servicio, "sino a quienes al margen de falencias fácilmente advertidas a posteriori, actuaron con intención de dañar o de manera desprovista de toda justificación o actuaron con negligencia lata"³².

Adicionalmente, la jurisprudencia ha precisado que el solo desconocimiento de una norma por parte de quien debe aplicarla no configura en sí mismo una culpa grave o dolo, en tanto existe un margen de error admisible:

Es claro que el sólo desconocimiento de la norma por el operador jurídico encargado de aplicarla a través de actos administrativos o el alejamiento de la realidad al adoptar una decisión en los mismos no implica de plano una responsabilidad a título de imputación de culpa grave o dolo, puesto que, en estos casos, existe un margen de error admisible en condiciones normales y más aún extraordinarias cuando se trata de la interpretación y ejecución de las normas jurídicas o de la percepción de la realidad atendiendo las circunstancias específicas del caso, toda vez que debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la función pública se trata de una labor humana, que implica la posibilidad de yerros en las actuaciones³³.

En tal virtud, el juez de la acción de repetición debe evaluar la conducta del agente público a la luz de las nociones de culpa grave o dolo para determinar si hay lugar a atribuirle responsabilidad, a través de un juicio de valor de su conducta. Se concluye, entonces, que no cualquier conducta, así fuere errada o ajena al derecho, compromete la responsabilidad de los servidores públicos, sino que se exige que ésta haya estado dirigida a causar daño o sea, cuando menos, producto de una negligencia que excluye toda justificación³⁴.
(Resaltado fuera de texto original).

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de febrero de 2013, exp. 23670, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, exp. 24593, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterada en la sentencia de 28 de febrero de 2013, exp. 24061, C.P. (E) Danilo Rojas Betancourth.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de febrero de 2013, exp. 23670, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

En este estado del estudio es imprescindible destacar que, en el sub lite, la sentencia condenatoria **se refiere únicamente a la ilegalidad del acto administrativo, sin que fuera objeto de análisis la modalidad de la conducta del aquí demandado** al expedir el Decreto N° 580 de 31 de octubre de 2006.

De ahí, que el solo hecho de la declaratoria de la nulidad parcial en sede judicial, no da lugar a deducir que se obró con culpa grave en su expedición, puesto que este calificativo de su conducta, debió ser probado por la parte demandante en este proceso, en el que se analiza la responsabilidad personal del demandado.

Lo mismo se dirá frente al dolo, pues no hay elementos de juicio para determinar si la conducta estuvo dirigida a causar de forma intencional, un daño.

La actividad probatoria del municipio exigía suficiencia, de tal forma que al juzgador no le quedara duda sobre la culpa grave o el dolo ex agente del Estado.

En relación con la importancia de la prueba en estos casos, la Subsección "A" de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 9 de marzo de 2016 con ponencia de la doctora Marta Nubia Velásquez Rico, expuso:

"Ahora bien, en el proceso se acreditó que los señores Dimas Rincón Parra y Ángel Humberto Rojas Cuesta, en sus condiciones de Presidente y Segundo Vicepresidente de la "Comisión de la Mesa del Concejo Distrital" profirieron la Resolución 0482 de diciembre 30 de 1993, por medio de la cual declararon insubsistente el nombramiento de la señora Blanca María Cortés Romero, quien ocupaba en el cargo de Trabajadora Social IX-B.

El referido acto administrativo, como ya se conoce, fue anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que la allí demandante estaba inscrita en la carrera administrativa y, por tanto, su retiro del servicio solo resultaba válido como consecuencia de una sanción disciplinaria, esto es, ante una destitución, previo procedimiento administrativo y a través de un acto administrativo motivado³⁵.

Dentro del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, bueno es precisarlo, no se analizó la conducta de los aquí demandados, por cuanto la definición del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se concentró en la normativa que le resultaba aplicable al caso de la señora Cortés Romero, a la prueba que existía en el expediente de que se encontraba inscrita en la carrera administrativa de la entidad y, por ende, a la estabilidad relativa que le asistía, para lo cual se requería de un procedimiento disciplinario que la destituyera del cargo, como justificación para desvincularla del Distrito.

Dentro de este proceso la parte actora no acreditó que los hoy demandados hubieren actuado con culpa grave o con dolo, pues pretendió derivar esas condiciones de lo expuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de las pruebas que obraron en el proceso inicial, las cuales, básicamente, se refieren a la hoja de vida y a la historia laboral de la demandante en ese primer proceso.

³⁵ Fls. 513 a 533 c 1.

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

sin que de ellas pueda determinarse en los demandados el presupuesto que aquí se analiza.

La Sala, frente a casos similares, ha considerado:

*“Ocurre que el aludido material probatorio que forma parte del proceso laboral administrativo que dio origen a la condena patrimonial en contra del Distrito Capital está integrado **principalmente por la información relacionada con la hoja de vida del señor Ricardo Alvaro Morales Barragán, documentación que en modo alguno se relaciona con la participación del demandado en los hechos que dieron lugar a la condena patrimonial en contra del ente ahora demandante.***

“Frente a los señalamientos hechos por la parte demandante y que apuntan a endilgarle responsabilidad al demandado porque éste se habría apartado de las normas que regulan el acceso y la permanencia en la carrera administrativa, se estima necesario precisar que aún acogiendo los argumentos expuestos dentro de la sentencia de segunda instancia que dictó el Consejo de Estado³⁶, de ella no es posible derivar una actuación constitutiva de culpa grave o de dolo de quien en su momento participó en la adopción la Resolución 1254 de 1989, por la sencilla pero suficiente razón de que en dicha decisión, la Sección Segunda del Consejo de Estado no analizó la actividad desplegada por el aquí demandado³⁷. (Se destaca).

La Subsección reitera que en estos procesos “[l]a Administración tiene siempre la carga de probar la conducta irregular (dolosa o culposa) del agente que ocasionó la condena y el agente público tiene la oportunidad de demostrar en el juicio de la acción de repetición que el acto no fue expedido con dolo o con culpa grave (...)”^{38, 39} (Subrayado fuera de texto original)

En efecto, la Sala no encontró probado el **elemento subjetivo para la prosperidad del medio de control de repetición**. En estos términos, se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se negarán las pretensiones de la demanda.

5.4. Del reconocimiento de personería

Nancy Yamile Córdoba Chinchilla, en su condición de Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio de Duitama y según poder general otorgado por el Alcalde Municipal mediante Escritura Pública N° 0.0024 de 14 de enero de 2016 (fl. 356 a 357), otorgó

³⁶ Original de la cita: “Cabe señalar que según la jurisprudencia reiterada de la Sala, “(...) la motivación de la sentencia judicial que imponga un condena patrimonial a cargo de una entidad pública y el pago de la misma **no son pruebas idóneas para establecer per se la responsabilidad del demandado en acción de repetición (...)**” (se destaca) - [Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 27.779, reiterada por esta Subsección en sentencia de marzo 27 de 2014, exp. 38.455, M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez”.

³⁷ Sentencia de 13 de agosto de 2014, exp. 28.494; M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón (E).

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de octubre de 2007, exp. 24.844; M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, reiterada en sentencia de 27 de marzo de 2014, exp. 38.455; M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, entre muchas otras providencias.

³⁹ Radicación número: 25000-23-26-000-2001-10291-01(41876). Actor: Distrito Capital de Bogotá. Demandado: Dimas Rincón Parra y otros.

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

poder especial a Nancy Helena López Carvajal para que represente los intereses del Municipio en este proceso (fl. 351).

Este mandato por reunir los requisitos de ley, será aceptado, y se reconocerá personería a la precitada profesional del derecho en los términos del memorial poder.

5.5. De las costas a cargo del Estado cuando resulte vencido en la acción de repetición

El medio de control de repetición se fundamenta en el interés público de la protección del patrimonio público del cual depende la realización de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho. Sobre el particular, el máximo órgano de cierre en materia constitucional en sentencia C-831 de 2001, precisó:

“Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política. Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública”.

Este medio procesal –repetición– se erige como el instrumento idóneo para garantizar los principios de moralidad administrativa y eficiencia de la función pública cuando el Estado ha incurrido en erogaciones que no se sustentan en la realización efectiva de sus fines sino en una conducta dolosa o gravemente culposa de un representante suyo que generó un daño antijurídico.

En consecuencia, como lo ha señalado la jurisprudencia⁴⁰, el medio de control de repetición tiene fines retributivos y preventivos, porque por una parte, busca regular la responsabilidad patrimonial y por otra, es el medio para disuadir a los agentes del Estado para que obren de forma diligente de acuerdo con los deberes que el cargo le impone y no ocasionen daño a las personas o a su patrimonio o vulneren sus derechos.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp. No. 52001-23-31-000-1998-00150-01(17482), C.P. Dra. Ruth Stella Corréa Palacio.

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 **2014 00386 01**

No hay lugar a vacilaciones sobre el interés público que fundamenta el medio de control de repetición y por ende, el juez al momento de definir el caso que se sometió a su conocimiento, debe aplicar la excepción a la regla general contemplada en el artículo 188 del CPACA y no condenar en costas al Estado cuando sea vencido en juicio.

Por lo expuesto, no se condenará en costas al Municipio de Duitama.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 23 de marzo de 2017, por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja en el proceso iniciado por el Municipio de Duitama contra Rafael Antonio Pirajón López. En su lugar se dispone:

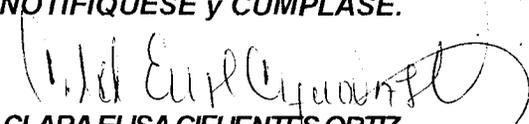
SEGUNDO. Negar las pretensiones de la demanda de repetición presentada por el Municipio de Duitama contra Rafael Antonio Pirajón López, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

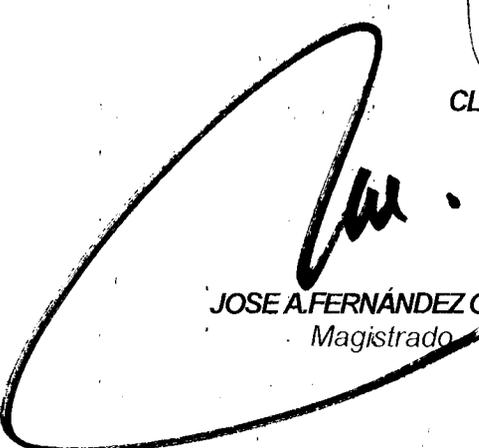
TERCERO. No condenar en costas a la entidad demandante.

CUARTO. Se reconoce personería judicial a la abogada Nancy Helena López Carvajal, identificada con cédula de ciudadanía N° 46.458.191 de Duitama y Tarjeta Profesional N° 158.320 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos del memorial poder visible a folio 351.

QUINTO. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE.


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada


JOSE A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Medio de control: Repetición
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: Rafael Antonio Pirajón López
Expediente: 15238 3333 001 2014 00386 01



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Cortés

Tunja, febrero ocho (8) de dos mil dieciocho (2018)

Expediente: **15238 3333 001 2015 00034 01**

Demandante: **Sandra Milena Viasus Becerra y José Olver Mendivelso**

Demandado: **Municipio de Duitama y otros**

Medio de control: **Protección de los derechos e intereses colectivos**

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la Asociación de suscriptores del acueducto de San Antonio Norte (fls. 577-579), al cual se adhirió la parte actora¹ (fls. 594-602) y el Municipio de Duitama (fls. 580-583) contra la sentencia del 4 de septiembre de 2017 (fls. 558-569), proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se resolvió proteger los derechos colectivos a la seguridad y salubridad pública y el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda (fls. 1-11). Los actores interpusieron el presente medio de control en contra del Municipio de Duitama y la Empresa prestadora del servicio público de agua y alcantarillado de Duitama - Empoduitama, con el propósito de que se ordenara a las entidades accionadas la realización inmediata “de todas y cada de las acciones y actos administrativos necesarios para suministrar el servicio de agua potable, mediante la implementación de (un) acueducto”.

Así las cosas, los actores señalaron, en su escrito de demanda, que la comunidad del sector ‘El Rosal’, perteneciente a la vereda ‘Tocogua’, ubicada en el área rural del Municipio de Duitama carecen del servicio público de agua potable esencial pese a que, de manera formal, ellos habían constituido y registrado un acueducto veredal denominado “acueducto comunitario el progreso vereda el Rosal y San Luis Alto del municipio de Duitama departamento de Boyacá”. Sin perjuicio de lo anterior, narran los actores que, en realidad, la comunidad presuntamente afectada no cuenta con la

¹ En los términos del parágrafo del artículo 322 del CGP.

“concesión de recurso hídrico alguno (...) ya que en el sector la comunidad no cuenta con ninguna cuenta o fuente hídrica” y, por tanto, el acueducto veredal en mención sólo administra el suministro de agua no potable proveniente de un pozo subterráneo (propiedad de Empoduitama). En tal sentido, indican los actores que sus derechos e intereses colectivos son vulnerados puesto que no sólo el agua suministrada no es potable, sino que también el abastecimiento de la misma es insuficiente dado que apenas “se realiza un día a la semana por espacio de cuatro horas”.

Por lo anterior, después de describir una serie de gestiones que líderes comunales han efectuado ante las distintas entidades que, eventualmente, pudieran tener algún tipo de injerencia para la solución de su problemática, los actores indican que las respuestas negativas dadas por las diferentes entidades no se corresponden con la realidad. Lo anterior, toda vez que “el sector denominado “El Rosal” sí se encuentra dentro del marco para la prestación del servicio público del (sic) agua potable suministrada por Empoduitama”. Sumado a ésto último, los actores destacan que la zona para la cual se solicita el servicio esencial de acueducto y alcantarillado no es una “zona de invasión”, sino que las viviendas y casas de la vecindad “cuentan con los permisos respectivos de planeación municipal y de la curaduría urbana”.

De otro lado, los actores consideran “que el argumento que plantea Empoduitama en el sentido que le es imposible suministrar servicio de acueducto a las áreas rurales es totalmente desfasado y contrario a la ley”, circunstancia que, según ellos, es contraria a la verdad dado que la empresa en mención sí presta el servicio de acueducto al centro poblado denominado ‘Pueblito Boyacense’, el cual se ubica en área rural, conforme al POT. En sentido similar, los actores señalan que la Alcaldía del municipio desconoce los pormenores de la situación y que, en sus diferentes respuestas, la misma pretende evadir sus responsabilidades puesto que el “acueducto comunitario el progreso de los sectores Rosal y San Luis Alto (...) es un acueducto de papel”; mientras que no es posible que la “asociación de suscriptores del acueducto de San Luis del municipio de Duitama” asuma la prestación del servicio, dado que -según respuesta de su presidente- “Corpoboyacá declaró el agotamiento de la fuente hídrica, además de estar en problemas jurídicos en el predio donde nace el agua”.

1.2. Contestación de la demanda.

1.2.1. Municipio de Duitama (fls. 103-107). El ente municipal se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que hay ausencia plena de sustentos jurídicos y fácticos que sustenten la misma. Por el contrario, el demandado sostiene

Expediente: 15238 3333 001 2015 00034 01
Demandante: Sandra Milena Viasus Becerra y José Olver Mendivelso
Demandado: Municipio de Duitama y otros
Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos

que el municipio "ha adelantado todas las acciones pertinente para solucionar la problemática existente en el sector (...) dentro de las cuales se encuentra verificar la situación jurídica del acueducto comunitario el progreso de la vereda el Rosal, verificar las posibilidades técnicas para el suministro del agua por parte de los acueductos vecinos como el acueducto de las Margaritas, Acueducto Santa Lucía y Acueducto San Antonio Norte". Además, el demandado precisa que ha suministrado agua potable a la comunidad en carro tanques y, en aras de solucionar la problemática, contrató una consultoría cuyo objeto fue la realización de "estudios y diseños de la red de distribución para la cobertura de agua potable (sic)".

Por otra parte, la entidad demandada señala que la cantidad de personas presuntamente afectadas es menor a la indicada por los demandantes y que, si bien, es una zona cercana al denominado 'Pueblito Boyacense', de todas formas sus condiciones físicas no son similares pues están en un sector más alto.

De igual forma, la entidad demandada aclaró que el municipio no presta de forma directa el servicio público de acueducto ya que la empresa oficial encargada de hacerlo es Empoduitaña, junto con diversos acueductos comunitarios que prestan los servicios en el sector rural. Finalmente, el municipio esbozó diferentes consideraciones en torno a la figura de la urgencia manifiesta para señalar que, en el presente caso, no se encuentran acreditados los requisitos que justifiquen su procedencia como solución eficiente a la problemática planteada.

Por lo descrito de forma precedente, el municipio consideró que se configuraba la excepción que denominó "inexistencia de causa para demandar por falta de fundamentos fácticos y probatorios". En tal sentido, la parte demandada considera que ha efectuado una serie de acciones que dan cuenta de su diligencia para atender la problemática presentada por la población de la cual hacen parte los actores y, por lo tanto, consideran que las pretensiones de la demanda están llamadas a no prosperar.

1.2.2. Empoduitama S.A. E.S.P. (fls. 129-141). Después de que la parte demandada enunciara cuál es la ubicación geoespacial de la zona respecto de la cual se predica la carencia de acueducto y alcantarillado, la parte demandada inició por citar toda una serie de disposiciones normativas relativas al caso que nos ocupa para señalar que "el sector El Rosal no se encuentra dentro del perímetro de servicio de Empoduitama S.A. E.S.P. amado a que la empresa en la actualidad no tiene la capacidad técnica para atender de manera adecuada la prestación del servicio en el sector" y, así,

garantizar el suministro de agua potable en condiciones de calidad, oportunidad y cantidad adecuadas.

Además de lo anterior, la entidad accionada hace notar que *“técnicamente es imposible (...) suministrar agua potable al sector el Rosal, debido a que se encuentra a una distancia mayor a un kilómetro de la malla de distribución principal del perímetro urbano aunado (sic) a que hidráulicamente no es posible satisfacer las necesidades de caudal y presión con ocasión a la diferencia mayor a 100 mts aproximadamente desde la malla de distribución hasta el tanque alto del sector el Rosal”*. En complemento de lo anterior, la entidad señaló que *“en el sector objeto de la presente acción, en la actualidad no existen redes de distribución que permitan ampliar el número de usuarios, debido a que la cota de servicios es inferior a la requerida para garantizar la efectiva prestación del servicio”*.

Por otro lado, previo a señalar que la opción más adecuada es que el municipio de Duitama realice la conexión al acueducto San Luis, la entidad demandada resaltó que, de todas formas, ha venido suministrando el líquido a la población presuntamente afectada cada viernes sin que, dentro de sus competencias, se encuentre dicha obligación. En tal sentido, la entidad se opone a la prosperidad de las pretensiones y, por tanto, planteó las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* e *“inexistencia de los supuestos sustanciales”*.

1.2.3. Asociación de suscriptores del Acueducto San Antonio Norte (fls. 280-286). Después de señalar como ciertos los hechos de la demanda, la entidad precisa que las peticiones de los actores se han elevado, principalmente, ante el municipio de Duitama y la E.S.P. Empoduitama. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad indica que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda al considerar que carecen de fundamento legal, fáctico y técnico; poniendo también de presente que el acueducto veredal *“no cuenta con la infraestructura técnica, financiera, logística, o de capacidad hídrica para el suministro de agua potable a la comunidad”*.

Aunado a lo anterior, planteó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva al considerar que la responsabilidad por el suministro del agua potable recae en cabeza del Estado, sumado al hecho que la entidad jamás ha recibido una solicitud de prestación del servicio por parte de la comunidad. En sentido similar, la entidad planteó la excepción de *“inexistencia de la obligación”* puesto que, conforme a lo narrado, *“nunca ha existido contrato administrativo, concertación administrativa o algún mecanismo contractual por el cual se obligue al acueducto veredal San Antonio Norte*

Expediente: 15238 3333 001 2015 00034 01
Demandante: Sandra Milena Viasus Becerra y José Olver Mendivelso
Demandado: Municipio de Duitama y otros
Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos

a la prestación o suministro de agua potable para el sector del "Rosal" a cambio de una retribución económica".

A su vez, la entidad planteó la excepción a la que denominó "imposibilidad de la capacidad técnica, financiera y operativa del suministro de agua potable al sector del Rosal" en la que señala que no tiene la disponibilidad técnica para prestar el servicio que demandan los actores; situación que, además, debe considerar que los inmuebles que requieren el servicio se encuentran ubicados a kilómetros de distancia de la red que ostentan, y que, de llegar a adquirir la obligación de suministrar el agua para el sector donde habitan los demandantes, ellos pondrían en peligro el adecuado abastecimiento para la población a la que actualmente sirven. Por último, planteó una excepción que intituló como "la posición dominante por parte de la administración" mediante la cual indica que no es viable que el Municipio de Duitama pretenda obligar al Acueducto San Antonio Norte a prestar el servicio demandado por los actores por dos razones. La primera, porque -reiteran- no tienen la capacidad técnica, logística y financiera para hacerlo; y, la segunda, porque -en su concepto- aunque una consultoría haya determinado que ellos, eventualmente podrían prestar el servicio "no significa que la Administración pueda recaer en dicha asociación (...) su obligación de prestar el servicio del suministro de agua, o (de) sus obligaciones administrativas".

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls. 558-569)

El a-quo sostuvo la tesis que en el presente caso se configuraba la amenaza o vulneración de los derechos colectivos a la seguridad y salubridad pública, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna. Así, señaló que la vulneración de tales derechos recaía especialmente en el Municipio de Duitama "como directo responsable de crear las condiciones para garantizar el acceso efectivo al agua potable a través del servicio público domiciliario de acueducto a todos los habitantes de su territorio, del que hacen parte los sectores El Rosal vereda Tocogua y San Luis Alto".

Para arribar a la anterior conclusión, el Juez de primera instancia analizó el alcance y el núcleo esencial de los derechos colectivos invocados, estudió el marco jurídico de la acción popular² en vigencia de la Ley 1437 de 2001 y el alcance de las órdenes que el Juez constitucional puede emitir, se pronunció sobre los requisitos

² Se precisa que la expresión correcta es el medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Expediente: 15238 3333 001 2015 00034 01
Demandante: Sandra Milena Viasus Becerra y José Olver Mendivelso
Demandado: Municipio de Duitama y otros
Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos

que se deben satisfacer dentro de los trámites de las acciones populares a fin de acceder a las pretensiones de la demanda para, posteriormente, abordar el caso en concreto.

En relación con este último aspecto, el Juzgado consideró que estaba probada la amenaza o vulneración de los derechos de los actores en tanto la comunidad del sector El Rosal de la Vereda Tocogua, perteneciente al Municipio de Duitama, efectivamente, carecía del servicio de acueducto. Lo anterior pese a que, si bien formalmente había constituido el acueducto comunitario "el progreso vereda el Rosal San Luís Alto del municipio de Duitama", no contaban con una captación o concesión de aguas para alimentar las posibles redes de conducción y distribución a los usuarios.

Además, señaló que el agravio era imputable a la autoridad pública dado que el Municipio de Duitama "ha omitido el cumplimiento de su deber constitucional y legal de gestionar y garantizar el acceso efectivo al servicio de acueducto o de agua potable". En tal sentido, el Juzgador de primera instancia indicó que, si bien no se discutían las diferentes acciones y gestiones que la entidad territorial había adelantado hasta el momento, lo cierto era que las mismas no habían resultado eficaces ya que las reclamaciones de los hoy demandantes databan de años atrás.

Respecto de la conducta de Empoduitama, el a-quo indicó que no era procedente atribuirle responsabilidad directa "por cuanto la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado (...) está debidamente establecida en la Ley 142 de 1994 y en sus decretos reglamentarios", imponiendo una serie de requisitos para viabilizar la prestación del servicio, dentro de los cuales se encuentra que los predios deben estar ubicados en el perímetro del servicio, contar con licencia de construcción, contar con vías de acceso y redes de acueducto o alcantarillado y estar conectado al servicio de alcantarillado, entre otros. Así las cosas, en concepto del Juez de primera instancia, dentro de la órbita de las funciones del prestador del servicio no estaba la de ampliar la cobertura "en sectores ubicados por fuera del perímetro del servicio urbano". Sin perjuicio de lo anterior, se aclaró que, conforme al principio constitucional de solidaridad y responsabilidad social, Empoduitama tenía la obligación de cooperar con el municipio en lo que estuviera a su alcance en procura de la implementación de la solución más acorde para suministrar agua potable a la comunidad del El Rosal y San Luís Alto.

De otra parte, respecto de la responsabilidad de la vinculada al proceso, a saber, la Asociación de suscriptores del Acueducto San Antonio Norte, el a-quo indicó que, en estricto sentido, dicha entidad no tenía obligación legal "de ampliar la cobertura del servicio de acueducto a su cargo en favor de la comunidad necesitada del mismo", sino que su vinculación obedecía "a la posibilidad de que en concertación con el municipio se pueda optimizar el acueducto a través de las inversiones requeridas a cargo del ente territorial", en caso de que sea una alternativa técnica y financieramente viable. Por lo anterior, indicó que la entidad debía estar presta a cooperar con el Municipio de Duitama "en caso que constituya la solución técnica y financiera más favorable para suministrar agua potable a la comunidad del El Rosal y San Luis Alto", dejando la salvedad que, de todas formas, la optimización de todo el proceso corresponde al ente territorial accionado.

En consecuencia, con miras a la restauración de los derechos colectivos conculcados, el a-quo tomó como referencia tres alternativas de solución que se plantearon en el curso del proceso³, advirtiendo que, con los medios de prueba recaudados en el curso del presente proceso, no era dable imponer una u otra, por cuanto tal decisión correspondía al municipio. En tal sentido, ordenó que, dentro de los tres meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, se procediera a formular y viabilizar técnica y financieramente el proyecto para acoger una de las opciones propuestas; y, posterior a ello, en un plazo máximo de 6 meses, el Municipio de Duitama debía adelantar la ejecución de las obras de infraestructura necesarias para suplir de forma definitiva las necesidades de la población hoy demandante. Adicionalmente, y mientras se ejecutan las obras necesarias, el a-quo ordenó que se continuara con el suministro de agua potable a la comunidad afectada a través de carro tanques, "incrementando la cantidad a entregar al mínimo vital establecido por

³ La alternativa 1 surgió del contrato de consultoría CMI-2015058 que tuvo por objeto "estudios y diseños de la red de distribución para la cobertura de agua potable de la vereda San Luis sector El Rosal". Por su parte, las alternativas 2 y 3, fueron el fruto del dictamen pericial practicado en el trámite del presente proceso.

Alternativa 1: que el acueducto de San Antonio Norte suministre agua potable para los habitantes del sector El Rosal, previa optimización de los procesos de captación, conducción, potabilización y distribución a cargo del municipio de Duitama, en coordinación con la Asociación de Suscriptores del Acueducto San Antonio Norte.

Alternativa 2: Abastecer desde el tanque de almacenamiento El Hogar, vereda Tocogua, para abastecer los usuarios que habitan desde la parte media alta del sector El Rosal hasta la parte más baja; y que la parte alta del sector El Rosal se abastezca del Acueducto San Luis de la vereda San Luis, el cual se encuentra a una altura más elevada del El Rosal.

Alternativa 3: Abastecer a la comunidad El Rosal parte media alta hacia abajo, desde el tanque de almacenamiento La Milagrosa el que se provee de un pozo profundo y que la parte alta se abastezca del Acueducto San Luis de la vereda San Luis, el cual se encuentra a una altura más elevada del El Rosal.

la Jurisprudencia de la Corte constitucional, es decir, 50 litros diarios por persona”; y también que se entregara a cada una de las familias afectadas “un tanque tipo PVC de por lo menos 500 litros, para el adecuado almacenamiento del agua suministrada”.

III. LA IMPUGNACIÓN.

El Municipio de Duitama formuló recurso de apelación en contra de la sentencia (fls. 580-583). Su inconformidad se centra en relación con lo dispuesto por el Juez de primera instancia en el numeral 2° del literal c) del segundo numeral en la providencia del 4 de septiembre de 2017, consistente en la obligación de entregar “a cada una de las familias afectadas, un tanque tipo PVC de por lo menos 500 litros, para el adecuado almacenamiento del agua suministrada”.

Dijo que dicha orden había sido un aporte que el Juzgado, según la recomendación de la medida cautelar respecto de la cual “el municipio había hecho caso omiso, lo que se justifica en razón a las frecuentes quejas por la falta de recipientes adecuados para la entrega y conservación del preciado líquido”.

El ente territorial no comparte la decisión del a-quo dado que, explica, el municipio ha capacitado a la comunidad para desinfectar los recipientes destinados para la recolección de agua, precisando que “se ha estado mejorando en la utilización de recipientes, donde algunos han proporcionado mejores recipientes”. Además, el impugnante resalta que tales tanques nunca fueron solicitados por los accionantes, por lo cual, considera, se está en presencia de un fallo extra-petita sin que, en el marco del proceso, se encuentre la probada necesidad de los mismos. Por el contrario, el Municipio de Duitama indica que las familias del sector El Rosal y San Luís Alto ya cuentan con tanques (según se puede evidenciar en algunas de las fotografías insertas en el expediente) y, por tanto, la orden dada por el Juzgado constituye un gasto innecesario que implica un detrimento al erario público.

Además, el Municipio de Duitama indica que, conforme al numeral 1° del artículo 76 de la Ley 715 de 2001, es responsabilidad del municipio “la construcción, ampliación, rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de servicios públicos”, pero que ello no implica la inversión en los tanques de agua con destino a propietarios privados, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política. Por lo anterior, el apelante señala que la responsabilidad de los municipios, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, consiste únicamente en asegurar la prestación del servicio. Por tal razón, si bien “no se discute que el ente territorial deba realizar las

Expediente: 15238 3333 001 2015 00034 01
Demandante: Sandra Milena Viasus Becerra y José Olver Mendivelso
Demandado: Municipio de Duitama y otros
Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos

actuaciones necesarias para suministrar el preciado líquido (...) buscando posibles soluciones o realizando estudios de manera juiciosa”, en su concepto, debe considerarse que el legislador ha determinado que al ente territorial corresponde la construcción del acueducto “pero esta no implica que debe suministrarse un tanque de agua a cada una de las familias”, lo cual es responsabilidad del usuario quien será su único beneficiario. Por último, además de indicar que el cumplimiento de la orden dada por el Juez implica una mejora en la propiedad privada, el municipio de Duitama considera que en el presente proceso no está demostrado que se trate de personas que se encuentren en situaciones económicas precarias que hagan necesaria la citada inversión.

Por su parte, la Asociación de suscriptores del Acueducto San Antonio Norte también interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 577-579). La Asociación no comparte la decisión del a-quo puesto que, en su opinión, la carencia de agua potable que sufre la población actora no puede atribuírsele. Así, no es aceptable que se decida vincular a la entidad “a sabiendas que está a más de 5 kilómetros del sitio afectado y que su cobertura es para otro sector geográfico de la ciudad”. Además, la Asociación apelante señala que el contrato de consultoría N° CMI-2015058 “adolece del estudio y visión técnica de los elementos y redes que ya hay en el sector a suministrar agua potable (sic)” ya que, presuntamente, no tuvo en cuenta que cerca del sector afectado se cuenta con un tanque construido con recursos de la propia administración, que almacena agua potable de la mejor calidad.

Agregó que para la Asociación resulta imposible suministrar agua al sector de El Rosal puesto que, de hacerlo así, “se coloca en un peligro inminente de liquidación operativa y agotamiento de agua potable a más de cinco mil personas de las que abastece (sic) el acueducto de San Antonio Norte”, al no contar con las condiciones técnicas que le brinden tal suficiencia. Dijo, adicionalmente, que la opción dada en el fallo de primera instancia, la cual se basa en el citado contrato de consultoría N° CMI-2015058, no es aceptable por ser la más costosa en términos económicos. En tal sentido, el apoderado de la Asociación considera que su derecho al debido proceso ha sido trasgredido ya que, en su concepto, no se estudió la excepción que propuso y que denominó “sobre la posición dominante por parte de la administración”.

A la apelación presentada por la Asociación de suscriptores del Acueducto San Antonio Norte también se adhirió la parte actora (fls. 594-602), según la facultad concedida por el parágrafo del artículo 322 del CGP. En su escrito, el apoderado de

Expediente: 15238 3333 001 2015 00034 01
Demandante: Sandra Milena Viasus Becerra y José Olver Mendivelso
Demandado: Municipio de Duitama y otros
Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos

los demandantes señala que se opone a lo dispuesto por el numeral cuarto de la sentencia del pasado 4 de septiembre de 2017. En tal sentido, fundamenta su oposición en que, presuntamente, "el Juzgado desconoce la gravedad de que (sic) se cause un detrimento patrimonial, a bien (sic) de que el Acueducto de San Antonio Norte cuenta con la red de servicio más alejada y accidentada para la conexión de la comunidad de El Rosal". Además, el representante de los demandantes indica que la Asociación no cuenta actualmente con la infraestructura necesaria para atender, eventualmente, lo ordenado en la sentencia; situación que no se predica de Empoduitama, empresa prestadora de servicios públicos que tiene presencia más cercana al sector el Rosal y que cuenta con una mejor capacidad técnica.

Conjuntamente con lo descrito, la parte actora precisa que el presente medio de control fue interpuesto únicamente en contra del municipio de Duitama y Empoduitama, y que la solicitud de vincular a la Asociación de suscriptores del Acueducto San Antonio Norte fue solicitada por la Alcaldía del municipio. Lo anterior, dado que los accionantes, desde un principio, sabían que dicha Asociación no contaba con la capacidad técnica para suplir la demanda de prestación del servicio de agua potable; aunado al hecho que sería imposible que la Asociación asumiera los costos de construcción y administración del alcantarillado del sector afectado. Posteriormente, el apoderado de la parte actora insistió en la importancia de velar por la correcta administración e inversión de los recursos públicos en aras de evitar posibles detrimentos patrimoniales sobre estos.

Asimismo, el representante de los demandantes efectuó unas consideraciones en aras de argumentar que el único dictamen que tiene valor probatorio en el presente proceso es el efectuado por la Sociedad Boyacense de Ingenieros y Arquitectos; y que, por tanto, el realizado anteriormente por la Unión Temporal Acueductos 2015 carece de valor probatorio, en esa medida, considera que no hay razón válida para que el Juzgador de primera instancia lo considere como una de las alternativas para solucionar la problemática.

Por último, el apelante que se adhirió al recurso presentado por la Asociación de suscriptores del Acueducto San Antonio Norte indica que, contrario a lo expuesto por el a-quo, a Empoduitama sí le asiste una responsabilidad directa en el caso de marras. Así, señala que Empoduitama prestaba anteriormente sus servicios en las zonas rurales pero, al cambiar su contrato, hoy día redujo su cubrimiento contrariando el principio de progresividad en los servicios públicos.

Expediente: 15238 3333 001 2015 00034 01
Demandante: Sandra Milena Viasus Becerra y José Olver Mendivelso
Demandado: Municipio de Duitama y otros
Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 4 de octubre de 2017 se admitió el recurso de apelación y se ordenó notificar al H. Ministerio Público (fls. 591-592). Posteriormente, mediante auto del 12 de octubre de 2017 (fls. 617-619), se rechazó por improcedente una petición ciudadana y se admitió el recurso de apelación adhesiva presentado por la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia del pasado 4 de septiembre de 2017.

De forma ulterior, mediante providencia del 25 de octubre de 2017 (fls. 628), se resolvió correr traslado a las partes por el término de 10 días con el propósito de que presentaran sus alegatos de conclusión.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Tema de la apelación. En el presente caso, se observa que las inconformidades de las partes respecto del fallo de primera instancia proferido el 4 de septiembre de 2017 se centran específicamente en dos órdenes.

De un lado, el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Duitama pretende que, específicamente, se revoque el numeral 2.º del literal c) del segundo numeral de la sentencia de primera instancia, consistente en la obligación de entregar “a cada una de las familias afectadas, un tanque tipo PVC de por lo menos 500 litros, para el adecuado almacenamiento del agua suministrada”.

El recurso que interpuso la Asociación de suscriptores del Acueducto San Antonio se orienta a que éste Tribunal revoque el numeral cuarto de la sentencia, conforme al cual se ordenó a dicha entidad que preste su cooperación y apoyo al Municipio de Duitama, “en caso que la solución que se acoja para el suministro de agua potable al Sector El Rosal y San Luis Alto, resulte conveniente hacer uso de la infraestructura del acueducto referido en favor de la solución acogida, previa concertación y optimización requerida”.

Sin embargo, es de anotar que la parte demandante, en calidad de apelante adhesivo -en los términos del parágrafo del artículo 322 del CGP- señaló en su escrito (fls. 594-602) que “sí le asiste una responsabilidad directa a Empoduitama para que preste y administre el servicio de acueducto y alcantarillado a los habitantes del sector El Rosal. Y es esta la solución más idónea, económica, y técnicamente viable (sic)”; y que lo procedente no solo es revocar el numeral cuarto de la sentencia de primera

instancia, sino que se ordene adoptar "algunas de las alternativas descritas dentro del dictamen pericial y estudio técnico aportado por la Sociedad de Ingenieros y Arquitectos de Boyacá (...) dentro del que se dictamina que debe ser la empresa Empoduitama, quien preste apoyo al municipio de Duitama en la prestación del servicio de acueducto para la comunidad del Rosal". En tal sentido, ésta Sala considera que el apelante adhesivo está inconforme no solo con el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, sino que también -al menos de forma indirecta- con el numeral tercero de la providencia en mención.

Así las cosas, se considera que son tres los problemas jurídicos a resolver: 1). La orden dada por el Juez de primera instancia para que el municipio entregara un tanque de almacenamiento de agua -con unas condiciones específicas- a cada una de las familias afectadas ¿Está conforme al ordenamiento jurídico vigente en lo inherente al rol que los entes territoriales cumplen tratándose de la prestación de servicios públicos?; 2). ¿Es incorrecto haber ordenado a la Asociación de suscriptores del Acueducto San Antonio que, eventualmente, dicha entidad preste su cooperación y apoyo al municipio de Duitama para solucionar la problemática del caso de marras?; y 3). ¿Puede el apelante adhesivo formular pretensiones distintas a las del apelante al cual se adhiere?

Para solucionar las controversias enunciadas, la Sala analizará:

- Las obligaciones que los entes territoriales (y más específicamente los municipios) tienen con respecto a la prestación adecuada de los servicios públicos;
- El contenido del derecho fundamental al agua potable, conforme a la más reciente jurisprudencia constitucional.
- El principio de congruencia y las facultades del Juez, en el marco del medio de control protección de los derechos e intereses colectivos y el deber de constitucional de colaboración.
- El rol del apelante adhesivo
- La solución al caso en concreto en aras de determinar si hay lugar a la revocatoria de una o algunas de las órdenes emitidas por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama.

5.2. Obligaciones de los municipios respecto de la prestación de los servicios públicos esenciales. La Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios en el territorio nacional, dispone en

su artículo 2 que el Estado debe intervenir en los servicios públicos con el propósito de -entre otros-: 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; ampliar permanente de la cobertura; atender prioritariamente las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; y prestar de forma continua e ininterrumpida el servicio, salvo cuando se esté en presencia de razones de fuerza mayor o caso fortuito.

Así, el artículo 5 de la citada Ley 136 de 1994 establece la competencia de los municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos y prescribe -entre otras cosas- que:

"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.

5.2. Asegurar en los términos de esta Ley, la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las entidades que prestan los servicios públicos en el municipio (...)"

De otra parte, el legislador ha dispuesto que, eventualmente, los municipios deben prestar directamente los servicios públicos. En tal sentido, el artículo 6 de la citada Ley 136 de 1994, prescribe que los municipios están obligados a prestar directamente los servicios públicos de su competencia, siempre que se cumplan la condición de que "las características técnicas, y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen". Por lo anterior, y para dilucidar si se cumple la citada condición, se considera, a la luz del citado Estatuto, que es obligación del municipio prestar directamente el servicio:

"6.1. Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo;

Expediente: 15238 3333 001 2015 00034 01
Demandante: Sandra Milena Viasus Becerra y José Olver Mendivelso
Demandado: Municipio de Duitama y otros
Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos

6.2. Cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio, y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros municipios, al Departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo preste, **no haya habido una respuesta adecuada;**

6.3. Cuando, aun habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los **costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas**, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer. Las Comisiones de Regulación establecerán las metodologías que permitan hacer comparables diferentes costos de prestación de servicios.

6.4. Cuando los municipios asuman la prestación directa de un servicio público, la contabilidad general del municipio debe separarse de la que se lleve para la prestación del servicio; y si presta más de un servicio, la de cada uno debe ser independiente de la de los demás. Además, su contabilidad distinguirá entre los ingresos y gastos relacionados con dicha actividad, y las rentas tributarias o no tributarias que obtienen como autoridades políticas, de tal manera que la prestación de los servicios quede sometida a las mismas reglas que serían aplicables a otras entidades prestadoras de servicios públicos". (Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, indica en su artículo 3 -modificado por el artículo 6 de la Ley 1551 de 2012- que corresponde a los municipios "19. **Garantizar la prestación del servicio de agua potable y saneamiento básico** a los habitantes de la jurisdicción de acuerdo con la normatividad vigente en materia de servicios públicos domiciliarios".

Por su parte, la Ley 715 de 2001 indica en su artículo 76 que, además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los municipios, ya sea de forma directa o indirecta, sea con recursos propios, o con recursos 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. 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". (Resalta la Sala)

Conforme con lo descrito, la Sala destaca que, respecto de los municipios, el ordenamiento jurídico vigente ha impuesto ciertos deberes y obligaciones que, en resumen, son las siguientes:

- 1). Asegurar que se preste a los habitantes de su jurisdicción, los servicios públicos domiciliarios, entre ellos, el de acueducto y alcantarillado.
- 2). Prestar manera eficiente dichos servicios públicos, bien sea por empresas de servicios públicos de carácter oficial, bien sea por empresas de servicios públicos de carácter privado o mixto.
- 3). Prestar de forma directa los servicios públicos de su competencia, siempre que las características técnicas y económicas del servicio lo permitan y aconsejen.
- 4). Garantizar la prestación del servicio de agua potable y saneamiento básico a los habitantes de su jurisdicción de acuerdo con la normatividad vigente en materia de servicios públicos domiciliarios.
- 5). Realizar, directamente o a través de terceros, la construcción, ampliación, rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de los servicios públicos a su cargo, bien sea con recursos propios, o con recursos del Sistema General de Participaciones (u otros recursos).

Ahora bien, el H. Consejo de Estado precisó en la sentencia del 5 de marzo de 2015⁴, con ponencia de la Magistrada María Elizabeth García González, lo siguiente:

"Por otra parte, el artículo 8° de la Ley 388 de 199768 determinó que 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

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo - Sección primera. Bogotá, 5 de marzo de 2015. consejera ponente: María Elizabeth García González. Ref.: expediente núm. AP 2013-00361-01. Acción popular.

Expediente: 15238 3333 001 2015 00034 01

Demandante: Sandra Milena Viasus Becerra y José Olver Mendivelso

Demandado: Municipio de Duitama y otros

Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos

suelo. Señala dicha normativa que son acciones urbanísticas, entre otras las de: 1) localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios, la disposición y tratamiento de los residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos y los equipamientos de servicios de interés público y social, tales como centros docentes y hospitalarios, aeropuertos y lugares análogos; y 2) 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".

Además, en otro pronunciamiento, el Consejo de Estado destacó la definición de infraestructura conforme a la cual:

"Así, el Decreto 951 de 1989 precisó la noción de infraestructura de acueducto y alcantarillado, de la cual hacen parte las redes matrices y locales, estableciendo para cada una de ellas las reglas en cuanto a su financiación y obligación de mantenimiento; mientras que las redes matrices son de competencia de las entidades territoriales, las redes locales son de competencia de los beneficiarios (tanto para el pago de su construcción o construcción directa en aquellos casos en que se haya radicado esa obligación en cabeza del constructor). Lo cierto es que de la normativa transcrita se desprende la obligación para el beneficiario de construir las obras relativas a las redes locales, sin perjuicio de que a cargo del beneficiario o interesado la entidad territorial pudiera construirla⁵".

En conclusión, los municipios son responsables de la infraestructura, en su condición de garantes de la efectiva prestación del servicio. Ahora, que deban asumir o no los costos que conlleva la construcción de las obras para lograr ese fin, se encuentra estrictamente reglado y, aun cuando éstos asuman dicho costo, pueden trasladarlo a quien debe asumirlo si se trata de construcción de redes locales; pero lo cierto es que al municipio le asiste la obligación de gestionar lo necesario para la realización de las obras, incluso las construcciones, como se desprende del pronunciamiento jurisprudencial que antecede.

5.3. Contenido del derecho fundamental al agua potable. El agua, conforme la más reciente jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, es un derecho constitucional complejo que ha sido objeto de progresivo reconocimiento normativo

⁵ Sentencia 1993-07199. Consejo de Estado. Sección Tercera. CP. Mauricio Fajardo Gómez. 02 de mayo de 2013.

y jurisprudencial a lo largo de los últimos años. Lo anterior, como consecuencia de la preponderancia que el mismo tiene puesto que es el presupuesto básico para el ejercicio y goce efectivo de derechos fundamentales como la vida, la salud, la integridad física y la dignidad humana⁶.

Ahora bien, pese a que no es una garantía expresamente señalada por la Constitución Política, la Corte Constitucional ha considerado que ésta se ha de entender incluida dentro de la misma, teniendo en cuenta que, en el texto constitucional aprobado por el Constituyente de 1991, se consagraron una serie de principios que rigen los servicios públicos⁷. En la sentencia T-143 de 2017 se indicó:

⁶ La primera sentencia de la jurisprudencia constitucional que tuvo que ver con la protección del derecho al agua, fue la T-406 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón; AV José Gregorio Hernández Galindo) en la cual se analizó el caso en el que una empresa de servicios públicos había dejado a mitad de camino la reparación de un alcantarillado, con lo cual, el tutelante y demás habitantes del barrio, carecían por completo del servicio, exponiendo su salud y su integridad personal. En esta ocasión, la Sala Primera de Revisión decidió que la entidad accionada había cometido "una clara violación a un derecho fundamental"; puesto que el alcantarillado inconcluso había ocasionado el desbordamiento de las aguas negras sobre las calles del barrio, afectando especialmente a personas de escasos recursos. Así pues, la Corte estableció desde entonces, expresamente, que "el derecho al servicio de alcantarillado", puede "ser protegido por la acción de tutela" en aquellos casos en los que "afecte de manera evidente derechos y principios constitucionales fundamentales, como son los consagrados en los artículos 1 (dignidad humana), 11 (vida) y 13 (derechos de los disminuidos)". Posteriormente, en la sentencia T-578 de 1992 (MP Alejandro Martínez Caballero), la Sala Cuarta de Revisión reconoció el agua como un derecho con dimensiones de fundamentalidad tutelables y se decidió que "la limitación o el incumplimiento" en la prestación del servicio público domiciliario, en este caso, el agua por "el Estado, los particulares o las comunidades organizadas", sólo constituía vulneración o amotización de un derecho constitucional fundamental cuando se encontraba vinculada directamente la persona, el ser humano. Así, en el caso concreto se negó la acción de tutela porque no estaban en juego los derechos de un ser humano, sino de "la persona jurídica que contrató". En aquella oportunidad, se precisó que: "En principio, el agua constituye fuente de vida y la falta de servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas (CP art.11), la salubridad pública (CP arts. 365 y 366), o la salud (CP art. 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal debe ser objeto de protección a través de la acción de tutela". Sin embargo, estas no han sido las únicas sentencias a través de las cuales se ha garantizado la protección del derecho fundamental al agua. En efecto, a lo largo de la jurisprudencia constitucional, diversos pronunciamientos han reafirmado esta posición y se han establecido diferentes formas de vulneración específica de esta garantía. Sobre el particular, pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias T-539 de 1993 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-523 de 1994 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-244 de 1994 y T-092 de 1995 (MP Hernando Herrera Vergara), T-481 de 1997 (MP Fabio Morón Díaz), SU-442 de 1997 (MP Hernando Herrera Vergara), T-410 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-1104 de 2005 (MP Jaime Arango Rentería), T-022 de 2008 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-143 de 2010 (MP María Victoria Calle Correa; AV Mauricio González Cuervo), T-091 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-616 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-418 de 2010 (MP María Victoria Calle Correa; AV Mauricio González Cuervo), T-740 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-707 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-312 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-082 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-242 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-028 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa; AV Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-790 de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-641 de 2015 (MP Alberto Rojas Ríos; SVP Luis Ernesto Vargas Silva), T-139 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-131 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

⁷ De acuerdo con la Carta Política, la no mención expresa de un derecho en la Constitución, en modo alguno implica que éste no se encuentre considerado (artículo 94 superior). En esa medida, aunque el agua no es reconocida como un derecho constitucional autónomo, en una disposición específica de la Constitución, así se deduce de una lectura sistemática de la misma. Esto se concluye, si se tiene en

"La interpretación del contenido y alcance de los componentes del derecho al agua tutelados hasta ahora por esta Corporación se ha realizado en conjunto con las garantías establecidas en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas a través de la Observación General No. 15 del dos mil dos (2002) que propende porque todas las personas gocen de un mínimo de agua apta para el consumo, con el cual puedan satisfacer sus necesidades básicas domiciliarias, y además se prevengán problemas de salud y en general sanitarios".

En la referida Observación, se entiende el derecho al agua como "el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico"⁹. Su justificación jurídica además de reposar en varios textos de tratados internacionales sobre Derechos Humanos¹⁰, supone que a cada

cuenta el Preámbulo, la fórmula política de un Estado social y democrático de derecho, las funciones esenciales del Estado, la dignidad humana, el respeto a los derechos fundamentales y el lugar privilegiado que se da a los recursos y competencias necesarias para el goce efectivo del servicio público de agua potable y saneamiento básico así como de un ambiente sano (artículos 49, 79 y 366 constitucionales).

⁸ La Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas dice lo siguiente: "6. El agua es necesaria para diversas finalidades, aparte de los usos personales y domésticos, y para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el Pacto. Por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud). El agua es fundamental para procurarse medios de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural). Sin embargo, en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos. También debe darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto".

⁹ La Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su párrafo número 2 continúa señalando: "[...] Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica".

¹⁰ La Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas dice al respecto: "3. En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto se enumeran una serie de derechos que climanan del derecho a un nivel de vida adecuado, 'incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados', y son indispensables para su realización. El uso de la palabra 'incluso' indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia. Además, el Comité ha reconocido anteriormente que el agua es un derecho humano amparado por el párrafo 1 del artículo 11 (véase la Observación general N° 6 (1995)). El derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud (párrafo 1 del artículo 12) y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas (párrafo 1 del artículo 11). Este derecho también debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, en primer lugar el derecho a la vida y a la dignidad humana. || 4. El derecho al agua ha sido reconocido en un gran número de documentos internacionales, tales como tratados, declaraciones y otras normas. Por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se dispone que los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a "gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de [...] el abastecimiento de agua". En el párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la

ciudadano se le proteja, respete y garantice¹¹ las siguientes tres (3) facetas: (i) el derecho a disponer, y a (ii) acceder a cantidades suficientes, esenciales y continuas de agua, y además, que la misma sea (iii) de calidad "para los usos personales y domésticos", es decir salubre y, por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Igualmente, deberá tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso¹².

De lo enunciado en el aparte jurisprudencial puede inferirse que el agua (junto con los servicios e instalaciones) deben ser accesibles a todos -de hecho y de derecho-, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos en la Constitución. Además de lo anterior, en la precitada sentencia T-143 de 2017, también se precisa

malnutrición mediante "el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre". || 5. El Comité se ha ocupado constantemente del derecho al agua en su examen de los informes de los Estados Partes, de conformidad con sus directrices generales revisadas sobre la forma y el contenido de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sus observaciones generales".

¹¹ Las obligaciones derivadas de un derecho fundamental suponen por lo menos, las obligaciones de respetar, proteger y garantizar. En el caso del agua, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales observó que las obligaciones de respetar implican abstenerse de injerir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua; las obligaciones de proteger implican impedir a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua; y las obligaciones de garantizar ("de cumplir"), que a su vez se dividen en diversas medidas, de carácter positivo y complejo muchas de ellas, orientadas especialmente a asegurar el derecho de quienes no pueden proveérselo por sí mismos.

¹² En torno a dichas condiciones, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha indicado lo siguiente: "a) La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS). b) La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico. c) La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: Accesibilidad física. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua. Accesibilidad económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto. No discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. Esta fue la posición adoptada por la Corte al establecer que ninguna fuente de agua puede ser utilizada de manera que el líquido logre abastecer solo a algunas personas, y se deje sin provisión a otros. Acceso a la información. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua".

que éste derecho debe satisfacerse, por lo menos en unos **niveles mínimos esenciales** para lo cual se identifican algunas obligaciones básicas que no pueden suspenderse y tienen un efecto inmediato:

"Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; vigilar el grado de realización, o no realización, del derecho al agua y adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados"¹³.

Lo anterior está establecido en la Ley 142 de 1994 que, como ya se indicó en la presente providencia, consagra que el servicio de agua y saneamiento ambiental básico se debe prestar de forma 'continua' e 'ininterrumpida', estableciendo categóricamente que ello debe ser así 'sin excepción alguna', salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito. En este orden de ideas, al ser el agua una necesidad básica y un elemento indispensable para la existencia del ser humano, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que este derecho fundamental, tiene un carácter: "(i) **universal**, por cuanto todos y cada uno de los hombres y mujeres, sin discriminación alguna, requieren de este recurso para su subsistencia; (ii) **inalterable**, ya que en ningún momento puede reducirse o modificarse más allá de los topes biológicos; y (iii) **objetiva**, puesto que no tiene que ver con la percepción subjetiva del mundo o de subsistencia, sino que se instituye como una condición ineludible de subsistencia para cada una de las personas que integran el conglomerado social"¹⁴.

Por otra parte, la Corte Constitucional, también se ha ocupado de precisar las obligaciones que el derecho fundamental al agua impone a las autoridades públicas de la siguiente manera:

"Como todo derecho fundamental, el agua supone facetas positivas como negativas. Supone el derecho a que se adopten las medidas necesarias para construir una infraestructura adecuada de acueductos y alcantarillado que no pongan en riesgo la dignidad y la vida de las personas, pero a la vez, que no se tomen medidas que impliquen, por ejemplo, la contaminación de aguas destinadas al consumo y vida de las personas"¹⁵.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-143 de 2017.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-103 de 2017.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-418 de 2010.

Además de lo anterior, de forma más reciente, dicha Corporación ha precisado:

“Como sucede en el caso de los derechos fundamentales en general, garantizar la faceta positiva del derecho agua puede implicar acciones complejas, como la construcción de obras necesarias para el suministro de agua, con las implicaciones presupuestales que esto conlleva. Teniendo en cuenta la complejidad de las medidas necesaria para garantizar esta faceta, es razonable que el Estado las desarrollaras de manera progresiva.

En todo caso, la progresividad en la plena satisfacción de los derechos no excluye que existan obligaciones que deben ser satisfechas de manera inmediata por el Estado para garantizarlos. En el caso específico del derecho al agua para consumo humano, la jurisprudencia constitucional, apoyándose en la interpretación que del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha hecho el Comité DESC, ha sostenido que las garantías mínimas del derecho al agua son su disponibilidad, accesibilidad, calidad y no discriminación en la distribución”¹⁶

Estas condiciones mínimas de protección fueron explicadas en un fallo anterior, de la siguiente manera:

“En cuanto a las condiciones reunir el agua que le es suministrada a las personas para suplir sus necesidades alimenticias, agrícolas y tecnológicas, la observación N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, establece una serie de factores que debe contener este servicio, con el fin de garantizar a toda persona, un adecuado ejercicio de este derecho. En este orden, el derecho al agua debe contar con:

a) Disponibilidad. Es decir, que la cantidad de agua suministrada a cada persona debe ser continua y suficiente para los usos personales y domésticos. Así mismo, dispone que la cantidad de agua debe ser proporcionada de acuerdo con las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y atendiendo la situación fáctica de cada persona, esto en razón a que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales por motivos de salud, clima y condiciones de trabajo.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-218 de 2017.

Expediente: 15238 3333 001 2015 00034 01
Demandante: Sandra Milena Viasus Becerra y José Oliver Mendivelso
Demandado: Municipio de Duitama y otros
Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos

b) *Calidad.* Esto es, que el agua suministrada no debe contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que afecten o amenacen la salud de las personas. Así, el agua debe tener un color un olor y un sabor aptos y aceptables para cada uso personal o doméstico.

c) *Accesibilidad.* Hace referencia a la posibilidad de toda persona de acceder a este recurso natural, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) *Accesibilidad física.* Consiste en el derecho que tienen todos los sectores de la población, sin excepción alguna, a tener a su alcance físico el servicio del agua y las instalaciones, con el fin de acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable, de acuerdo a las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad.

ii) *Accesibilidad económica.* Indica que los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.

iii) *No discriminación.* El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos, esto es, desde los sectores más favorecidos hasta los más vulnerables y marginados de la población.

iv) *Acceso a la información.* Esta característica hace referencia al derecho que tienen las personas de solicitar, recibir y difundir información sobre asuntos relacionados al suministro del agua¹⁷.

5.4. Principio de congruencia y las facultades del Juez, en el marco del medio de control protección de los derechos e intereses colectivos. El Consejo de Estado ha precisado en su jurisprudencia que el juez popular también está obligado a respetar y el principio de consonancia o congruencia que debe informar todo fallo judicial. Así las cosas, la imparcialidad del juzgamiento exige el cumplimiento de que haya identidad entre lo decidido con respecto al petitum (las pretensiones) y la causa petendi (los hechos que le sirven de fundamento). Lo anterior, sin perjuicio que, en sede popular, tal principio no revista el carácter absoluto que por regla general tiene, como consecuencia de la naturaleza del medio

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-641 de 2015.

de control y al particular carácter de los derechos objeto de amparo. En un importante pronunciamiento sobre la materia precisó¹⁸:

“En cuanto hace específicamente a la causa petendi esta Sala recientemente señaló que el fallador en sede popular, no obstante sus amplios poderes, tiene restricciones fundadas en el respeto al debido proceso, pues aunque puede pronunciarse sobre el curso que los hechos vayan tomando mientras se tramita el proceso, lo que no le está permitido es invocar otros hechos distintos a los expuestos en el escrito de demanda, pues ello nada menos que significa modificar motu proprio la conducta trasgresora en franca violación del derecho fundamental al debido proceso, a las garantías procesales y al equilibrio entre las partes, que en sede popular, están expresamente protegidos por el artículo 5º de la ley 472. Dijo la Sala:

“Dos restricciones tiene, pues, en esta materia el juez popular al decidir:

1.1 No le está permitido abordar el estudio de intereses colectivos no invocados en el escrito de demanda popular, bien sea de manera expresa o que se pueda inferir del contenido de los hechos.

1.2 Aunque la sentencia puede referirse al curso que vayan tomando los hechos y no sólo los invocados en la demanda, como en este caso que aunque aludía en un comienzo exclusivamente al proceso de selección del operador, es posible que aborde su resultado: el contrato mismo suscrito; no le es dado cambiar sustancialmente, como se intenta en el sub lite, en las alegaciones y en la apelación. la conducta trasgresora invocada en la demanda y traer ahora asuntos nuevos, sobre los cuales los accionados no tuvieron oportunidad de pronunciarse dentro del proceso.

Una y otra limitantes a los amplios poderes del juez popular, se erigen en una garantía del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitucional). Con esta perspectiva, los ordinales a) b) y c) del artículo 18 de la ley 472 señalan que para promover una acción popular debe indicarse el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado, los hechos que motivan la petición y la enunciación de las pretensiones, respectivamente. En la misma línea garantista, el inciso segundo del artículo 5º de la ley 472

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo - Sección tercera. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: AP-19001-23-31-000-2005-00005-01

dispone que el juez popular velará por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes, preceptiva que reproduce, en sede popular, el mandato general contenido en el artículo 9º de la ley Estatutaria de Administración de Justicia¹⁹.

De modo que, en punto de la causa petendi, el juez popular también debe observar el principio de congruencia contenido en el artículo 281 del CGP conforme al cual:

“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último (...).”

En tal sentido, si bien el principio de congruencia “no reviste en sede popular los visos rígidos y absolutos que lo distinguen en procesos ordinarios”, de todas formas “la decisión final debe referirse al curso que vayan tomando los hechos y no se contrae exclusivamente a los indicados en el escrito de demanda, siempre y cuando -ha precisado la Sala- “la conducta que se sigue desplegando sea aquella acusada como trasgresora por el actor popular desde la demanda^{20,21}.

Por lo anterior, lo que esta Sala quiere destacar es que, conforme lo normado por el literal b) del artículo 18 de la ley 472, dentro de los requisitos de la demanda se exige la indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP-88001-23-31-000-2005-00004-01, Actor: Leandro Pájaro Balseiro, Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliario, C. P. Ruth Stella Correa Palacio, SV Mauricio Fajardo Gómez.

^{20,21} CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de abril de 2007, Radicación número: AP 4400123310002004000640 01, Actor: Alex Adolfo Pimiento Solana, Demandado: Municipio de Albania y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo - Sección tercera. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: AP-19001-23-31-000-2005-00005-01

petición, con el único fin de que el derecho a la defensa del accionado sea garantizado. Esta posición se encuentra sustentada en un pronunciamiento del Consejo de Estado en el que se expuso:

“(...) cuando durante el transcurso del proceso el trasgresor continúa con la realización de las conductas que desde un comienzo el actor indicó como vulnerantes del derecho colectivo cuya protección ha demandado, la sentencia debe pronunciarse no sólo en relación con los hechos de la demanda y los argumentos de la defensa, sino que además deberá referirse al curso que vayan tomando los hechos, a efectos de que la decisión tenga la virtualidad de abarcar con efectividad la protección de los derechos colectivos que encuentre vulnerados, con la condición de que la conducta que se continúa sea aquella acusada como transgresora desde la demanda, en aras de garantizar el debido proceso en una de sus manifestaciones más importantes, el derecho de defensa. Es decir, no puede el juez juzgar hechos cuya existencia no le ha sido puesta de presente en las oportunidades de que disponen las partes dentro del proceso”²²

En consecuencia, la Sala quiere hacer énfasis en que no le es dable al Juzgador estudiar nuevas imputaciones (que como veremos, en el presente caso no fueron si quiera alegadas por los actores), más aun cuando las mismas se apoyan en razones fácticas distintas a las que sirvieron de causa petendi al escrito de demanda popular, en franca violación del derecho de contradicción de los accionados.

5.5. Deber constitucional de colaboración con las autoridades públicas. El deber constitucional de colaboración o de solidaridad está consagrado en nuestro modelo constitucional. Así, desde la sentencia C-251 de 2002, la Corte Constitucional indicó que la Carta Política identifica la naturaleza de nuestra organización institucional destacando a Colombia como un Estado Social de Derecho democrático, participativo y pluralista, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y **la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general**. Estos enunciados constitucionales básicos delimitan a su vez las relaciones que pueden darse entre los habitantes del país y las autoridades, al propio tiempo que el ejercicio de las acciones. De lo cual se sigue que, estos principios o fórmulas constitucionales básicos se erigen como criterios

²² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Sentencia de 16 de marzo de 2006. Radicación número: AP-130012331000200300239-01. Actora: Luz Yolanda Morales Peña. Demandado: Lotería de Bolívar, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

hermenéuticos esenciales para determinar el contenido propio de otras cláusulas superiores más particulares, como aquellas que regulan la organización institucional, las relaciones de las personas con las autoridades o el ejercicio de las acciones mismas.

Ahora bien, en este contexto, el principio de la solidaridad se despliega como un deber que pesa en cabeza del Estado y de todos los habitantes del país. En tal sentido:

“El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo. En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera indirecta, a través de la inversión en el gasto social, o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Es claro que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones. Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental. Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad”²³

Por lo anterior, lo cierto es que el Derecho vigente señala que la solidaridad no sólo se predica de las personas públicas al interior del Estado colombiano, sino que el mismo también es una obligación de las personas privadas -sea que éstas posean un carácter natural, sea que éstas tengan una naturaleza eminentemente jurídica- en aras de salvaguardar intereses mayores. Veamos:

“Por medio del artículo 95 de la Carta Política, el Constituyente estableció como deber del ciudadano y de toda persona, responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. Y este deber

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-237 de 1997.

*individual no desaparece cuando las personas dejan de actuar a nombre propio en su ámbito particular, y pasan a cumplir temporalmente funciones públicas, o a ejercer las competencias propias de la investidura que les ha sido conferida: más aún, el deber de actuar solidariamente no es exclusivo de las personas naturales, obliga también a las personas jurídicas reconocidas y a las comunidades organizadas*²⁴.

Según lo expuesto en la Sentencia C-177 de 2016 proferida por la Corte Constitucional, es preciso destacar que la solidaridad es un valor constitucional que presenta una triple dimensión, a saber: 1). Como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; 2). Como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; 3). Como un límite a los derechos propios.

Por lo expuesto, la Sala subraya que el principio de solidaridad, consagrado en la Constitución, conlleva que, eventualmente, nazcan en cabeza de todas y cada una de las personas presentes en el territorio nacional la obligación de socorrer al prójimo. Más aún, si éste último se encuentra en una situación donde existe una amenaza -consolidada o no- directa al goce efectivo de sus derechos fundamentales. La Corte Constitucional ha indicado entonces:

“El preámbulo y el artículo 95 de la Constitución Política establecen como uno de los parámetros fundamentales de nuestra sociedad a la solidaridad. Pues bien, sobre el marco dentro del cual se desenvuelve tal principio como pauta de protección de las personas que se encuentren en estado de debilidad, el pleno de la esta Corporación en la sentencia SU-256 de 1996²⁵ consideró:

“La construcción de la solidaridad humana y no la competencia mal entendida por sobrevivir, es el principio de razón suficiente del artículo 95 de la Carta Política y por ello, en lugar de rechazar a quien está en situación ostensible de debilidad, es deber positivo de todo ciudadano -impuesto categóricamente por la Constitución- el de socorrer a quien padece la necesidad, con medidas humanitarias. La acción humanitaria es aquella que desde tiempos antiquísimos inspiraba a las religiones y a las

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-362 de 1997.

²⁵ M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa, argumento jurídico 2.5.. Caso en el cual se examinó el despido aparentemente legítimo de una persona afectada por el virus del VIH.

Expediente: 15238 3333 001 2015 00034 01

Demandante: Sandra Milena Viasus Becerra y José Olver Mendivelso

Demandado: Municipio de Duitama y otros

Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos

sociedades filantrópicas hacia la compasión y se traducían en medidas efectivas de socorro, que hoy recoge el derecho internacional humanitario (...)

En estricto, respecto del deber de solidaridad en el caso de los ciudadanos que hayan soportado un desastre, la Corte²⁶ ha sostenido lo siguiente:

“En esta medida, en el caso de personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, debido a su estado de vulnerabilidad a causa del acaecimiento de un desastre, el principio de solidaridad cobra una dimensión concreta que hace que el derecho a una vida digna se relacione directamente con la salud, con la seguridad alimentaria y con la protección mínima de seguridad ante los peligros de la intemperie entre otros aspectos. Por esta razón tanto el Estado, como la sociedad y la familia deben concurrir a la protección de este bien jurídico.

“En conclusión, la Sala estima que en situaciones de desastre la solidaridad se concreta como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar tanto el Estado como la sociedad (sentencia T-434 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil). En esta medida las personas que se han visto afectadas de forma indirecta por las consecuencias de un desastre, específicamente por las consecuencias que implica la nueva situación de los damnificados en el entorno social, deben colaborar activamente en la mitigación de los daños obrando conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas (C.P. artículo 95 numeral 2), por lo cual deben abstenerse de ordenar o ejecutar actos que puedan amenazar, profundizar la condición vulnerable de la población que ha sufrido directamente los efectos de la calamidad, o de dañar la vida de sus semejantes, procurando el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.

En conclusión, es necesario tener en cuenta que ante una situación de calamidad o ruina se derivan, por lo menos, dos resultados constitucionalmente relevantes: (i) la obligación de parte de todos los habitantes de socorrer y ayudar a quienes hayan

²⁶ Sentencia T-1125 de 2003, Sala Sexta de Revisión. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cuba, argumento jurídico 2. Providencia en donde se estudiaron y apoyaron las estrategias de protección de los damnificados de un incendio.

quedado en situación de debilidad por el siniestro, y (ii) la posibilidad de ejercicio de la acción de tutela aún contra particulares, debido al estado de indefensión generado por la catástrofe”.

Por lo expuesto en acápites anteriores, esta Sala señala entonces que, conforme la interpretación que la Corte Constitucional ha efectuado del texto de la Carta Magna, el principio de la solidaridad no debe entenderse como un sentimiento de benevolencia o caridad, sino como una auténtica disposición normativa que exige la responsabilidad común (tanto de personas públicas, como de personas privadas - sean naturales o jurídicas-) ante la injusticia. Así, dicho en otros términos, no se trata entonces de exigir ciertas pautas de comportamiento conforme a la cual deberán obrar las personas en determinadas ocasiones de manera caprichosa, sino que se trata de que el Juez haga efectivas las cláusulas constitucionales que implican la responsabilidad colectiva que tenemos como sociedad, ya sea frente a un ciudadano en particular, o frente a un grupo de ellos -tratándose de los derechos colectivos-.

5.6. Rol del apelante adhesivo. La figura de la apelación adhesiva está prevista por el parágrafo del artículo 322 del CGP de la siguiente manera:

“La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que lo profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite apelación de la sentencia. El escrito de adhesión deberá sujetarse a lo previsto en el numeral 3 de este artículo. La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal”.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado, en vigencia del derogado Código de Procedimiento Civil, consideró sobre el alcance de la apelación adhesiva lo siguiente²⁷:

“Los límites materiales y formales que se tiene en esta instancia están determinados por el contenido de la apelación. Por esta razón, dispone el artículo 357 CPC que este recurso se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante. de manera que

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, - SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D. C., octubre primero (1) de dos mil ocho (2008). Radicación número: 52001-23-31-000-1994-06078-01(17070).

no se puede agravar la situación del apelante único²⁸. A este principio se le ha denominado como la *no reformatio in pejus*.

No obstante la anterior regla, ella se rompe en dos casos, por lo menos en este tipo de procesos ordinarios, pues en algunos de naturaleza constitucional, como la tutela, se admite la posibilidad de reformar en peor, pero en la instancia de la revisión oficiosa que hace la Corte Constitucional²⁹ -no cuando se trata de la resolución al recurso de apelación del apelante único-: i) cuando apelan las dos partes del proceso, o ii) cuando quien no apela se adhiere al recurso.

En estos dos supuestos la ley autoriza, por razones lógicas, que el juez no quede atado a la favorabilidad que cada apelante busca para su situación procesal, con la interposición del recurso, pues es preciso dotarlo de la capacidad para resolver con libertad, pues de no hacerlo carecerían de sentido los recursos interpuestos, pues el

²⁸ Dispone el art. 357 - modificado por el decreto 2282/89, art. 1º, núm. 175 - que: "Competencia del superior. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

"En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desgloses. Si el superior observa que en la actuación ante el inferior se incurrió en causal de nulidad que no fuere objeto de la apelación, procederá en la forma prevista en el artículo 145. Para estos fines el superior podrá solicitar las copias adicionales y los informes del inferior que estime conveniente.

"Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá preferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante."

²⁹ Afirma la Corte Constitucional, en este sentido, en la sentencia T-400 de 1996, que: "Pero no es menos cierto que, cuando se trata de medidas adicionadas a la tutela concedida, que pueden resultar gravosas para la persona o entidad contra quien se ha fallado, como cuando se trata de la indemnización en abstracto (artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 o, excepcionalmente, del pago de sumas de dinero, obra el principio consagrado en el artículo 31 de la Constitución, según el cual "el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único", que no tiene su aplicación únicamente en materia penal sino en todas las ramas del Derecho, como lo expresó esta Corte en sentencias C-055 del 15 de febrero de 1993 y T-233 del 25 de mayo de 1995.
(...)

"No sobra aclarar que, en sede de revisión ante la Corte Constitucional, las aludidas advertencias no tienen cabida, en cuanto su competencia no procede de recurso alguno de las partes sino de la propia Constitución, siendo por ello plena." (Negritillas fuera de texto)

En la sentencia T-080 de 1998 se reitera que "Cabe advertir que en el caso sub examine, no es aplicable el fenómeno jurídico de la *reformatio in pejus*, pues este solamente se produce cuando se agrava la situación del "apelante" y como es bien sabido, la Corte Constitucional no conoce de la revisión de sentencias de tutela en virtud de recurso alguno de apelación o impugnación, sino en desarrollo de los preceptos constitucionales que consagran la competencia de la Corte para revisar por vía directa y en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (artículo 241 numeral 9o. de la C.P.).

"De manera que por dichas razones, no es dable hablar de la *reformatio in pejus* con respecto a las decisiones que deba adoptar la Corte Constitucional, en relación con sentencias de tutela materia de revisión." (Negritillas fuera de texto)

ad quem no podría decidir en ningún sentido.

En efecto, si las dos partes apelan, y si además no se pudiera reformar en peor, se tendría que mantener intacta la sentencia, pues lo que se diga frente a cada recurso normalmente busca mejorar la posición de quien lo interpone, y desmejorar la de su contraparte. En tal caso, sería inútil tramitar los recursos de apelación.

Ahora bien, tratándose del recurso de apelación adhesiva, es decir, el que puede interponer la parte que deja vencer el término de 3 días con que contaba para apelar de manera principal, también se rompe el principio de la no reformatio in pejus, pues el inciso primero del artículo 357 CPC lo dispone de esta manera. Sin embargo, antes de considerar esta situación es necesario precisar el alcance de esta forma de apelación.

Esta figura está regulada en el art. 353 CPC, el cual aplica, por analogía -a falta de norma especial en el CCA-, a los procesos que se surten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (...).

(...) Los elementos que configuran esta institución son los siguientes:

En primer lugar, se parte del supuesto de que quien no apeló puede hacerlo de manera adhesiva. Esta norma, desde luego, hace referencia a que la parte no haya apelado de manera principal, pues es claro que el apelante adhesivo también es un recurrente, es decir, que también impugna la sentencia, sólo que lo hace en una calidad diferente, y es a ello a lo que se refiere la norma.

Esta posibilidad resulta bastante exótica, en principio, pues se tiene como punto de partida que a la parte se le venció el término con que contaba para apelar la sentencia, no obstante lo cual la ley procesal le permite hacerlo, bajo una calidad muy particular: en forma adhesiva.

Esta alternativa supone, a su vez, que la sola voluntad de la parte de apelar es lo que determina esta posibilidad. Es decir, que a ello no puede oponerse, de manera directa, quien hubiere apelado de manera principal, pues su criterio no determina la validez de esta forma de impugnación.

No obstante, también cabe decir, dentro de esta primera idea caracterizadora de la figura, que de ella no puede hacer uso la parte que hubiere apelado de manera

principal, pero que olvidó cuestionar algún punto que sí puso en conocimiento otro apelante principal. La razón es obvia, no se puede ser apelante principal y, a la vez, apelante adhesivo de otro principal, por la sencilla razón de que la norma dispone que esta condición sólo la puede tener "la parte que no apeló..."³⁰ (art. 353 CPC)

En segundo lugar, la adhesión puede hacerse a cualquiera de los recursos de apelación interpuesto por cualquiera de las partes del litigio. Es decir, que este recurso no tiene condicionada su procedencia a que se trate de uno de los extremos del proceso en particular -la parte actora o la demandada-, como sí ocurrió antes de la reforma introducida al art. 353 CPC.³¹ (...)

(...) En tercer lugar, este recurso es dependiente del principal, en varios sentidos -de ahí el nombre de "adhesión": pues sólo puede presentarse en tanto alguna de las partes hubiere apelado. En otras palabras, no existe apelación adhesiva sin apelante principal. La razón es lógica, pues no se estaría adhiriendo a nada³².

Esta característica alcanza un nivel más profundo del recurso, la cual se infiere, por interpretación, de la norma citada. Se trata de que el apelante adhesivo no tiene la posibilidad de sustentar el recurso, de manera que, en principio, queda atado a las razones o argumentos expuestos por el apelante principal.

Sin embargo, este aspecto tiene un sentido positivo, desde la perspectiva de que se trata de una posibilidad extrema que la ley procesal concede a quien no apeló en

³⁰ En tal sentido, manifestó esta Sala, en el auto de 19 de febrero de 2004 -exp. 26.162- que "Las expresiones iniciales de la norma sobre "la parte que no alegó" (sic) deben entenderse referidas al que no apeló en el término de ejecutoria, no al que apeló antes o después del término de ejecutoria, pues la finalidad de la disposición, entre otras, es la de que **una parte jamás pueda ser, al tiempo, apelante principal y adhesivo.** A ello se debe que la doctrina diga lo siguiente con base en el sentido total de la norma..." (Negrillas fuera de texto)

³¹ Disponía el art. 353 del entonces decreto 1400 de 1970 que "APELACIÓN ADHESIVA. La parte que no apeló **podrá adherir al recurso interpuesto por la contraria**, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. La adhesión podrá hacerse hasta el vencimiento del término para alegar." (Negrillas fuera de texto)

³² En este sentido, expresa la Sección Cuarta que "El artículo 353 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en lo Contencioso Administrativo por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, consagra la figura jurídica de la "apelación adhesiva", dándole el carácter de subsidiaria, dependiente, subordinada de la apelación principal, al punto que la apelación adhesiva se entiende como secundaria de la apelación principal; lo cual implica que la apelación adhesiva queda sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.

"En el caso de autos, como el recurrente no cumplió con la carga procesal de la sustentación, dando lugar a que se declare desierto el recurso, igual suerte seguirá la apelación adhesiva, dada su naturaleza de subsidiaria, dependiente y subordinada de la apelación principal." (Auto de 20 de febrero de 2003, exp. 13.309)

tiempo, de manera que le permite adherirse, pura y simplemente, lo cual constituye una oportunidad valiosa que se ofrece a una parte para sacar provecho de una posibilidad que cada quien debe evaluar en el caso concreto.

Esta cualidad, la de ser un recurso dependiente, también se resalta, finalmente, por lo que expresa el inciso segundo del artículo citado, pues allí se dispone que “La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.” Esto muestra que su acto procesal carece de la autonomía que tiene el apelante principal, quien sólo depende de su propia voluntad para mantener en el proceso su vocación impugnatoria.

En cuarto lugar, de esta forma de apelación puede hacerse uso ante el juez que profirió la sentencia, mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior, hasta el vencimiento del plazo para alegar. Se trata de una oportunidad sumamente amplia en el tiempo, pues es sabido que el término para alegar, ante la justicia administrativa, es la etapa inmediatamente anterior a la del fallo, de manera que se trata de un considerable lapso que se concede a quien, por cualquier razón, no haya apelado de manera principal.

En quinto lugar, la norma dispone que la apelación adhesiva se entiende interpuesta “... en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable...”. Este aspecto de la norma es más problemático de analizar, porque requiere una interpretación adecuada para que la figura adquiera sentido.

Una primera interpretación podría sugerir que al apelante adhesivo se le estudia todo lo que le fuere desfavorable de la sentencia, siempre que quepa dentro del recurso de apelación principal, al cual ha adherido.

Otra interpretación entendería que por el sólo hecho de apelar, en forma adhesiva, el recurrente tiene derecho a que el ad quem le estudie todos los aspectos de la sentencia que le sean desfavorables. Esta postura cita en su defensa que la norma dispone, clara y expresamente, que la parte adhiere “... en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable...”.

Esta posición daría lugar a pensar que al apelante principal sólo se le pueden estudiar los puntos de su apelación, a pesar de ser la parte que cumplió con los términos para interponer el recurso; pero al apelante adhesivo, el que dejó vencer los términos, se le analizan todos los aspectos que le fueren desfavorables. En este

sentido, este recurso se comportaría como una consulta en su favor, beneficiando al incumplido.

La Sala, advirtiendo los problemas hermenéuticos y lógicos que ofrece el artículo 353 CPC, y admitiendo que las dos posiciones planteadas tienen insuficiencias, aunque también arrojan análisis correctos en algunos aspectos, entiende que la apelación adhesiva comporta, para los efectos que en adelante se presenten sobre este tema, que el apelante adhesivo tiene derecho a que le estudien, sin limitaciones, la posición en que lo dejó la sentencia del a quo.

Este criterio se fundamenta en el propio art. 353 CPC, que dispone que el ad quem debe estudiar su situación "... en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable..."; es decir, que en relación con el apelante principal no opera el principio de la no reformatio in pejus, quien podría ver desmejorada su situación, por autorización expresa de esta norma, pues no otra interpretación se le puede dar al aparte citado.

No obstante, aclara la Sala, precisando el alcance de esta figura procesal, que el mismo tratamiento se le debe dar al apelante principal. Es decir, que en relación con él también se estudiará la sentencia del a quo -por razones lógicas y de igualdad procesal- en todo lo que le fuere desfavorable.

En otras palabras, los asuntos sometidos por éste al debate, dado que se abrirá el recurso de manera completa, en virtud de la apelación adhesiva, impone que frente a él -que fue la parte que apeló en tiempo- también se aplique la misma situación en que queda el apelante adhesivo, pues mal podría éste resultar mejor tratado, desde este punto de vista, que el apelante principal.

En conclusión, la Sala estudiará el proceso sin limitación alguna, advirtiendo que no opera la figura de la no reformatio in pejus para las partes, con lo cual queda abierto el proceso, de manera plena, y por esta razón se estudiará la demanda y su contestación, como pasará a analizarse".

Tal postura sería confirmada posteriormente por dicha Corporación, tal y como puede verse en las providencias del 7 de noviembre de 2012³³.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de noviembre de 2012, Rad. 21611.

Expediente: 15238 3333 001 2015 00034 01
Demandante: Sandra Milena Viasus Becerra y José Olver Mendivelso
Demandado: Municipio de Duitama y otros
Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos

Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de Estado ha sostenido con posterioridad que, cuando la decisión **es favorable a las pretensiones del demandante**, este no está facultado para interponer recurso de apelación, toda vez que la sentencia favorable excluye su interés legítimo para recurrir. Así, en palabras del Consejo de Estado, en providencia del 14 de julio de 2017³⁴:

“De manera que, para que la parte que no apeló pueda hacer uso de la apelación adhesiva, la decisión debe ser desfavorable a sus intereses. En este caso, como se ve, la decisión fue favorable a los intereses del demandante, pues, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca acogió las súplicas de la demanda. Por lo tanto, la apelación adhesiva resulta improcedente”.

Además de lo anterior, debe destacar la Sala que el anterior pronunciamiento sigue una línea que el Consejo de Estado había establecido con anterioridad. Lo anterior, dado que, mediante providencia del 5 de junio de 2014³⁵, la citada Corporación había considerado, en un sentido similar, lo siguiente:

“Conforme con lo expuesto, es claro que en el sub-examine no se cumplen los requisitos previstos en el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil **porque la sentencia no le fue desfavorable a las pretensiones de la parte demandante**, es decir, no se puede tener a esta parte como un recurrente que tiene interés en apelar la sentencia en una calidad diferente al apelante principal pero con su misma intención o finalidad que no es otra que el superior del a quo “estudie la cuestión decidida en primer grado y la revoque o reforme”³⁶, es decir, que en segunda instancia se revise la actividad decisorio que define el litigio.

Para la Sala no es procedente la pretensión de la parte actora en el sentido de acudir a la institución de la apelación adhesiva para que se revoquen los considerandos de la decisión de primera instancia porque lo cierto es que la actividad justificatoria realizada por el juez, entendida como la acción de motivar la decisión o de dar la razón o razones que ha tenido para proferir una decisión judicial, no es objeto de

³⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO (E). Bogotá D.C., catorce (14) de julio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 76001-23-33-000-2014-01154-01(22908).

³⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-27-000-2009-00134-01(19437).

³⁶ Artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

recurso alguno porque lo que finalmente se discute es la decisión desfavorable a las pretensiones de una o de todas las partes”.

5.7. Del Caso Concreto. Descendiendo al caso de marras, observa la Sala que, como se había indicado con anterioridad, el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Duitama se orienta a que se ordene revocar el numeral 2° del literal c) del segundo numeral de la sentencia de primera instancia, consistente en la obligación de entregar “a cada una de las familias afectadas, un tanque tipo PVC de por lo menos 500 litros, para el adecuado almacenamiento del agua suministrada”. En tal sentido, la Sala debía interrogarse si dicha orden estaba o no conforme al ordenamiento jurídico vigente, teniendo en cuenta las obligaciones y responsabilidades que tienen los entes territoriales -y más específicamente, los municipios- tratándose de la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado.

Así las cosas, esta Sala considera que, según lo expuesto en las consideraciones generales, efectivamente la orden debe revocarse por lo siguiente. En primer lugar, debe subrayarse que, si bien conforme la Ley 142 de 1994, se debe 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, ampliando permanentemente la cobertura³⁷, lo cierto es que esa prestación continua e ininterrumpida el servicio no implica que el Estado, o sus entes territoriales, deban proveer a los usuarios de todas y cada una de las condiciones básicas para el acceso al servicio.

Por el contrario, si se observa detenidamente lo dispuesto por el artículo 7 del Decreto 302 de 2000, es un hecho que, para obtener la conexión de los servicios de acueducto y alcantarillado, el inmueble -cuya propiedad es únicamente del usuario- deberá cumplir, entre otros, con los siguientes requisitos:

7.1 Estar ubicado dentro del perímetro de servicio, tal como lo dispone el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley 388 de 1997.

7.2 Contar con la Licencia de Construcción cuando se trate de edificaciones por construir, o la cédula catastral en el caso de obras terminadas.

7.3 Estar ubicado en zonas que cuentan con vías de acceso o espacios públicos y

³⁷ En aras de atender prioritariamente las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.

redes de acueducto o alcantarillado requeridas para adelantar las redes locales y las conexiones domiciliarias que permitan atender las necesidades del inmueble.

7.4 Estar conectado al sistema público de alcantarillado, cuando se pretenda la conexión al servicio de acueducto, salvo lo establecido en el artículo 4o. de este decreto.

7.5 Contar con un sistema de tratamiento y disposición final adecuada de aguas residuales debidamente aprobado por la autoridad ambiental competente, cuando no obstante, ser usuario o suscriptor de la red de acueducto, no existe red de alcantarillado en la zona del inmueble.

(...) 7.8 Contar con tanque de almacenamiento de agua cuando la Entidad Prestadora de Servicios Públicos lo justifique por condiciones técnicas locales. Los tanques de almacenamiento deberán disponer de los elementos necesarios para evitar los desperdicios y la contaminación del agua y deberán ajustarse a las normas establecidas por la entidad

Además de ello, la Sala subraya que la anterior disposición normativa se encuentra conforme con lo dispuesto por el artículo 135 de la citada Ley 142 de 1994, que dispone lo siguiente: "La propiedad de las redes, equipos y elementos que integran una acometida externa será de quien los hubiere pagado, si no fueren inmuebles por adhesión (...)".

En segundo lugar, analizada la providencia de primera instancia, no se observa que haya una completa justificación del fallador en aras de que, por garantizar debidamente derechos consagrados en la Constitución, se haga imperativa la inaplicación con efectos interpartes de la ley, en los términos del artículo 148 del CPACA. Por el contrario, para ésta Sala es claro que el artículo 355 de la Carta Política establece claramente la siguiente prohibición que no puede ser desconocida por los Jueces de la República: "Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado".

En tercer lugar, debe destacarse que si bien los municipios, en los términos del artículo 5 de la Ley 142 de 1994, están obligados a asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto y alcantarillado; tal deber **no implica** que deban asumir la financiación de las obras o

elementos que cada inmueble requiera para acceder al servicio. De hecho, la única financiación que el ordenamiento jurídico admite, es la consagrada en la Ley 715 de 2001, conforme a la cual los municipios deben realizar *“directamente o a través de terceros la ampliación, rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de servicios públicos”*. Así, la infraestructura es únicamente la que alude a las partes básicas esenciales que sostienen una estructura, o al grupo de elementos que son necesarios para la prestación del servicio público, de la cual hacen parte únicamente las redes de conexión³⁸.

De otra parte, en cuarto lugar, pese a que el derecho fundamental al agua potable impone a las autoridades públicas ciertas cargas, lo cierto es que éstas únicamente se circunscriben a garantizar a los usuarios lo siguiente: *“(i) el derecho a disponer, y a (ii) acceder a cantidades suficientes, esenciales y continuas de agua, y además, que la misma sea (iii) de calidad “para los usos personales y domésticos”, es decir salubre y, por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Igualmente, deberá tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso”³⁹*. Así, si se efectúa una lectura atenta de las obligaciones que pesan sobre los entes territoriales, no se observa que éstos estén compelidos a efectuar inversiones en propiedades privadas para que éstas puedan acceder al servicio público reclamado. Lo anterior, como consecuencia que el Estado social, de Derecho colombiano, más allá de implicar un paternalismo caritativo, ha consagrado que el ejercicio efectivo de los derechos propios está supeditado, en algunas ocasiones, al cumplimiento previo de ciertas obligaciones - como las que ya se describieron, tratándose del artículo 7 del Decreto 302 de 2000-.

Finalmente, en quinto lugar, si bien el Juez en sede popular no tiene vedado adoptar decisiones extra-petita, lo cierto es que no es dable que él proceda a desconocer, sin mayor justificación, el principio de congruencia que deben guardar todas las decisiones judiciales en el territorio colombiano. Así, conforme se expuso en las consideraciones generales, el Juez -aun como garante de protección de los

³⁸ Como se indicó en las consideraciones generales de la presente providencia, el H. Consejo de Estado señaló en sentencia del 2 de mayo de 2013, a través de la Sección Tercera y con ponencia de Mauricio Fajardo Gómez, lo siguiente: *“Así, el Decreto 951 de 1989 precisó la noción de infraestructura de acueducto y alcantarillado, de la cual hacen parte las redes matrices y locales, estableciendo para cada una de ellas las reglas en cuanto a su financiación y obligación de mantenimiento; mientras que las redes matrices son de competencia de las entidades territoriales, las redes locales son de competencia de los beneficiarios (tanto para el pago de su construcción o construcción directa en aquellos casos en que se haya radicado esa obligación en cabeza del constructor). Lo cierto es que de la normativa transcrita se desprende la obligación para el beneficiario de construir las obras relativas a las redes locales, sin perjuicio de que a cargo del beneficiario o interesado la entidad territorial pudiera construirla”*.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-143 de 2017

derechos e intereses colectivos- debe respetar ciertos límites en su accionar y, por lo tanto, su decisión "(...) encuentra su límite en las acciones ordinarias en las pretensiones, y hechos aducidos en la demanda, corrección o adición a la misma y en los hechos exceptivos alegados por el demandado y, por tanto, no le es dable ni al juez ni a las partes modificar la causa petendi a través del señalamiento de nuevos hechos, ni siquiera planteados a lo largo del proceso o en el recurso de apelación, so pena de incurrir en la violación al principio de congruencia"⁴⁰.

Teniendo en cuenta lo expuesto en el acápite anterior, para la Sala es claro que la orden dispuesta por el Juez de primera instancia, en el sentido de ordenar la entrega de tanques tipo PVC de 500 litros con destino a los habitantes del sector El Rosal de la vereda Tocogua en el Municipio de Duitama, no guardó congruencia ni con los hechos aducidos en la demanda, ni con los hechos exceptivos alegados por las entidades demandadas, por lo cual se considera que, de forma indebida, modificó parcialmente la causa petendi al incluir nuevas pretensiones en la presente litis; más aún cuando el mismo fallador de primera instancia reconoce en su providencia que ese punto en específico de la presente controversia era únicamente un "aporte que el Juzgado había recomendado en el control de la medida cautelar (...)". Por lo anterior, esta Sala revocará el numeral 2° del literal c) del segundo numeral de la sentencia de primera instancia.

Resuelto el primer interrogante, procede la Sala a analizar el recurso que interpuso la Asociación de suscriptores del Acueducto San Antonio (al cual se adhirieron los demandantes) que se orienta a que éste Tribunal revoque el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia proferida el pasado 4 de septiembre de 2017. Así las cosas, como se indicó precedentemente, el problema jurídico a resolver se orientaba a determinar si era incorrecto haber ordenado a la Asociación de suscriptores del Acueducto San Antonio que dicha prestara su cooperación y apoyo al municipio de Duitama para solucionar la problemática del caso de marras.

Sobre el particular, la Sala no accederá a lo pretendido por los recurrentes -principal y adhesivo- teniendo en cuenta dos razones. La primera de ellas, porque a juicio de la Sala, tanto la Asociación de suscriptores del Acueducto San Antonio, como los demandantes, efectúan -al parecer- una lectura inexacta de los alcances de la

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Bogotá D. C., tres (3) de marzo de dos mil cinco (2005). Radicación número: 25000-23-27-000-2003-2304-01(AP). Actor: WILLIAM REINI FARIAS PEDRAZA. Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Referencia: ACCION POPULAR

sentencia de primera instancia dado que el fallador jamás impuso una obligación cierta en cabeza de la citada Asociación.

Por el contrario, lo que se observa al analizar detenidamente el numeral cuarto de la providencia del 4 de septiembre de 2017, es que eventualmente habrá una orden de 'cooperar' y 'apoyar' al municipio siempre que se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones: 1). Que la solución que se acoja por parte del ente territorial, entre las tres alternativas viables⁴¹, sea la que resultó de la consultoría N° CMI-2015-058 (cuaderno anexo 1 del presente proceso); 2). Que dicha alternativa, en comparación con las otras, resulte ser la más conveniente para solucionar la problemática de la población residente en el sector El Rosal; 3). Que, previamente a la hipotética 'cooperación y apoyo' al ente territorial, haya una concertación entre éste y la Asociación de suscriptores del Acueducto San Antonio; y, 4). Que, de llegar a considerarse que la alternativa más viable es la que vincula a la Asociación; se optimice la infraestructura de ésta última.

Además de lo anterior, también debe tomarse en cuenta que, en las consideraciones de la sentencia de primera instancia, el Juez dejó claridad que "no se vinculó a la acción popular (a la Asociación) porque en estricto sentido tenga alguna obligación legal de ampliar la cobertura del servicio de acueducto a su cargo en favor de la comunidad necesitada del mismo, sino que su vinculación obedece a la posibilidad de que en concertación con el municipio se pueda optimizar el acueducto a través de las inversiones requeridas a cargo del ente territorial, en caso que se acoja como alternativa técnica y financieramente viable para dar solución a la comunidad necesitada". Además de que se precisó que "se reitera, en caso que se acoja como opción viable, la optimización de todo el proceso corresponde al municipio accionado, comenzando por establecer si se requiere la

⁴¹ La alternativa 1 surgió del contrato de consultoría CMI-2015058 que tuvo por objeto "estudios y diseños de la red de distribución para la cobertura de agua potable de la vereda San Luis sector El Rosal". Por su parte, las alternativas 2 y 3, fueron el fruto del dictamen pericial practicado en el trámite del presente proceso.

Alternativa 1: que el acueducto de San Antonio Norte suministre agua potable para los habitantes del sector El Rosal, previa optimización de los procesos de captación, conducción, potabilización y distribución a cargo del municipio de Duitama, en coordinación con la Asociación de Suscriptores del Acueducto San Antonio Norte.

Alternativa 2: Abastecer desde el tanque de almacenamiento El Hogar, vereda Tocogua, para abastecer los usuarios que habitan desde la parte media alta del sector El Rosal hasta la parte más baja; y que la parte alta del sector El Rosal se abastezca del Acueducto San Luis de la vereda San Luis, el cual se encuentra a una altura más elevada del El Rosal.

Alternativa 3: Abastecer a la comunidad El Rosal parte media alta hacia abajo, desde el tanque de almacenamiento La Milagrosa el que se provee de un pozo profundo y que la parte alta se abastezca del Acueducto San Luis de la vereda San Luis, el cual se encuentra a una altura más elevada del El Rosal.

Expediente: 15238 3333 001 2015 00034 01
Demandante: Sandra Milena Viasus Becerra y José Olver Mendivelso
Demandado: Municipio de Duitama y otros
Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos

ampliación de la concesión de aguas, teniendo en cuenta que la demanda hídrica adicional para atender a la comunidad de El Rosal es de menos de 1 LPS".

Lo indicado implica que, en caso de que el recurrente finalmente tuviera que 'cooperar y apoyar' al Municipio de Duitama, de todas formas la Asociación no sólo no estaría obligada a hacer las inversiones del caso con sus propios recursos, sino que, por el contrario, el mejoramiento de su infraestructura se haría con cargo a los recursos del ente territorial. Tal hecho -eventual- implica que, además de solucionarse la problemática de los habitantes del sector El Rosal en la Vereda Tocogua del Municipio de Duitama, los actuales usuarios del servicio público que presta la Asociación de suscriptores del Acueducto San Antonio se beneficiarían de dichas mejoras, sin que en ningún momento pudieran ver desmejorada su situación vigente.

Sin perjuicio de lo expuesto, la segunda razón que lleva a la Sala a no acceder a la revocatoria del numeral cuarto de la sentencia del pasado 4 de septiembre de 2017 es que, conforme se expuso en las consideraciones generales de la presente providencia, tanto sobre la Asociación de suscriptores del Acueducto San Antonio, como sobre todas las demás personas naturales y jurídicas presentes en el territorio colombiano pesa un deber de solidaridad. Así las cosas, se reitera que la solidaridad es un valor constitucional que implica que las autoridades puedan establecer, respecto de los particulares, bien sea determinadas pautas de comportamiento a la cual deberán apegarse las personas en determinadas ocasiones, bien sea limitar los derechos propios en aras de hacer prevalecer el interés general.

En tal sentido, no se considera que la orden contenida en el numeral cuarto de la providencia del Juez de primera instancia esté contraria al ordenamiento jurídico, sino que, lejos de ello, la misma se enmarca en la interpretación que sobre la 'solidaridad' ha efectuado la Corte Constitucional en sus diferentes pronunciamientos jurisprudenciales. En consecuencia, reitera ésta Sala, el principio de la solidaridad no debe entenderse como un sentimiento de benevolencia o caridad, sino como una auténtica disposición normativa que exige la responsabilidad común ante la injusticia.

Finalmente, tratándose de la tercera controversia jurídica planteada, ésta Sala recuerda que la misma surge porque la parte demandante, en calidad de apelante adhesivo -en los términos del parágrafo del artículo 322 del CGP- señaló en su escrito (fls. 594-602) que, contrario a lo resuelto por el Juez de primera instancia, sí

le asistía una responsabilidad directa a Empoduitama, siendo lo correcto -según su opinión- adoptar "algunas de las alternativas descritas dentro del dictamen pericial y estudio técnico aportado por la Sociedad de Ingenieros y Arquitectos de Boyacá (...) dentro del que se dictamina que debe ser la empresa Empoduitama, quién preste apoyo al municipio de Duitama en la prestación del servicio de acueducto para la comunidad del Rosal".

En tal sentido, para la Sala era claro que el apelante adhesivo no sólo se adhería al recurso que había interpuesto la Asociación de suscriptores del Acueducto San Antonio (el cual solicitaba revocar el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia), sino que -así no se indicara de forma explícita- también estaba en desacuerdo con el numeral tercero de la providencia en mención. Tal circunstancia obligó a que la Sala se preguntara si el apelante adhesivo tiene la facultad de formular pretensiones distintas a las del apelante al cual se adhiere.

Así las cosas, para dilucidar lo anterior, se considera que los demandantes, en calidad de apelantes adhesivos, excedieron lo permitido por el ordenamiento jurídico vigente y, por tanto, su solicitud de que se estudie la supuesta responsabilidad directa de Empoduitama debe desestimarse. Lo anterior se considera así dado que, como se señaló en las consideraciones generales de la presente providencia, el recurso de apelación adhesivo es un recurso dependiente del recurso principal, característica que implica que "el apelante adhesivo no tiene la posibilidad de sustentar el recurso, de manera que, en principio, queda atado a las razones o argumentos expuestos por el apelante principal"⁴².

Aunado a lo anterior, se reitera que, en concepto del Consejo de Estado, si la sentencia resulta favorable a los intereses del recurrente adhesivo, tal y como sucedió en el presente caso, éste **no** está facultado para interponer recurso de apelación, toda vez que la sentencia que accede a sus pretensiones excluye su interés legítimo para recurrir⁴³.

Así, teniendo en cuenta que no se cumplen los presupuestos para que el recurso de apelación adhesivo interpuesto por la parte actora sea procedente; y dado que si los demandantes querían ventilar otro tipo de cuestiones diferentes a las ya expuestas

⁴² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D. C., octubre primero (1) de dos mil ocho (2008). Radicación número: 52001-23-31-000-1994-06078-01(17070).

⁴³ Así, en la ya citada providencia del 14 de julio de 2017 del H. Consejo de Estado, se indicó claramente que "para que la parte que no apeló pueda hacer uso de la apelación adhesiva, la decisión debe ser desfavorable a sus intereses". Éste pronunciamiento, como se indicó en las consideraciones generales, reitera lo ya dicho en providencia del 5 de junio de 2014, citada con anterioridad.

Expediente: 15238 3333 001 2015 00034 01
Demandante: Sandra Milena Viasus Becerra y José Olver Mendivelso
Demandado: Municipio de Duitama y otros
Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos

en el recurso al cual se adhirieron, debían hacerlo dentro de la oportunidad prevista por el artículo 37 -y concordantes- de la Ley 472 de 1998, interponiendo ellos mismos un recurso de apelación principal -y no adhesivo-, la Sala concluye que los demandantes no tenían la facultad de formular pretensiones distintas a las formuladas por la Asociación de suscriptores del Acueducto San Antonio y, por tanto, no hay lugar al estudio de la solicitud encaminada a endilgarle una presunta responsabilidad directa a la E.S.P. Empoduitama.

5.8. Del reconocimiento de personería. Nancy Yamile Córdoba Chinchilla, en su condición de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Municipio de Duitama, acreditada mediante escrituras públicas N° 4.444 del 30 de diciembre de 2015 (fls. 645-651) y N° 0024 del 14 de enero de 2016 (fls. 652-657) y las respectivas certificaciones del caso (fls. 658-659), confirió poder especial en legal forma a la abogada Nancy Helena López Carvajal, identificada con cédula de ciudadanía N° 46.458.191 de Duitama y tarjeta profesional N° 185.320 del Consejo Superior de la Judicatura.

Este mandato, por reunir los requisitos de ley, será aceptado y se reconocerá personería a la profesional del derecho en los términos del mismo, según documento obrante a folio 644 del expediente.

5.9. Costas. Con base en lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, no habrá condena en costas dado que, en el presente proceso, la Litis versaba sobre un interés público, hipótesis que según lo dispuesto por el legislador es causal para proferir condena y liquidación en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. FALLA:

Primero. Revocar el numeral 2° del literal c) del segundo numeral de la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2017 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en el marco del expediente en N° 15238 3333 001 2015 00034 01, consistente en la obligación que se había puesto a cargo del municipio de Duitama de entregar "a cada una de las familias afectadas, un tanque tipo PVC de por lo menos 500 litros, para el adecuado almacenamiento del agua suministrada", por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

Expediente: 15238 3333 001 2015 00034 01
Demandante: Sandra Milena Viasus Becerra y José Olver Mendivelso
Demandado: Municipio de Duitama y otros
Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos

Segundo. Confirmar en todo lo demás la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2017 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en el marco del expediente en N° 15238 3333 001 2015 00034 01, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

Tercero. No condenar en costas en ésta instancia, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Cuarto. Reconocer personería para actuar en nombre del Municipio de Duitama a la abogada Nancy Helena López Carvajal, identificada con cédula de ciudadanía N° 46.458.191 de Duitama y tarjeta profesional N° 185.320 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos del documento obrante a folio 644 del expediente.

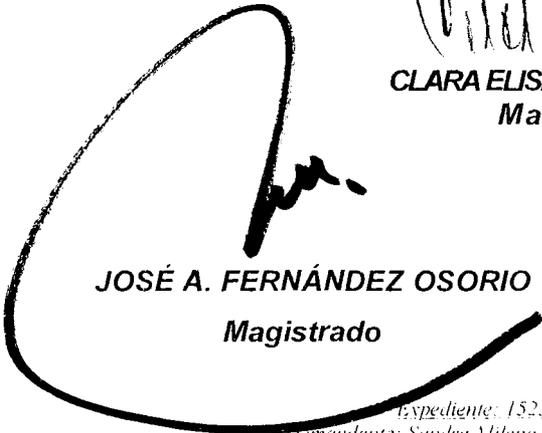
Quinto. Notificar la presente sentencia a las partes y remitir las copias de que trata el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

Sexto. En firme esta providencia, devolver el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 3, de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada


JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR GRANADOS NARANJO
Magistrado

Expediente: 15238 3333 001 2015 00034 01
Demandante: Sandra Milena Viasus Becerra y José Olver Mendivelso
Demandado: Municipio de Duitama y otros
Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 2

Tunja, 09 FEB 2018

Medio de Control : Ejecutivo
Demandante : María Flor Alba Chaparro Rodríguez
Demandado : Municipio de Aquitania
Expediente : 15238-33-33-002-2013-00183-01

Magistrado Ponente : Luis Ernesto Arciniegas Triana

Decide el despacho el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte ejecutante, contra el auto de 1° de diciembre de 2016, mediante el cual el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama modificó la liquidación del crédito.

I. PROVIDENCIA APELADA

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Duitama, mediante proveído del 1° de diciembre de 2016, decidió modificar la liquidación del crédito presentada por la parte ejecutante, teniendo como valor la suma por la cual libró mandamiento de pago, es decir por **\$18.951.866** (Fl. 9).

Indicó que mediante sentencia del 14 de octubre de 2015, se dispuso ordenar seguir la ejecución a favor del actor y en contra del municipio de Aquitania, por la suma de \$18.951.866,00 correspondientes a los valores dejados de cancelar en cumplimiento de la sentencia del 25 de agosto de 2011.

Precisó que la parte ejecutante allegó liquidación del crédito, de la cual se corrió traslado por tres (3) días a la entidad accionada quien manifestó acogerse a lo que el juzgado ordene respecto a la liquidación del crédito.

Medio de Control : Ejecutivo
Demandante : María Flor Alba Chaparro Rodríguez
Demandado : Municipio de Aquitania
Expediente : 15238-33-33-002-2013-00183-01

2

Así mismo, indicó que difiere de la liquidación presentada por la parte ejecutante en tanto presenta inconsistencias debido a que el valor es superior al que fué ordenado en el auto que libró mandamiento de pago, por haberse indexado y adicionalmente calcular los intereses moratorios los cuales no fueron reconocidos en la sentencia.

II. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte actora a través de apoderado judicial presentó recurso de alzada en los siguientes términos:

Consideró que el capital debe actualizarse por efectos de la pérdida de poder adquisitivo, como quiera que desde la ejecutoria de la sentencia pasó el tiempo y no se le canceló.

Adujo que cuando se le pagó no fué en su totalidad a pesar de los múltiples requerimientos, y sostiene que al no indexar el capital el municipio está siendo beneficiado, es decir, se ocasiona en su favor un enriquecimiento sin causa.

Así mismo indicó que deben reconocerse los rendimientos e intereses en tanto el legislador así lo determinó en la normativa que rigió el proceso (arts. 176, 177, y 178), que señaló la obligación de actualizar las cifras con base en el IPC.

Cita el artículo 177 del CCA para señalar que en los casos de condenas laborales en esta jurisdicción, en las que implique el reintegro, se deben reconocer intereses comerciales dentro de los seis primeros meses de ejecutoriada la sentencia y moratorios después de esta; que para el caso como hubo que cobrar por vía ejecutiva, son reconocidos por el no pago de la totalidad desde la fecha de la sentencia, esto es, del 25 de agosto de 2011 más seis meses, y posteriormente los moratorios.

Finalmente arguye que la sentencia del 14 de octubre del 2015, reconoce el pago de intereses sólo desde el **4 de octubre** y hasta el momento en que la entidad reconoció emolumentos salariales, esto es el 15 de noviembre de 2012, por lo que el saldo que no se pagó en su momento debe tenerse causado y pagado en esas misma fechas y con la causación de intereses, y allega actualización de la liquidación por la suma de **\$57.270.884** a noviembre del 2016.

III. CONSIDERACIONES

1. Normatividad aplicable al caso

Sea lo primero advertir que el C.P.A.C.A. no contempla un procedimiento especial para efecto del trámite del proceso ejecutivo. Por ello, en virtud del artículo 308 ídem, para los aspectos no regulados, debe acudirse a las disposiciones del Código General del Proceso que en relación con los procesos de ejecución entró a regir a partir del 1º de enero de 2014.

Así las cosas, como quiera que la demanda que suscitó la controversia se incoó en el año 2013, al no haber disposición expresa en el C.P.A.C.A en relación con el trámite procesal que debe surtir, se aplicarán al mismo las normas contenidas en los artículos 422 y siguientes del Código General del Proceso.

2. De la procedencia del recurso de apelación y la liquidación del crédito

El artículo 446 del Código General del Proceso prevé:

“Artículo 446. Liquidación del crédito y las costas: Para la liquidación del crédito y las costas, se observarán las siguientes reglas:

1. **Ejecutoriado el auto que ordene seguir adelante la ejecución, o notificada la sentencia que resuelva sobre las excepciones siempre que no sea totalmente favorable al ejecutado cualquiera de las partes podrá presentar la liquidación del crédito con especificación del**

Medio de Control : Ejecutivo
Demandante : María Flor Alba Chaparro Rodríguez
Demandado : Municipio de Aquitania
Expediente : 15238-33-33-002-2013-00183-01

4

capital y de los intereses causados hasta la fecha de su presentación, y si fuere el caso de la conversión a moneda nacional de aquel y de estos, de acuerdo con lo dispuesto en el mandamiento ejecutivo, adjuntando los documentos que la sustenten, si fueren necesarios.

2. De la liquidación presentada se dará traslado a la otra parte en la forma prevista en el artículo 110, por el término de tres (3) días, **dentro del cual sólo podrá formular objeciones relativas al estado de cuenta, para cuyo trámite deberá acompañar, so pena de rechazo, una liquidación alternativa en la que se precisen los errores puntuales que le atribuye a la liquidación objetada.**

3. **Vencido el traslado, el juez decidirá si aprueba o modifica la liquidación por auto que solo será apelable cuando resuelva una objeción o altere de oficio la cuenta respectiva.** El recurso, que se tramitará en el efecto diferido, no impedirá efectuar el remate de bienes, ni la entrega de dineros al ejecutante en la parte que no es objeto de apelación.

4. De la misma manera se procederá cuando se trate de actualizar la liquidación en los casos previstos en la ley, para lo cual se tomará como base la liquidación que esté en firme.”

Resaltado fuera de texto

Así las cosas, el recurso de apelación procede contra el auto que resuelve una objeción o altera de oficio la cuenta; en consecuencia, dado que la decisión concierne a la modificación de la liquidación del crédito, el recurso presentado por la parte actora es oportuno y procedente.

Ahora, el Consejo de Estado, mediante auto proferido el 3 de diciembre de 2008, en el proceso con radicación número 27001-23-31-000-2003-00431-02(34175), C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, se refirió a la liquidación del crédito en los siguientes términos:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 521 del C. P. C., una vez ejecutoriada la sentencia que ordena seguir adelante con la ejecución, debe efectuarse la liquidación del crédito en la que se especifique el capital y los intereses adeudados por el ejecutado, de acuerdo con el mandamiento de pago.

La liquidación del crédito tiene por objeto concretar el valor económico de la obligación y está sujeto a la revisión del juez, quien puede aprobarla o modificarla, decisión contra la cual procede el

recurso de apelación en el efecto diferido, circunstancia que permite que el juez ordene la entrega a favor del ejecutante, de los dineros embargados que no sean objeto de la apelación, como se desprende de la ley:

“ARTÍCULO 521. LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO Y DE LAS COSTAS. (...) 3. Vencido el traslado, el juez decidirá si aprueba o modifica la liquidación por auto apelable en el efecto diferido, recurso que no impedirá efectuar el remate de los bienes, ni la entrega de dineros al ejecutante en la parte que no es objeto de la apelación”.

(...)

Con fundamento en lo anterior, es dable concluir que la liquidación adicional del crédito tiene por objeto actualizar el crédito, a partir de la primera liquidación aprobada y en firme, cuando exista retardo en la entrega de la suma de dinero en ella contenida, que genere intereses de mora, siempre que no sea imputable al ejecutado.”
Negrilla fuera de texto

Si bien los anteriores argumentos fueron esbozados en vigencia del Código de Procedimiento Civil, tienen plena vigencia, dado que, el Código General del Proceso no introdujo cambios de carácter sustancial en ese aspecto.

3. Caso concreto

El apoderado de la entidad ejecutada hace las siguientes solicitudes en el recurso de alzada:

1. Que el capital sea actualizado e indexado
2. Que se le reconozcan intereses comerciales dentro de los seis primeros meses de ejecutoriada la sentencia y moratorios después de esta, esto es, del 25 de agosto de 2011 más seis meses, y posteriormente moratorios.

La sentencia del 14 de octubre de 2015, ordenó seguir adelante la ejecución por la suma de **\$18.951.866** por concepto de los valores dejados de cancelar en cumplimiento de la sentencia que se ejecuta, providencia que no fué objeto de impugnación.

Medio de Control : Ejecutivo
 Demandante : María Flor Alba Chaparro Rodríguez
 Demandado : Municipio de Aquitania
 Expediente : 15238-33-33-002-2013-00183-01

Por lo anterior, el a quo ordenó la liquidación del crédito, la cual fué presentada por el ejecutante en la que señala que se le adeuda las siguientes sumas: **\$18.951.866** por capital, y la **\$24.254621** por los intereses a 31 de noviembre de 2015, en un total de **\$43.206.487**, (fl. 8).

Da cuenta el despacho que en la sentencia no se especificó el concepto por el cual correspondía el valor de **\$18.951.866**, sin embargo, de la liquidación efectuada por la contadora adscrita a este Tribunal se observa que ese saldo corresponde al interés moratorio, de manera que tales intereses ya se encuentran reconocidos, no resultando procedente liquidar interés sobre interés, como se resume a continuación.

CONCEPTOS APROBADOS EN SENTENCIA DEL 14 DE OCTUBRE DE 2015	
CAPITAL A FECHA DE PAGO 15/11/2012	94.308.129,00
MENOS INDEMNIZACION PAGADA	- 10.584.300,00
SALDO CAPITAL A FECHA 15/11/2012	83.723.829,00
INTERES MORATORIO A FECHA 15/11/2012	31.132.974,00
VALOR PAGADO SEGÚN RESOLUCION 610 15/11/2012	- 95.904.938,00
SALDO INTERES MORATORIO	18.951.865,00

Por lo anterior, ese valor (\$18.951.865,00), sólo debe ser indexado, en consecuencia la deuda es la siguiente:

FECHA	CONCEPTO	VALOR	INDICE INICIAL	INDICE FINAL	INDEXACION	VALOR INDEXADO
15/11/2012	saldo capital a fecha de pago parcial	18.951.866,00	111,87		4.570.674,40	\$ 23.522.540,40
02/02/2018				138,85		

Por lo expuesto, se modificará el auto proferido el 1º de diciembre de 2016 en el sentido de disponer la modificación del crédito por la suma indexada.

Medio de Control : Ejecutivo
Demandante : María Flor Alba Chaparro Rodríguez
Demandado : Municipio de Aquitania
Expediente : 15238-33-33-002-2013-00183-01

7

4. Costas:

La apelación de autos en la segunda instancia impone una decisión de plano, en consecuencia, no hay lugar a desarrollos probatorios que puedan implicar gastos procesales y, tampoco hay lugar a intervención de la parte contraria que dé lugar a agencias en derecho.

Por lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: Modificar el auto de 1º de diciembre de 2017 proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Duitama mediante el cual, se modificó la liquidación del crédito presentada por la señora María Flor Alba Chaparro, en su lugar se **dispone**:

“1.- Modificar la liquidación del crédito presentada por la señora María Flor Alba Chaparro Rodríguez, teniendo como valor total de la deuda a **2 de febrero de 2018**, la suma de **Veintitrés millones quinientos veintidós mil quinientos cuarenta pesos con cuarenta centavos (\$23.522.540,40)**, ello sin perjuicio que dicho valor sea actualizado a la fecha de pago por parte de la ejecutada.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme ésta providencia, envíese el expediente al despacho de origen para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACION POR ESTADO
de este anterior se notifica por estado
No. 1 de hoy. 12 FEB 2018
EL SECRETARIO

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado

MAGISTRADO PONENTE: Dr. LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

RADICACION: 152383333002201300183 01

DTE: MARIA FLORALBA CHAPARRO RODRIGUEZ

DDO: MUNICIPIO DE AQUITANIA

CONCEPTOS APROBADOS EN SENTENCIA DEL 14 DE OCTUBRE DE 2015

CAPITAL A FECHA DE PAGO 15/11/2012	94.308.129,00
MENOS INDEMNIZACION PAGADA	- 10.584.300,00
SALDO CAPITAL A FECHA 15/11/2012	83.723.829,00
INTERES MORATORIO A FECHA 15/11/2012	31.132.974,00
VALOR PAGADO SEGÚN RESOLUCION 610 15/11/2012	- 95.904.938,00
SALDO INTERES MORATORIO	18.951.865,00

CONCEPTO	CAPITAL ADEUDADO
Saldo interes moratorio a fecha 15 de noviembre de 2012, valor que corresponde al indicado en sentencia que ordena seguir adelante con la ejecución a Fl. 7	\$ 18.951.866,00

INDEXACION DE LA DEUDA

Formula: $R.H*(I.F/I.I)$

donde: R.H = Valor adeudado a la fecha de pago (15/11/2012)

I.I = Certificado por el Dane, vigente a la fecha de pago parcial, relizado mediante Res. 610 15/11/2012

I.F = Certificado por el Dane, Vigente a la fecha de la liquidación presentada por el accionante.

FECHA	CONCEPTO	VALOR	INDICE INICIAL	INDICE FINAL	INDEXACION	VALOR INDEXADO
15/11/2012	SALDO CAPITAL A FECHA DE PAGO PARCIAL	18.951.866,00	111,87		4.570.674,40	\$ 23.522.540,40
02/02/2018				138,85		

TOTAL LIQUIDACION DEL CREDITO A FECHA 2/02/2018	\$ 23.522.540,40
---	------------------

Liquidado-. 
Contadora Tribunal Administrativo de Boyacá

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO N° 2

Tunja, 09 FEB 2018

Medio de Control : **Nulidad y Restablecimiento del derecho**
Demandante : **Edilberto Herrera Ramos**
Demandado : **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL**
Expediente : **15001-33-33-003-2015-00162-01**

Magistrado Ponente : **Luis Ernesto Arciniegas Triana**

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia proferida en primera instancia en el proceso de la referencia, el 03 de octubre de 2017, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

Para resolver se considera:

Oportunidad

Al tenor del artículo 247 del C.P.A.C.A, el recurso de apelación debe interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

La sentencia recurrida fue notificada por estrados el día **03 de octubre de 2017 (fl 149 vto)** y el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada el día **05 de octubre de 2017** (fls. 155 a 165). Por ende, el recurso fue presentado en término.

Procedencia

El artículo 243 del C.P.A.C.A prevé que *“son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los jueces...”*.

Se trata en este caso de un proceso conocido por el Juez Administrativo en **primera instancia** y la sentencia recurrida accedió a las pretensiones de la

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del derecho
Demandante : Edilberto Herrera Ramos
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL
Expediente : 15001-33-33-003-2015-00162-01

demanda. En consecuencia el recurso interpuesto es procedente, siendo concedido en el efecto suspensivo por el a quo como se observa a folios 168 a 169.

En este orden de ideas, se procederá a la admisión del recurso, advirtiendo a las partes que de conformidad con lo establecido en el inciso 4 del artículo 212 del C.P.A.C.A, pueden si a bien lo tienen pedir la práctica de pruebas dentro del término de ejecutoria de la presente providencia.

En virtud de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO. Admitir en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia del 03 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

SEGUNDO. Notifíquese personalmente éste auto al Ministerio Público delegado ante esta Corporación de conformidad con el numeral 3° del artículo 198 del C.P.A.C.A.

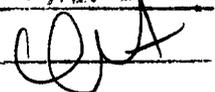
TERCERO. Ejecutoriada esta providencia regrese el expediente al despacho para pronunciarse sobre la realización de las audiencias de alegaciones y juzgamiento.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado

JUDICIAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACION POR ESTADO
de este anterior se notifica por estado
No. _____ de hoy. 2 FEB 2018
EL SECRETARIO





Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **María Helverena Pulido Avendaño**

Demandado: Municipio de Sotaquirá

Expediente: 15001 3333 003 2016 00066 01

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 186 a 189), contra la sentencia de primera instancia proferida el 8 de febrero de 2017 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se accedió de forma parcial a las pretensiones de la demanda instaurada, a través de apoderado judicial, por María Helverena Pulido Avendaño contra el Municipio de Sotaquirá.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda (fl. 2 a 10). En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante apoderado judicial, la actora solicitó que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 028 del 1 de febrero y 042 de 24 de febrero de 2016 expedidas por el Alcalde del Municipio de Sotaquirá, mediante las cuales se declaró una insubsistencia y se resolvió un recurso de reposición, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene a la entidad demandada i) reintegrar a la demandante al cargo que venía ejerciendo para el día 1 de febrero de 2016 en la planta de personal del ente territorial como Auxiliar de Servicios Generales - Código 470 Grado 01; ii) el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, así como los aumentos legales y acuerdos colectivos hasta cuando sea efectivamente reintegrada; y iii) el reconocimiento y pago de cualquier otra prestación o emolumento que resultare probado en el proceso.

Asimismo, la indexación de conformidad con el artículo 192 del CPACA, y los intereses moratorios causados desde el 2 de febrero de 2016, año a año, hasta la fecha en que sean efectivamente canceladas dichas sumas.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **María Helverena Pulido Avendaño**

Demandado: Municipio de Sotaquirá

Expediente: 15001 3333 003 2016 00066 01

Como fundamentos fácticos relevantes, adujo que la señora María Helverena Pulido Avendaño se desempeñaba como Auxiliar de Servicios Generales, Código 470 Grado 01 en el Municipio de Sotaquirá, en provisionalidad, desde el día 1º de julio de 2014.

Que nunca fue sancionada ni amonestada disciplinariamente con motivo de su trabajo.

Agregó que, el empleo de Auxiliar de Servicios Generales, Código 470 Grado 01 no fue ofertado ni objeto de un concurso público de méritos.

En el concepto de violación, citó como normas violadas la Constitución Política¹, la Ley 909 de 2004², Ley 962 de 2005³, el Decreto 1333 de 1986⁴, artículo 91 de la Ley 136 de 1994 (modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012), artículo 96 del decreto 1227 de 2005, artículos 52 y 54 del C. de R. P. M. y el artículo 1 de la Ley 57 de 1985.

Acusó los actos administrativos demandados de falsa motivación, en tanto "...no es cierto como se presenta en las motivaciones del acto administrativo que aquí se demanda (...) que la demandante carezca de experiencia en el cargo, por cuanto, era de conocimiento y así reposa en el recurso de reposición, que la señora PULIDO AVENDAÑO tiene certificación del Sena de "manejo tecnológico de alimentos perécederos", lo que hace que mi poderdante sea idónea y apta para el ejercicio del cargo, amén de que también laboró en la empresa solidaria de servicios públicos de este municipio, donde al igual manipulo alimentos" (fl. 5).

Consideró que la entidad confundió el libre nombramiento y remoción con la provisionalidad, pues trató a la actora como si no contara estabilidad alguna.

Y que además, el acto administrativo demandado se limitó a citar las causales de desvinculación de la administración pública, sin detenerse al caso concreto.

2.2. Contestación de la demanda (fl. 82 a 87). Dentro del término legal, la entidad demandada, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones con fundamento en que los actos administrativos demandados son legales, y que el motivo de la insubsistencia fue el mejoramiento del servicio.

¹ Artículos 1, 4, 6, 13, 25, 29, 53, 58, 125, 157, 166, 167, 313 y 315.

² Artículos 1, 2 y 41 literal l).

³ Artículos 2, 4 y 7.

⁴ Artículos 288 y 289.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **María Helverena Pulido Avendaño**

Demandado: Municipio de Sotaquirá

Expediente: 15001 3333 003 2016 00066 01

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (CD. fl. 183)

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, puso término a la instancia con sentencia proferida en audiencia inicial llevada a cabo el 8 de febrero de 2017, accediendo de forma parcial, a las pretensiones de la demanda.

Para fundamentar su determinación, la juzgadora de primera instancia recordó el contenido de los artículos i) 125 de la Constitución, sobre la regla general en materia de empleos de carrera; ii) 25 de la Ley 909 de 2004, respecto de la provisión de los empleos por vacancia temporal; y iii) 26 del Decreto 2400 de 1968, en relación con los empleados vinculados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

De lo anterior, concluyó que los empleados públicos en provisionalidad no gozan de los mismos derechos que los de carrera administrativa, y que su retiro procede, en principio, en las mismas condiciones de su vinculación, es decir, de acuerdo con la discrecionalidad del nominador, teniendo presente en todo caso, que la finalidad debe ser el mejoramiento del servicio.

Sin perjuicio de lo anterior, precisó el a-quo, que de forma pacífica la jurisprudencia constitucional⁵, considera que la administración vulnera derechos fundamentales cuando, sin ninguna motivación o con una motivación deficiente⁶, se expide un acto administrativo de desvinculación de una persona que ocupa un cargo en provisionalidad.

En virtud de lo anterior, y descendiendo al caso en concreto, indicó que el único supuesto que había motivado la declaratoria de insubsistencia de la demandante fue el no acreditar experiencia en manipulación de alimentos, requisito que no estaba contemplado en el Decreto N° 057 del 28 de diciembre de 2013 por el cual se adoptó el manual específico de funciones y competencias laborales del Municipio de Sotaquirá.

Para la jueza de primera instancia, la actora cumplía con los requerimientos de la norma en mención para desempeñar el cargo de Auxiliar de Servicios Generales Código 470 – Grado 01, y resulta evidente que “si la intención del Alcalde era la de incrementar los requisitos mínimos definidos para el cargo, debió fundarse en un estudio técnico que así lo recomiende, y realizar el proceso de reestructuración previo a determinar qué funcionarios podían o no seguir en la administración” (Minutos 00:15:09 a 00:14:37 CD. fl. 183).

⁵ Sentencia SU-971 de 2010 de la Corte Constitucional.

⁶ Sentencia T-104 de 2009 y SU-556 de 2014 de la Corte Constitucional.

En consecuencia, prosperó el cargo de nulidad de los actos administrativos por falsa motivación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia el apoderado judicial del municipio demandado interpuso recurso de apelación (fl. 186 a 189).

Difiere de lo expuesto por el a-quo por cuanto, según su criterio, los actos administrativos demandados fueron expedidos con el fin de mejorar el servicio y, por tal razón, no existe la falsa motivación alegada.

Que, por el contrario, las resoluciones demandadas fueron expedidas siguiendo las pautas propias de la motivación de los actos administrativos y debe valorarse que "...la parte demandante no ha alegado en ningún momento desviación de poder o ningún tipo de inestabilidad laboral, ya que la administración tomo su decisión basados (Sic) en circunstancias de hecho y de derecho respecto a la prestación del buen servicio de la administración para los ciudadanos" (fl. 187 a 188).

Que hace más de diez (10) años la demandante realizó el curso de formación en el SENA y no cumple con los requisitos de equivalencias entre estudios y experiencia a que se refiere el numeral 25.2.6.2 del artículo 25 del Decreto 785 de 2005, pues éste debía contar con una intensidad horaria de 1.500 a 2.00 horas, y sólo fueron acreditadas 106 horas.

En síntesis, adujo que los actos administrativos expedidos, cumplieron con todas las formalidades, y que se garantizó la primacía del principio de legalidad.

IV.

T

RÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

4.1. Admisión recurso apelación (fl. 209)

En auto de 5 de junio de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada en contra de la sentencia proferida el 8 de febrero de 2017.

4.3. Solicitud de nulidad

El día 2 de agosto de 2017, fue presentado por la entidad demandada, incidente de nulidad en contra de la sentencia de primera instancia.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **María Helverena Pulido Avendaño**

Demandado: Municipio de Sotaquirá

Expediente: 15001 3333 003 2016 00066 01

La solicitud fue tramitada en cuaderno separado y por auto del 8 de septiembre de 2017, se negó (fl. 1 a 9 del cuaderno anexo al expediente).

4.4. Traslado alegatos de conclusión (fl. 212)

En firme el auto que admitió el recurso de apelación, mediante auto del 18 de julio de 2017, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento. En la misma, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

4.4.1. Parte demandante (fl. 214-225)

El apoderado judicial de la parte actora, reiteró los argumentos expuestos en el libelo introductorio.

Luego de enunciar la forma en que deben proveerse los empleos de carrera -según las diferentes situaciones administrativas-, y exponer sus consideraciones sobre la motivación de los actos administrativos señaló que, en los actos demandados, el Alcalde del municipio estableció condiciones y requisitos adicionales a los previstos en el Decreto N° 057 de 28 de diciembre de 2013 que fijó la planta de personal y estableció las funciones de los diferentes empleos.

Destacó que la demandante cumplía a cabalidad con los requisitos de experiencia para ejercer el cargo de Auxiliar de Servicios Generales Código 470 Grado 01 y, pese a que el manual de funciones no establecía como requisito tener formación en manipulación de alimentos, ella había aprobado el curso de "manejo tecnológico de alimentos perecederos" dictado por el SENA.

Que la simple enunciación del mejoramiento del servicio no tiene la entidad suficiente para convertirse en una razón objetiva y jamás se demostró de qué manera se mejoraría el servicio de la entidad con la desvinculación de la actora.

Que el argumento de la demandada en su recurso de apelación, inherente al incumplimiento de lo previsto en el numeral 25.2.6.2 del artículo 25 del Decreto 785 de 2005, no es de recibo puesto que, entre otras razones, la experiencia en manipulación de alimentos no es un requisito que se encuentre consagrado en el manual de funciones de la entidad; aunado a que, previo a la declaratoria de insubsistencia, el manual no había sido modificado.

4.4.2. Parte demandada (fl. 226-228)

Luego de referirse a los hechos que dan sustento al presente litigio, el apoderado judicial de la entidad demandada solicitó, que se revoque el fallo de primera instancia.

Lo anterior, con fundamento en que, según su opinión, al expedir los actos administrativos demandados, la administración municipal tuvo en cuenta todos y cada uno de los lineamientos legales y constitucionales para la motivación de su decisión.

Reiteró que la decisión de desvincular a la demandante fue adoptada con el objeto de garantizar la eficiencia y el buen servicio en el ente territorial, previo estudio de las funciones y competencias de los cargos, así como de las hojas de vida de los funcionarios.

4.4.3. Ministerio Público. No emitió concepto.

V.

C

CONSIDERACIONES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de primera instancia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Tercero Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja el día 8 de febrero de 2017.

El recurso de apelación, se contrae en síntesis, a que los actos administrativos demandados fueron expedidos en concordancia con el ordenamiento jurídico vigente.

En virtud de lo anterior, y con el objeto de desatar el recurso de apelación en los términos propuestos, la Sala se ocupará de analizar la vinculación laboral con el Estado, la naturaleza jurídica de los nombramientos en provisionalidad, así como la motivación de los actos administrativos de terminación de nombramientos en provisionalidad.

5.1. De la vinculación laboral con el Estado y los mecanismos de ingreso al servicio

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **María Helverena Pulido Avendaño**

Demandado: Municipio de Sotaquirá

Expediente: 15001 3333 003 2016 00066 01

El artículo 125 de la Constitución Política, estableció que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso a los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Estipuló, además, que los empleos en las entidades estatales tienen este carácter, excepto los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

El objetivo de esta disposición, fue la creación de un mecanismo objetivo para acceder y permanecer en los cargos públicos, compatible con los principios constitucionales que inspiran la función administrativa, en especial la igualdad, moralidad, la eficacia y eficiencia en la prestación del servicio e imparcialidad (Art. 209 Constitución Política).

La Ley 909 de 2004, al regular el ingreso a los empleos públicos, previó que los de carrera administrativa se proveen en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el **sistema de mérito** (Art. 23), y si sus titulares se encuentran en situaciones administrativas que impliquen la separación temporal del mismo, deben ser provistos de forma **provisional** sólo por el tiempo que duren aquellas situaciones (Art. 25).

A su vez, el artículo 9º del Decreto 1227 de 2005 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998", contempló que en caso de vacancias temporales, los empleos de carrera podrán ser provistos mediante **nombramiento provisional** cuando no fuere posible por medio de encargo, y por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

El nombramiento en provisionalidad resulta procedente, entonces, para desempeñar cargos de carrera, en los eventos en que no sea posible hacerlo por el sistema de méritos, por lo tanto, **su carácter es transitorio**.

Se ha considerado que esta situación otorga fuero de estabilidad relativa, en la medida en que los servidores públicos en provisionalidad pueden ser retirados del servicio por disposición del nominador mediante resolución motivada y por razones objetivas (Art. 10 Decreto 1227 de 2005), o hasta que se produzca el nombramiento por el concurso de méritos⁷.

Así las cosas, a la luz de los principios constitucionales y legales que inspiran la carrera administrativa, la estabilidad de un empleado que ejerce un cargo en provisionalidad, por regla general, **es relativa** y en modo alguno puede compararse con las personas que han superado el concurso de méritos.

⁷ SU-556 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

No obstante, los empleos proveídos en provisionalidad no le dan derecho al nominador de ejercer una completa discrecionalidad con el propósito de disponer del cargo como si se tratara de un empleo de libre nombramiento y remoción. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha indicado:

“(...) entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. Como se estableció arriba, el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y, por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.” (Resaltado fuera de texto)

5.3. Motivación de los actos administrativos de terminación de nombramientos en provisionalidad

En vigencia de la Ley 909 de 2004, la obligación de motivar los actos administrativos de retiro de un servidor público que desempeña un cargo en provisionalidad, además de ser la expresión de la estabilidad relativa, atiende el derecho al debido proceso (art. 29 CP), los principios democráticos (Art. 1º, 123 y 209 CP) así como la publicidad, de manera que quien resulte afectado por una decisión de esta magnitud, tenga los fundamentos para acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con base en las causales de nulidad que estime pertinentes, según la motivación del acto a atacar.

Ahora bien, en concordancia con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005⁹ la motivación del acto administrativo de retiro del servicio debe ser coherente con la función pública en el ámbito del Estado Social de Derecho, depende de las reglas generales establecidas por vía jurisprudencial y debe responder al **principio de razón suficiente**.

En efecto, en la sentencia SU-917 del 16 de noviembre de 2010 la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, indicó que la desvinculación de una persona nombrada provisionalmente en un cargo de

⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-556 de 2014

⁹ **Artículo 10.** Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **María Helverena Pulido Avendaño**

Demandado: Municipio de Sotaquirá

Expediente: 15001 3333 003 2016 00066 01

carrera procede por i) provisión definitiva del cargo por haberse realizado concurso de méritos; ii) la imposición de sanciones disciplinarias; iii) calificación no satisfactoria; u iv) otra razón específica atinente al servicio que se está prestando y que debería prestar el funcionario:

“Un aspecto de particular importancia en esta materia es el referente a cuáles son las razones que puede invocar el nominador para desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad, tema del que también se ha ocupado la jurisprudencia constitucional.

El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”¹⁰. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”¹¹.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”¹².

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentran en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra más causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa¹³ o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”¹⁴.

Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una -inexistente- facultad discrecional, o la simple “cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular”¹⁵, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario¹⁶. Así, en varias ocasiones la Corte ha denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias¹⁷. Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela.

Por lo demás, conviene anotar que, desde la perspectiva del control a la motivación de los actos, para el Derecho carece de toda relevancia el proceso psicológico mediante el cual el nominador toma una decisión. Lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen “explícitas” en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la administración¹⁸, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación “implícita” de los actos administrativos.” (Resaltado fuera de texto original).

En ese punto, debe hacerse claridad, que la obligación de motivar de forma suficiente los actos administrativos de retiro del servicio de los empleados públicos en provisionalidad, en modo alguno equipara a los funcionarios provisionales con

¹³ CP., Artículo 209.- “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

¹⁴ Tomás Ramón Fernández, “De la arbitrariedad de la administración”. Madrid, Civitas, p.1994, p.162

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009.

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-800 de 1998, T-1204 de 2004, T-392 de 2005, T-1112 de 2008, T-011 de 2009, Auto 326 de 2009, entre muchas otras.

¹⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-054 de 2005, T-1256 de 2008, T-104 de 2009, T-266 de 2009, entre otras.

¹⁸ En el campo de la investigación científica, en general, y en el de la teoría de la argumentación jurídica, en particular, la doctrina ha diferenciado el “contexto de descubrimiento” y el “contexto de justificación”, al destacar que lo relevante no es la forma como se llega a una decisión sino las razones en que ella se apoya, pues son ellas las que resultan jurídicamente controlables. Cfr., Manuel Atienza, “Las razones del Derecho”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, capítulo primero; Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figuerola, “La Argumentación en el Derecho”. Lima, Palestra Editores, 2003, p.149; Mario Alberto Portela, “Argumentación y sentencia”. En: Revista DOXA 21, 1998.

aquellos de carrera administrativa, pues tal interpretación no corresponde al espíritu de la Constitución Política de 1991 en materia de función pública.

En efecto, la Alta Corporación constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que esta obligación, es una manifestación y/o garantía de la estabilidad intermedia o relativa que tienen los nombramientos en provisionalidad. Por consiguiente, en cualquier caso, es deber del nominador motivar el acto administrativo de retiro del funcionario en provisionalidad¹⁹.

Resulta diáfano que, con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, encontró sustento normativo el argumento según el cual, los actos administrativos de retiro de un funcionario que desempeñe un cargo público en provisionalidad deben ser motivados, por cuanto, reitera la Sala, el párrafo segundo del artículo 41 ibidem consagra que: **"es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado"** (Resaltado fuera de texto original)

En virtud el principio de razón suficiente, en criterio de la Corte Constitucional, en ese acto administrativo "deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicam directamente de quien es desvinculado"²⁰.

¹⁹ En la sentencia SU-917 de 2010, expuso:

"(...) En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aún cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

"(...) Pero como no existe una ley que considere los cargos de provisionalidad asimilables a los cargos de libre nombramiento y remoción, no tiene cabida una interpretación analógica en esta dirección. Por lo tanto, el nominador tampoco puede desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad con la misma discrecionalidad (relativa) con la que puede hacerlo para aquellos cargos, esto es, sin el deber de motivar sus actos." (Resaltado fuera de texto original)

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: "Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que, de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa".

En la misma línea de pensamiento, esa Corporación en sentencia T-507 de 2010 con ponencia del Magistrado Doctor Mauricio González Cuervo, expuso:

“Siendo esto así, “la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia. Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad²¹. En consecuencia, la discrecionalidad del nominador está circunscrita a “atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”²².” (Resaltado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, el acto administrativo que desvincula al empleado público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, no solo debe explicar de manera clara, detallada y precisa las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión, sino que también, se debe tener en cuenta que sólo es admisible la motivación que invoque argumentos como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón atinente al servicio que presta el empleado, así como motivos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo.

5.4. Del caso en concreto

Obran en el plenario las siguientes pruebas documentales:

✓ O
ficio del 1º de julio de 2014 suscrito por el Alcalde de Sotaquirá en el que se indica a la señora María Helverena Pulido Avendaño fue nombrada como Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 01 de la planta de personal (fl. 11).

✓ D
Decreto 021 de julio 1 de 2014, mediante el cual fue nombrada María Helverena Pulido Avendaño como Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 01 de la planta de personal (fl. 12).

²¹ Ver C-279/07.

²² Ídem

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: **María Helverena Pulido Avendaño**
Demandado: Municipio de Sotaquirá
Expediente: 15001 3333 003 2016 00066 01

- ✓ A
cta de posesión de María Helverena Pulido Avendaño como Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 01 de la planta de personal (fl. 13).
- ✓ R
Resolución N° 028 de 1° de febrero de 2016 expedida por el Alcalde Municipal de Sotaquirá, mediante la cual declaró una insubsistencia (fl. 14 a 20)
- ✓ R
Recurso de reposición contra la Resolución N° 028 de 1° de febrero de 2016 expedida por el Alcalde Municipal de Sotaquirá (fl. 22 a 37).
- ✓ R
Resolución N° 042 de 24 de febrero de 2016 por medio de la cual se decide un recurso de reposición (fl. 38 a 44).
- ✓ A
Acuerdo N° 010 de 16 de marzo de 2016 "POR EL CUAL SE MODIFICA LA PLANTA DE PERSONAL GLOBAL DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL DEL MUNICIPIO DE SOTAQUIRÁ" (fl. 47 a 52)
- ✓ M
Manual específico de funciones (fl. 53)
- ✓ C
Certificado expedido por el SENA sobre manejo tecnológico de alimentos perecederos (fl. 54)
- ✓ C
Certificado de experiencia laboral expedido por la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Sotaquirá EMSOTAQUIRA E.S.P. (fl. 55 y 59)
- ✓ C
Contrato individual de trabajo a término fijo (fl. 56 y 58)
- ✓ C
Certificación expedida por el Alcalde del Municipio de Sotaquirá sobre el cargo desempeñado en la entidad y sus funciones (fl. 60 a 61)
- ✓ D
Decreto 057 de 28 de diciembre de 2013 por el cual se adopta el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de los diferentes empleos que conforman la planta de personal del Municipio de Sotaquirá (fl. 88 a 93)
- ✓ H
Historia laboral de María Helverena Pulido Avendaño (fl. 94 a 95)

De acuerdo con lo anterior, el empleo de Auxiliar de Servicios Generales, Código 470 Grado 01 de la planta de personal del Municipio de Sotaquirá es de **carrera**

administrativa²³. En el mismo, fue nombrada en **provisionalidad** María Helverena Pulido Avendaño el 1º de julio de 2014, fecha desde la que prestó sus servicios al Estado hasta el 1º de febrero de 2016, cuando se expidió la Resolución N° 028 que la declaró insubsistente. Como fundamento de esta decisión, se adujo lo siguiente:

“Que el Concejo Municipal de Sotaquirá, aprobó (Sic) Acuerdo Municipal N° 027 de 11 de octubre de 2013, mediante el cual se determina la estructura orgánica, las funciones de las diferentes dependencias y establecen las escalas de remuneración para los diferentes niveles de la administración municipal.

Que el Alcalde Municipal de Sotaquirá, adopta la planta de personal mediante el decreto N° 056 del 18 de diciembre de 2013, estableciendo la planta de personal de Municipio.

Que el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES, tiene prevista las siguientes funciones:

DESCRIPCION DE LAS FUNCIONES ESENCIALES

- 1. Mantener en perfecto estado de aseo y presentación las paredes, pisos, muebles, sanitarios, puestas y equipos de las diferentes dependencias de la Alcaldía.*
- 2. Prestar eficientemente los servicios de cafetería, de conformidad con las instrucciones recibidas del jefe inmediato.*
- 3. Responder por todos los utensilios de aseo, loza, electrodomésticos y demás asignadas, en desarrollo de sus funciones.*
- 4. Mantener informado al jefe inmediato las necesidades pedidas de café, azúcar, papel y demás elementos para el aseo y la ejecución de las labores asignadas.*
- 5. Cuidar las plantas ornamentales que se encuentran en la alcaldía y parque principal del municipio.*
- 6. Participar en la formación de una cultura de auto control y mejoramiento continuo en la gestión del municipio, que contribuya al cumplimiento de la misión institucional.*
- 7. Las demás que le sean asignadas por autoridad competente, las que reciba por delegación, y aquellas inherentes a la naturaleza del cargo de las funciones y a la formación del empleado.*

Que el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES Código 470 Grado 1, tiene previstos las siguientes contribuciones individuales:

(...)

CONTRIBUCIONES INDIVIDUALES (CRITERIOS DE DESEMPEÑO)

Los elementos, electrodomésticos y materiales suministrados para la prestación del servicio son conservados en buen estado y utilizados en el objeto para el cual fueron suministrados. La preparación y distribución de comidas y bebidas de consumo se realiza de manera oportuna con asepsia y teniendo en cuenta las directrices impartidas por el superior inmediato. El aseo y mantenimiento a las instalaciones de la Alcaldía y demás dependencias asignadas se realiza en forma oportuna, adecuada y permanente.

Para el caso específico la funcionaria HELVERENA PULIDO AVENDAÑO, es quien ocupa el cargo en provisionalidad, al realizar la verificación de la historia laboral dentro del estudio técnico de la conveniencia de la planta de personal, se puede evidenciar que dentro de la experiencia acreditada por la

²³ Decreto N° 27 de 2013 expedido por el Alcalde Municipal de Sotaquirá (fl. 91)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **María Helverena Pulido Avendaño**

Demandado: Municipio de Sotaquirá

Expediente: 15001 3333 003 2016 00066 01

funcionaria no se encuentra la de manipulación de alimentos, aspecto que por las características del cargo que desempeña son necesarios, por lo cual es prioritario proveer este cargo con una persona que tenga un perfil con experiencia en manipulación de alimento, asepsia en el proceso de limpieza y desinfección, aspectos que permitirían impactar el mejoramiento del servicio.

Sin requerir otras motivaciones, el Alcalde del Municipio de Sotaquirá:

RESUELVE (...) (Subrayado fuera de texto original) (fl. 19)

No obstante, el Manual específico de funciones del Municipio, vigente para la época en que se profirió esta decisión, previó como requisitos para el desempeño del cargo de Auxiliar de Servicios Generales Código 470 Grado 01 la "Aprobación de cinco (5) años de educación Básica Primaria y experiencia laboral específica mínima de veinticuatro meses" (fl. 91).

Es decir, que tal como lo determinó el a-quo, la entidad en el acto administrativo demandado, exigió a María Helverena Pulido Avendaño una condición que no estaba contemplada en el Manual de Funciones, desconociendo el principio de legalidad y el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad.

Además dirá la Sala que, en modo alguno estaba facultado el Alcalde para reformar los requisitos de los empleos de la planta de personal del municipio a través de un acto de insubsistencia.

Recuérdese que las reformas de las plantas de personal, en las cuales se incluye los requisitos para el acceso a los empleos, exigen como condición previa, la elaboración de un **estudio técnico** que las sustenten, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1228 de 2005, y por lo tanto no pueden estar sujetas al libre albedrío de la autoridad.

Lo anterior porque se trata de una actuación administrativa reglada que debe atender a las necesidades del servicio o a las razones de modernización, **siempre** bajo la égida de un **estudio técnico** que así lo demuestre.

Si bien, en el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición contra la insubsistencia, se indicó que al analizar los requisitos del cargo "era factible realizar un mejoramiento del servicio, en donde se pudiera seleccionar un candidato con experiencia en manipulación de alimentos, asepsia en proceso de limpieza y desinfección, aspectos que impactarían directamente el mejoramiento del servicio" (fl. 160), lo cierto es que no se aportó al proceso medio de convicción alguno que permitiera inferir que ello estaba sustentado en un estudio técnico o en la reforma del Decreto N° 057 de 2013 por el cual, se adoptó el manual específico de funciones.

Ahora bien, en la hoja de vida de la señora María Helverena Pulido Avendaño, se encuentra que, cuando ingresó al servicio del Municipio de Sotaquirá, cursaba bachillerato (fl. 105), y contaba con experiencia laboral superior a veinticuatro (24) meses, pues según el certificado expedido por la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Sotaquirá Emsotaquirá E.S.P., laboró allí aproximadamente veintiocho (28) meses (fl. 107).

En estas condiciones, la actora cumplía con los requisitos para acceder al cargo, y por lo tanto, los motivos que sirvieron de sustento del acto de insubsistencia, **no son reales**, máxime si se tiene en cuenta que en el año 1994 aprobó formación en "MANEJO TECNOLÓGICO DE ALIMENTOS PERECEDEROS" en el SENA (fl. 54), y en EMPOSOTAQUIRÁ E.S.P, tenía como función prestar el "Servicio de aseo en las oficinas de los entes Administrativos de la Alcaldía Municipal, servicio de cafetería y servicio de estafeta entre otros" (Subrayado fuera de texto original) (Fl. 56).

El servicio de cafetería, tal como es definido por la Real Academia Española²⁴, implica el despacho de café y otras bebidas, así como el servicio de aperitivos y comidas. De manera que, la señora Helverena a la fecha de desvinculación, tenía experiencia previa en la manipulación de alimentos.

Precisamente, en el recurso de reposición presentado contra el acto administrativo de insubsistencia, la señora Pulido allegó el certificado de estos estudios y le informó a la administración el cumplimiento de los requisitos exigidos para el cargo (fl. 141 a 157).

No obstante, resulta llamativo para la Sala, el hecho que el Municipio no reconsiderara su decisión inicial y reintegrara a **MARÍA HELVERENA PULIDO AVENDAÑO**. Por el contrario, en la Resolución N° 042 del 24 de febrero de 2016, únicamente enunció de forma genérica, que lo que se pretendía era el mejoramiento del servicio, sin detenerse en la realidad fáctica y jurídica que fue acreditada en el recurso a efecto de controvertir las razones dadas como suficientes para el retiro del servicio.

Entonces, al carecer de concordancia lo expresado en los actos administrativos demandados frente a los requisitos del Manual de Funciones, y la experiencia así como la formación de la ahora demandante para desempeñar el cargo de Auxiliar de Servicios Generales Código 470 Grado 1, el municipio incurrió en **falsa motivación**.

²⁴ <http://dle.rae.es/?id=6bc0512>

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **María Helverena Pulido Avendaño**

Demandado: Municipio de Sotaquirá

Expediente: 15001 3333 003 2016 00066 01

Sobre este vicio de los actos administrativos, la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia de la Consejera doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en sentencia de 8 de septiembre de 2017 proferida en el proceso radicado bajo el N° 54001-23-31-000-2009-00182-01(3555-14) promovido por Carlos Mario David Pérez contra la Policía Nacional, expuso:

"Para establecer si se incurre en esta causal de nulidad del acto administrativo, se hace necesario examinar los antecedentes fácticos y jurídicos del mismo, para llegar a concluir que existe una incongruencia entre los motivos invocados por el funcionario y la decisión final. Así, habrá falsa motivación cuando al analizar el acto administrativo se evidencia la divergencia entre la realidad fáctica y/o jurídica con los motivos esgrimidos en el acto administrativo.

*Desde hace varios años esta Corporación ha manifestado que para que haya lugar a la declaración de falsa motivación "es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la decisión tomada"*²⁵

(...)

*De acuerdo con lo anterior, se concluye lo siguiente: (i) la falsa motivación puede estructurarse cuando en las consideraciones que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, y (ii) quien impugna un acto administrativo bajo el argumento de encontrarse falsamente motivado, tiene la carga probatoria (onus probandi) de demostrarlo, dado que sobre los actos de la administración gravita una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada por quien pretenda impugnarlos*²⁶.

Además también se puede afirmar que los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son: i) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; ii) 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 iii) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado

Lo sucedido no es admisible a la luz de la jurisprudencia emanada por los órganos de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa y constitucional, pues además del deber de motivar el acto administrativo de desvinculación de un empleado público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, éste también²⁷ "debe atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 21 de junio de 1989, C.P.: Álvaro Lecompte Luna.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de octubre de 2003, expediente 16.718, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

²⁷ En aplicación del principio de "razón suficiente", explicado en las consideraciones generales de la presente providencia.

mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.²⁸ (Resaltado fuera de texto original)

Esta fundamentación claro está, **no puede ser engañosa, fingida o contraria a la situación fáctica y jurídica en la que se encuentre el servidor público sujeto a la insubsistencia.**

Finalmente, es preciso indicar que, para el caso de marras, no resulta aplicable lo dispuesto en el numeral 25.2.6.2 del artículo 25 del Decreto 785 de 2005 –traído en cita por el apelante (fl. 188)- dado que, como se ha indicado a lo largo de la presente providencia, no era un requisito indispensable para el desempeño del cargo el contar con experiencia en manejo de alimentos, así como asepsia en el proceso de limpieza y desinfección.

Entonces, resulta irrelevante lo dicho por el apoderado de la entidad demandada en el recurso de apelación, en el sentido que el certificado del SENA es demasiado antiguo y que “no cumple con los requisitos de equivalencias entre estudios y experiencia” (fl. 188). Si se observa con detenimiento, la norma en mención –artículo 25 del Decreto 785 de 2005²⁹- únicamente es aplicable cuando, al establecer el manual específico de funciones y de requisitos, las entidades deban acudir a equivalencias en caso que el servidor público no cumpla con los requisitos previstos inicialmente, materia que es ajena a la presente litis.

Por las razones expuestas, se confirmará la decisión apelada.

5.5. Del reconocimiento de personería

Luis Felipe Higuera Roble en su condición de Alcalde Municipal de Sotaquirá, acreditada mediante Escritura Pública N° 178 de 30 de diciembre de 2015 de la Notaría Única de Sotaquirá (fl. 233 a 235) y certificado del Personero Municipal de Sotaquirá (Fl. 236), confirió poder especial en legal forma a la abogada Sandra Milena Díaz Amaya identificada con cédula de ciudadanía N° 33.375.220 de Tunja y tarjeta profesional N° 170.673 del Consejo Superior de la Judicatura (fl. 232)).

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-279 de 2007. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

²⁹ “Artículo 25. Equivalencias entre estudios y experiencia. Las autoridades territoriales competentes, al establecer el manual específico de funciones y de requisitos, no podrán disminuir los requisitos mínimos de estudios y de experiencia, ni exceder los máximos señalados para cada nivel jerárquico. Sin embargo, de acuerdo con la jerarquía, las funciones, las competencias y las responsabilidades de cada empleo, podrán prever la aplicación de las siguientes equivalencias: (...)”

Este mandato por reunir los requisitos de ley, será aceptado y se reconocerá personería a la profesional del derecho en los términos del mismo que obra a folio 232.

5.6. De las costas

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en **sentencia de 7 de abril de 2016**, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" -CCA- a uno "objetivo-valorativo" -CPACA-*
- b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP³⁰, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia".*

³⁰ **"ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"

En ese orden de ideas, al expedirse la Ley 1437 de 2011, se dejó de lado el régimen subjetivo del Decreto 01 de 1984, que determinaba la condena en costas a la parte vencida en el proceso pero con el ingrediente de tener en cuenta su conducta procesal, ya fuera ésta dilatoria, abusiva o temeraria.

Precisamente, mediante el artículo 188 del CPACA se acogió el régimen objetivo de la condena en costas establecido para el Procedimiento Civil (actualmente regulado por el Código General del Proceso, artículo 365), quedando pues, sujeta su imposición al hecho de ser vencido en juicio, siempre y cuando "en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación" (Numeral 8º Art. 365 CGP).

Ahora bien, al tenor del artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de **expensas y gastos** sufragados durante el curso del proceso, y por las **agencias en derecho**.

Por una parte, las expensas se refieren a "todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.)"³¹. Y, las agencias en derecho, aluden a las erogaciones económicas por concepto del **apoderamiento judicial**.

En el sub-lite, en cuanto se refiere a la segunda instancia, no aparecen demostradas las expensas, **pero sí las agencias en derecho en tanto, la parte actora, a través de apoderado judicial, presentó alegatos de conclusión** (fl. 214 a 225).

En efecto, no queda duda que debe condenarse en costas a la demandada atendiendo el numeral 3.1.3. del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura³² en la suma de quinientos mil pesos (\$500.000).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO. Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Tunja en audiencia inicial el 8 de febrero de 2017, en el proceso

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

³² "Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia."

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **María Helverena Pulido Avendaño**

Demandado: Municipio de Sotaquirá

Expediente: 15001 3333 003 2016 00066 01

iniciado por María Helverena Pulido Avendaño contra el Municipio de Sotaquirá por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. Condenar en costas a la parte **demandada**, liquidense por la primera instancia y sígase el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

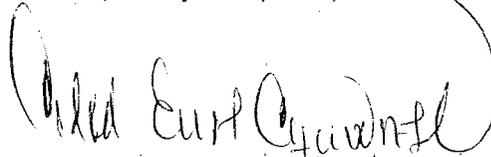
TERCERO. Fijar como agencias en derecho en favor de la señora María Helverena Pulido Avendaño y cargo del demandada, la suma de quinientos mil pesos (\$500.000) moneda corriente para esta instancia.

CUARTO. Se reconoce personería para actuar en este proceso a la abogada Sandra Milena Díaz Amayo, identificada con cédula de ciudadanía N° 33.375.220 de Tunja y Tarjeta Profesional N° 170.673 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos del memorial poder visible a folio 232.

QUINTO. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 3, de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada



JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



OSCAR GRANADOS NARANJO
Magistrado

Hoja de Firmas

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **María Helverena Pulido Avendaño**

Demandado: Municipio de Sotaquirá

Expediente: 15001 3333 003 2016 00066 01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 8 FEB. 2018

DEMANDANTE:	GUSTAVO GÓMEZ
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE TRABAJO – DIRECCIÓN TERRITORIAL BOYACÁ
REFERENCIA:	150013333005201600138-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ingresa el proceso para resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte demandada en contra el auto que resolvió las excepciones previas propuestas, emitido por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja mediante auto de fecha 7 de diciembre de 2017.

I. ANTECEDENTES

El señor GUSTAVO GÓMEZ, por intermedio de apoderada judicial a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, solicitó como pretensiones principales que:

"PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 00073 del 5 de abril de 2016, expedida por la Coordinadora del Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites de la Dirección Territorial Boyacá del Ministerio del Trabajo, proferida dentro de la actuación administrativa radicada bajo el No. 3599-09-10-2014.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se declare que no se autoriza al CONSORCIO EL PORVENIR MIRAFLORES Y/O SICIM COLOMBIA Y SOCAR INGENIERÍA LTDA., la terminación del vínculo laboral al señor GUSTAVO GÓMEZ.

TERCERA: Que se condene a la Nación – Ministerio del Trabajo – Dirección Territorial Boyacá al pago de la indemnización por los perjuicios morales causados a mi poderdante, con ocasión del dolor y angustia derivada de la decisión ilegalmente adoptada mediante la Resolución No. 00073 del 5 de abril de 2016, expedida por la Coordinadora del Grupo de Atención al Ciudadano de la Dirección Territorial Boyacá del Ministerio de Trabajo, que autorizó al consorcio empleador la terminación del vínculo laboral con el señor GUSTAVO GÓMEZ, en condiciones de disminución de su estado de salud, esto es, de vulnerabilidad e indefensión.

..."

Y como pretensiones subsidiarias las siguientes:

"PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 00073 del 5 de abril de 2016, expedida por la Coordinadora del Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites de la Dirección Territorial Boyacá del Ministerio del Trabajo, proferida dentro de la actuación administrativa radicada bajo el No. 3599-09-10-2014.

SEGUNDA: Que se declare la firmeza de las resoluciones Nos. 000264 de fecha 30 de septiembre de 2015 y 0005 del 22 de enero de 2016, proferidas dentro de la actuación administrativa radicada bajo el No. 3599-09-10-2014, por la Inspectora Doce de Trabajo y Seguridad Social de Tunja, mediante las cuales, no autoriza al consorcio empleador la terminación del vínculo laboral al señor Gustavo Gómez y, resuelve el recurso de reposición interpuesto contra dicha decisión y concede el recurso de apelación, interpuesto por el consorcio EL PORVENIR MIRAFLORES, por SICIM COLOMBIA y por SOCAR INGENIERIA LTDA., respectivamente.

TERCERA: Que a título de restablecimiento del derecho, se reconozca indemnización por los perjuicios morales causados a mi poderdante, con ocasión del dolor y angustia derivada de la decisión ilegalmente adoptada mediante la Resolución No. 00073 del 5 de abril de 2016, expedida por la Coordinadora del Grupo de Atención al Ciudadano de la Dirección Territorial Boyacá del Ministerio de Trabajo, que autorizó al consorcio empleador la terminación del vínculo laboral con el señor GUSTAVO GOMEZ, en condiciones de disminución de su estado de salud, esto es, de vulnerabilidad e indefensión.

..."

Habiendo sido avocada la demanda por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Tunja, mediante auto de fecha de 24 de noviembre de 2016, fue inadmitida la demanda, por encontrar que el contenido de las pretensiones principales y subsidiarias, pese a que la redacción es diferente las consecuencias jurídicas que persiguen no difieren las unas de las otras, siendo necesario esclarecer los efectos jurídicos de su solicitud (fl. 141-142).

Lo anterior, condujo a que la apoderada de la parte demandante, interpusiera recurso de reposición al considerar que las falencias encontrada por el *a quo* debían examinarse al momento de proferirse el fallo de instancia y no al momento de analizar la demanda, aunado a que las pretensiones no son contradictorias o excluyentes y por tanto cumple con los presupuestos exigidos por el estatuto procesal contencioso (fl. 143-144).

El juez de conocimiento mediante auto del 7 de diciembre de 2016, al resolver el recurso impetrado, consideró que teniendo en cuenta la finalidad del proceso judicial, como lo es la efectividad de los derechos reconocidos

por la Constitución y la Ley, el juez goza de una amplia facultad de saneamiento del proceso, en cada una de las etapas del mismo, y ello tiene como propósito la tutela judicial efectiva de tales derecho, así entonces, conforme con las facultades de saneamiento y en busca de obtener un mejor acceso a la administración de justicia de la parte actora fue que se pretendió el esclarecimiento de las pretensiones; no obstante, ante la aplicación de los principios *pro damnato* y *pro actiones*, repuso el numeral 1 del auto del 24 de noviembre de 2016, y en consecuencia, admitió la demanda interpuesta (fl. 146-149), ordenándose la notificación personal a las entidades demandadas y vinculadas de oficio por el *a quo*, quienes fueron notificadas en debida forma (f. 161-167), concediéndose los términos legales para que en oportunidad se pronunciaran a través de escrito de contestación, término que comenzó a correr el 7 de febrero de 2017 (fl. 168).

Conforme a lo anterior, las partes demandadas, presentaron contestación de la demanda y propusieron excepciones previas.

No obstante, en virtud con el artículo 173 del CPACA, la parte demandante en oportunidad, esto es, el 10 de julio de 2017, presentó reforma de la demanda, quedando integrado en un solo documento la demanda con sus modificaciones, ajustándose las pretensiones de la siguiente manera:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 00073 del 5 de abril de 2016, expedida por la Coordinadora del Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites de la Dirección Territorial Boyacá del Ministerio del Trabajo, proferida dentro de la actuación administrativa radicada bajo el No. 3599-09-10-2014.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se confirmen las Resoluciones Nos. 000264 de fecha 30 de septiembre de 2015, expedida por la Inspectora Doce de Trabajo y Seguridad Social de Tunja, mediante la cual no se autoriza al CONSORCIO EL PORVENIR MIRAFLORES Y/O SICIM COLOMBIA Y SOCAR INGENIERÍA LTDA., la terminación del vínculo laboral al señor GUSTAVO GÓMEZ y 0005 del 22 de enero de 2016, expedida por la misma funcionaria, mediante la cual resuelve recurso de reposición contra la primera.

TERCERA: Que se condene solidariamente a la Nación – Ministerio del Trabajo – Dirección Territorial Boyacá y al Consorcio El Porvenir Miraflores Y/O SICIM COLOMBIA y SOCAR INGENIERÍA Lt.d.a., a título de reparación del daño causado por la expedición del acto administrativo cuya nulidad se depreca, los siguientes perjuicios:

3.1. Por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma que resulte de calcular todos los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar por el actor, causados desde el día siguiente a su despido del CONSORCIO EL PORVENIR MIRAFLORES Y/O SICIM COLOMBIA Y SOCAR INGENIERÍA LTDA., y hasta la fecha de su reintegro al trabajo,

causados a mi poderdante, derivada de la decisión ilegalmente adoptada mediante la Resolución No. 00073 del 5 de abril de 2016, expedida por la Coordinadora del Grupo de Atención al Ciudadano de la Dirección Territorial Boyacá del Ministerio de Trabajo, que autorizó al consorcio empleador la terminación del vínculo laboral con el señor GUSTAVO GÓMEZ, en condiciones de disminución de su estado de salud, esto es, de vulnerabilidad e indefensión, desde la fecha de expedición del acto administrativo acusado y hasta la vida probable del demandante.

3.2 Por los perjuicios morales causados a mi poderdante, la suma de CUARENTA Y OCHO (48) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, que equivalen a TREINTA Y TRES MILLONES NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$33.093.792.00), con ocasión del dolor y angustia derivada de la decisión ilegalmente adoptada mediante la Resolución No. 00073 del 5 de abril de 2016, expedida por la Coordinadora del Grupo de Atención al Ciudadano de la Dirección Territorial Boyacá del Ministerio de Trabajo, que autorizó al consorcio empleador la terminación del vínculo laboral con el señor GUSTAVO GÓMEZ, en condiciones de disminución de su estado de salud, esto es, de vulnerabilidad e indefensión.

..." (fl.252-267)

Continuando con el trámite respectivo, con auto del 3 de agosto de 2017, el juzgado de conocimiento tuvo por contestada la demanda por parte de los demandados y aceptó la demanda en forma, ordenado correr traslado de la misma en los términos concedidos para el efecto en el artículo 173 del CPACA (fl. 270-vto). La entidad SICIM COLOMBIA (SUCURSAL DE SICIM SPA), contestó la reforma de demanda (fl. 273-275), así como también lo hizo el Consorcio Porvenir – Miraflores (fl. 276 -280).

Por impedimento presentado por la Juez Cuarta Administrativa del Circuito Judicial de Tunja, mediante auto del 12 de octubre de 2017, el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja asumió el conocimiento del proceso, ordenado correr traslado de las excepciones propuestas, lo cual se surtió de conformidad (fl.287 -290).

II. DEL RECURSO DE APELACIÓN

1. Del auto recurrido (fl. 293-296 Y CD fl. 317)

Se trata del auto del 7 de diciembre de 2017, por medio del cual el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, resolvió las excepciones propuestas por la parte demandada, bajo los siguientes argumentos:

.- Ministerio de Trabajo

“inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones”. Sostuvo el apoderado de la parte demandada que no puede solicitarse en la demanda, que se declare que no se autoriza al Consorcio la terminación del vínculo laboral del actor, pues ello es inadmisiblemente jurídicamente ya que esta fuera del resorte Constitucional como legal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, al tenor de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Además, que es indebida la acumulación de la pretensión segunda subsidiaria, pues lo que se predica de la jurisdicción es que se declare o no la nulidad el acto acusado, y según proceda su restablecimiento del derecho; por tanto, pedir la firmeza de las resoluciones No. 000264 de 2015 y 0005 de 2016, es reconfirmar lo que es bueno o útil al demandante, por encima del procedimiento.

Al respecto, el *a quo* advirtió que la parte demandante presentó reforma de demanda y la entidad no se pronunció, y que si bien en la demanda inicial se consignaron pretensiones principales y subsidiarias, con el escrito de reforma se modificaron las mismas, dejando sin piso los argumentos propuestos respecto de la pretensión subsidiaria relacionada con la firmeza de los actos 000264 de 2015 y 0005 de 2016.

De otra parte, sostuvo el juez de instancia que en virtud del artículo 138 del CPACA toda persona lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se i) declare la nulidad del acto administrativo particular ii), se restablezca el derecho y iii) se repare el daño.

Así las cosas, que en el presente caso se cumple con los presupuestos establecidos en la norma en cita, y en consecuencia, contrario a lo afirmado por el recurrente, en *sub examine* no se presenta indebida acumulación de pretensiones.

De igual manera, frente a que no es admisible jurídicamente la pretensión de declarar la ilegalidad del acto que autoriza la terminación de la relación laboral, la encuentra el juez sin soporte jurídico, pues el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, base del argumento precisamente sostiene que ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de discapacidad, salvo medie autorización de la oficina de trabajo, circunstancia que constituye el análisis que debe sortear el juez al momento de resolver de fondo el asunto.

.- Empresa SICIM COLOMBIA (SUCURSAL DE SICIM SPA) Y SOCAR INGENIERIA SAS. Integrantes del Consorcio El Porvenir Miraflores

"Falta de legitimación en la causa por pasiva". Consideró que la demanda pretende la nulidad de un acto administrativo expedido por una entidad distinta y extraña a dicha empresa y por tanto, no es llamado a responder por los supuestos daños causados con la expedición del mismo.

Sobre el asunto, el Despacho reiteró los argumentos expuestos en providencia del 7 de diciembre de 2016, en donde se consideró que era necesario vincular al Consorcio, por cuanto el mismo puede verse afectado con la decisión que se adopte en el presente caso.

2. Fundamentos del recurso. (CD fl. 294)

Inconforme con la decisión las partes intervinientes interpusieron recurso de apelación como sigue:

.- Ministerio de Trabajo

El apoderado de la entidad accionada, aduce en primer lugar que no se le notificó ni se le dio oportunidad de controvertir el escrito de reforma a la demanda y por tanto, habría vulneración al debido proceso y derecho a la defensa.

De otra parte, señaló que lo que se pretende en el caso en estudio es que se analice la no terminación de un vínculo laboral y que en competencia de la jurisdicción administrativa, simplemente se debe estudiar la legalidad o no del acto administrativo, sin entrar a determinar o a declarar que la terminación o no de un vínculo laboral sea legal; que en este tipo de controversias el único competente sería la jurisdicción ordinaria, y por tanto, en este caso, la jurisdicción contenciosa solo puede entrar a determinar la legalidad del acto administrativo, sin entrar a decidir o no si es legal un vínculo laboral, ya que el juez administrativo ni el Ministerio del Trabajo puede entrar a establecer esto, por tanto, solicitó se revoque la decisión.

.- SICIM Colombia (Sucursal de SICIM SPA)

Expuso que si bien la excepción previa de falta de legitimación por disposición del artículo 180 del CPACA puede ser resuelta en audiencia inicial, también es cierto que el Consejo de Estado ha considerado la diferenciación en la falta de legitimación de hecho como la falta de legitimación material. En su sentir, la falta de legitimación propuesta de

fondo en la contestación de la demanda, se presentó con argumentos tendientes a la sustancia mismas del proceso y no respecto a la capacidad de las partes, es decir, sobre aspectos que tienen que ver con los elementos para invocarse a juicio, en esa medida el recurso tiene un alcance procedimental, y la intención es que el superior le ordene a la instancia que le dé el trámite respectivo de excepción de mérito, y por lo tanto, sea resuelta en sentencia y no como excepción previa; si ese argumento no es aceptado por la segunda instancia, el otro reparo que hace sería de carácter sustancial, y es en el sentido de que la excepción propuesta, que insiste es de carácter material, guarda relación con el alcance que se tiene para hacer parte de un particular en la jurisdicción administrativa en un medio de control denominado nulidad y restablecimiento del derecho, en el sentido de que no es la entidad demandada la que expidió el acto administrativo y por lo tanto carecía de titularidad frente a la oposición de legalidad del acto administrativo demandado; por esa razón, solicita se tramite en sede de sentencia la excepción de fondo o que se resuelva que la entidad demandada no tiene el alcance de ser convocada a juicio.

.- SOCAR INGENIERIA SAS

Interviene la entidad señalando que debe ser revocado el auto para que deba ser declarada como probada la falta de legitimación de Socar, bajo el entendido de la naturaleza de la acción interpuesta y el enfoque que le corresponde respecto a la nulidad de los actos administrativos, y por tanto, el llamado para resolver y trabar la litis es el Ministerio del Trabajo, pues las entidades privadas no tienen la facultad de dictar actos administrativos y mucho menos para revocarlos o modificarlos. Que la competencia de la acción es de la legalidad de un acto administrativo y no determinar si fue justo o injusto el despido en consecuencia, se debe desligar y salir de este litigio Socar, además que por cuestiones de congruencia la sentencia no podría ordenarle a las entidades privadas la modificación o revocación del acto, es decir, que no es este el escenario, pues si la intención es discutir el despido, la invocación de la entidad sería en otro escenario distinto a la jurisdicción contenciosa administrativa.

III. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en audiencia inicial celebrada el 7 de diciembre de 2017 (fl. 133).

IV. CONSIDERACIONES

1. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA

En los términos del inciso final numeral 6 del artículo 180 del CPACA, el auto que decida sobre las excepciones en la audiencia inicial, es susceptible del recurso de apelación; así, teniendo en cuenta que los apoderados de parte demandada, dentro de la audiencia llevada a cabo el 7 de diciembre de 2017, interpusieron y sustentaron el recurso de alzada, los mismos se entienden oportuno.

2. Problemas Jurídicos

El objeto de la controversia se reduce a determinar si:

- Procede en el *sub lite* la declaratoria de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, por ser inadmisibles jurídicamente que el juez administrativo resuelva sobre la autorización otorgada para dar por terminado el vínculo laboral del actor?
- Procede en el *sub lite* la declaratoria de falta de legitimación en la causa de la parte pasiva como excepción previa, o por el contrario debe ser analizado como presupuesto de fondo al momento de emitir sentencia?

3. El estudio del recurso de apelación

3.1. De la inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones

Conforme con el nuevo trámite contencioso (Ley 1437 de 2011), el artículo 180 numeral 6 del CPACA, establece que en la audiencia inicial, el juez o magistrado de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas, sin que hubiese previsto las que podrían proponerse para el efecto, lo que permite por principio de integralidad normativa, acudir conforme la remisión del artículo 306 *ibídem*, a recurrir a las excepciones previas consagradas en el artículo 100 del CGP, que consagra, entre otros, en su numeral 5 la "ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones".

Ahora bien, **la ineptitud de la demanda**, está fundamentada frente a la **acumulación de pretensiones** en los artículos 138, 163 y 165 del CPACA, está

ultima norma que establece que se podrán acumular pretensiones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los requisitos preestablecidos en la codificación referida.

Cabe recordar de otra parte, que el artículo 162 del CPACA se ocupa del contenido de la demanda, precisando en el numeral 2 que debe comprender lo que se pretende, expresado con claridad y precisión; igualmente, que las varias pretensiones se deben formular por separado observando lo que el código dispone para la acumulación de pretensiones, es decir, estamos en presencia de un requisito establecido en la ley que debe observar toda demanda.

Ahora bien, de la lectura del artículo 165 del CPACA, se puede deducir que tan solo regula el tema de la acumulación de pretensiones cuando correspondan a distintos medios de control, por tanto, cuando se trata de acumulación de pretensiones en un mismo medio de control, se debe acudir a los supuestos fácticos del artículo 82 del CPC, ahora 88 del CGP, por remisión expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.

El artículo precitado del estatuto procesal regula lo siguiente:

“Artículo 88. Acumulación de pretensiones. *El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

1. *Que el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía.*
2. *Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
3. *Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.*

En la demanda sobre prestaciones periódicas podrá pedirse que se condene al demandado a las que se llegaren a causar entre la presentación de aquella y el cumplimiento de la sentencia definitiva.

También podrán formularse en una demanda pretensiones de uno o varios demandantes o contra uno o varios demandados, aunque sea diferente el interés de unos y otros, en cualquiera de los siguientes casos:

- a) *Cuando provengan de la misma causa.*
- b) *Cuando versen sobre el mismo objeto.*
- c) *Cuando se hallen entre sí en relación de dependencia.*

d) Cuando deban servir de unas mismas pruebas.

En las demandas ejecutivas podrán acumularse las pretensiones de varias personas que persigan, total o parcialmente, los mismos bienes del demandado."

Al tenor de la normatividad citada, se ha entendido que la acumulación de pretensiones, además de ser un instrumento en beneficio de la garantía del acceso a la administración de justicia de una forma ágil y eficiente, también puede ser en principio, de dos tipos: (1) objetivo, caso en el cual un demandante formula varias pretensiones frente a un demandado; y, (2) subjetivo, evento en el cual hay pluralidad de demandantes **y/o demandados**.

Sobre el tema de la acumulación de pretensiones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia del 23 de febrero del 2012, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero; Radicación No. 0317-08; sostuvo:

"La acumulación de pretensiones, entonces, además de ser un instrumento en beneficio de la garantía del acceso a la administración de justicia de una forma ágil y eficiente, al tenor de lo dispuesto en la disposición normativa citada puede ser, en principio, de dos tipos: (1) objetivo, caso en el cual un demandante formula varias pretensiones frente a un demandado; y (2) subjetivo, evento en el cual hay pluralidad de demandantes y/o demandados. En este último caso, supuesto aplicable al sub júdice, se requiere acreditar: (a) identidad de causa, o (b) identidad de objeto, o (c) una relación de dependencia, o (d) que se sirvan de unas mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros."

Bajo los preceptos legales y jurisprudenciales expuestos, habrá de indicarse que para el caso concreto, las pretensiones invocadas guardan estricta relación con los requisitos exigidos. De acuerdo con los hechos expuestos en la demanda, el señor Gustavo Gómez pretende se anule el acto administrativo emitido por la Dirección Territorial Boyacá del Ministerio del trabajo – Resolución No. 00073 de 2016-, provocado por la solicitud elevada por el **Consortio El Porvenir Miraflores y/o Sicim Colombia y Socar Ingeniería Ltda**, por medio del cual se autorizó a este último, dar por terminado el vínculo laboral que tenía con el señor Gustavo Gómez; en esas condiciones, no comporte este Despacho los argumentos expuestos por el recurrente cuando asegura que la competencia del juez administrativo está limitada al estudio de la legalidad del acto administrativo, y que por lo tanto, no puede pretender el demandante que en este medio de control – Nulidad y Restablecimiento del Derecho- se pueda resolver sobre la legalidad o

ilegalidad de la desvinculación laboral del actor, pues esto es de exclusividad de la jurisdicción ordinaria.

Nótese de la lectura de las pretensiones formuladas, que se solicitó conforme con el artículo 138 del CPACA, la nulidad del acto administrativo emitido por una entidad pública, pero como igualmente se afirma que el daño o el perjuicio fue **causado también por unos particulares en virtud del cumplimiento de las instrucciones dadas por el acto administrativo**, la consecuencia o restablecimiento que predica de todos los demandados en el *sub examine*.

No se puede limitar el acceso a la administración de justicia como lo propone el recurrente, cuando insiste que la discusión jurídica de la desvinculación laboral del actor le corresponde a otra jurisdicción y que en el medio de control interpuesto es inadmisibile la proposición de pretensiones expuestas en la demanda, concretando que esta jurisdicción tan solo tiene competencia de la legalidad del acto administrativo, pues precisamente por aplicación del **fuero de atracción** es a la jurisdicción contenciosa a quien le corresponde dirimir este litigio, sin que pueda haber reparo alguno por la presencia de un particular como demandado y que se determine que la causación del daño o el perjuicio pueda provenir de aquel.

Basta que el demandante, con suficientes fundamentos fácticos y jurídicos como en el caso presente, impute acciones u omisiones contra varios sujetos y que uno de ellos deba ser juzgado por esta jurisdicción, para que ésta asuma la competencia, sin que resulte relevante que la sentencia finalmente absuelva a alguno de los demandados, sea el ente público o los sujetos particulares; es más, será al momento del fallo, en donde se resuelva con certeza sobre la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

De otra parte, alega el recurrente que fue violentado en sus derechos fundamentales de debido proceso y acceso a la administración de justicia, pues no se le puso en conocimiento y en término la reforma de la demanda; sin embargo, habrá de recordarse que uno de los propósitos del sistema oral y de la aplicación de la Ley 1437 de 2011 es que en la audiencia inicial se depure el proceso para adoptar el fallo de mérito e impedir irregularidades o nulidades procesales que no permitir fallar de fondo.

Así las cosas, las advertencias del recurrente se circunscriben a irregularidades o nulidades que debían ser presentadas en la etapa de saneamiento – artículo 180.5 CPACA-, la cual tiene como propósito garantizar la tutela judicial efectiva, y así poderse adoptar las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias. No obstante,

revisada la audiencia realizada por el *a quo*, se evidencia que ninguna de las partes, en especial, la parte demandada, ni el juez de oficio, **encontró causal o vicio alguna que debiera resolverse**, y por lo tanto, la etapa de saneamiento se terminó sin novedad que pueda afectar la validez y eficacia del proceso en este momento.

3.2. De la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por SICIM COLOMBIA Y SOCAR INGENIERÍA.

Lo primero por esclarecer, conforme lo plasmó el apoderado de SIMIC COLOMBIA, es que la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, ha sido referida por la jurisprudencia constitucional, como la "*calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso*".

Por su parte, el Consejo de Estado, respecto a dicha noción de legitimación en la causa, ha diferenciado entre la **legitimación de hecho y la legitimación material en la causa**. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y acué! a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo (...)"²

Postura jurisprudencial que fue reiterada en auto de 30 de enero de 2013, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourt, Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610), se expresó:

"...

De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 965 de 2003.

² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007; expediente 13.503.

los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, **evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar** puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores^{3,4}”

Ahora bien, existe jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual se acoge por este Despacho, para entender que “la falta de legitimación en la causa no constituye una excepción que pueda enervar las pretensiones de la demanda, sino que configura un presupuesto anterior y necesario para que se pueda proferir sentencia, en el entendido en que, si no se encuentra demostrada tal legitimación, el juez no podrá acceder a las pretensiones de la demanda”.⁵

En efecto, el artículo 180 del CPACA, en su numeral sexto, consagró que la falta de legitimación tiene la connotación de ser excepción; de manera que lo cierto es que ella tendrá mérito de resolverse en la audiencia inicial cuando se tenga certeza sobre la misma. En otras palabras, cuando esté plenamente acreditada, pues no siendo así será necesario que se surta la valoración de las pruebas para decidir en la sentencia sobre su ocurrencia.

La excepción de falta de legitimación propuesta por SIMIC COLOMBIA Y SOCAR INGENIERIA no resulta procedente decidirse en la audiencia inicial, en tanto la decisión que se debe adoptar al respecto, tiene que estar

3 “[6] A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que “... si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973”.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de julio de 2011, exp. 52001-23-31-000-1997-08625-01(19753), actor: Carlos Julio Pineda Solís, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E), doce (12) de febrero de dos mil quince (2015), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00613-01(52509). Véase también: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO., veintidós (22) de abril de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00734-01(56654) y CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION A, Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ., siete (7) de abril de 2016

precedida de la valoración probatoria que permita determinar o no, el daño antijurídico que se le reputa a cada una de las demandadas.

Al respecto, la parte demandante, al momento de la demanda inicial propuso tan solo como demandada a la Nación – Ministerio del Trabajo, sin embargo, de oficio, el juez ordenó vincular al Consorcio el Porvenir Miraflores y/o SICIM COLOMBIA Y SOCAR INGENIERIA, ajustándose en la reforma de la demanda la parte demandada, a la entidad pública y a los particulares precitados, sosteniéndose que son titulares de la lesión de **un derecho subjetivo amparado en norma jurídica causado al actor, lo que hace sostener que no es posible que la excepción propuesta por las entidades demandadas sea resuelta como previa en la audiencia inicial, sino que es necesario que se valoren las pruebas pertinentes para determinar la relación de causalidad para cada una de ellas, y adoptar la decisión que corresponda al momento que se dicte sentencia.**

En ese orden de ideas, se revocará la decisión relacionada con declarar no próspera la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por SICIM COLOMBIA Y SOCAR INGENIERIA, entendiéndose que es un aspecto atinente a resolver en el fondo del asunto.

V. DE LAS COSTAS PROCESALES

Con base en lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, no se condenará en costas a la parte recurrente en razón a que aquello sólo procede tratándose de la sentencia de primera o segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el auto de fecha 7 de diciembre de 2017, adoptada por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, respecto a la decisión de declarar no próspera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la parte demandada, por las razones expuestas en precedencia

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el auto de fecha 7 de diciembre de 2017, adoptada por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

TERCERO: Sin condena en costas.

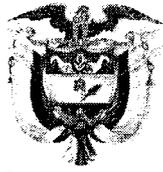
CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO
Nº <u>22</u> DE HOY <u>10</u> DE <u>2019</u> A LAS 8:00 A.M.
SECRETARIA



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, febrero ocho (8) de dos mil dieciocho (2018)

Acción: Reparación Directa

Demandante: **Edgar Guerrero Peña y otros**

Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional – Policía Nacional

Expediente: 15001-33-33-007-2014-00251-02

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia proferida el **10 de febrero de 2017**, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que **negó** las pretensiones de la demanda presentada por Edgar Guerrero Peña, Luz Yaneth Ávila Castellanos, Elvira Guerrero Peña, Luis Fernanda Guerrero Degadillo, Valery Tatiana Guerrero Ávila, José Vidal Cortés Guerrero, Carmen Elisa Guerrero y Alexander Guerrero Peña contra el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Policía Nacional.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda (f. 3 a 8 c.1):

En ejercicio de la acción de reparación directa, los señores **Edgar Guerrero Peña** y **Luz Yaneth Ávila Castellanos**, actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijas **Luisa Fernanda Guerrero Delgadillo** y **Valery Tatiana Guerrero Ávila**; **Elvira Guerrero Peña**; **José Vidal Cortés Guerrero**, **Carmen Elisa** y **Alexander Guerrero Peña** a través de apoderado judicial, solicitaron que se declare administrativa y extracontractualmente responsables al Ministerio de Defensa - Policía y Ejército Nacional, por los daños antijurídicos de orden material y subjetivado que, a su juicio, se causaron como consecuencia de las lesiones sufridas por **Edgar Guerrero Peña** y **José Vidal Cortés Guerrero**, en hechos ocurridos el **10 de noviembre de 2012**.

Las pretensiones se formularon así:

- *Declarar que el Ministerio de Defensa - Ejército y Policía Nacional son responsables, solidariamente, de los daños causados a los demandantes.*
- *Se condene al Ministerio de Defensa - Ejército y Policía Nacional al pago a favor de cada uno de los lesionados, del valor de las sumas que habrían podido ganar por salarios y prestaciones sociales durante el tiempo en que estuvieron totalmente incapacitados para trabajar, así como el pago de las sumas que dejarán de percibir por la disminución en su capacidad laboral si la hubiere, durante su existencia. Solicitó que la condena se haga teniendo en cuenta el salario mínimo legal y la tabla de mortalidad para varones.*
- *Que la anterior condena se indexe conforme al IPC.*
- *Que se pague a Edgar Guerrero Peña, Elvira Guerrero Peña, Luz Yaneth Ávila Castellanos, Luisa Fernanda Guerrero Delgadillo y Tatiana Guerrero Ávila, del equivalente a 70 SMLMV para cada uno como indemnización del daño moral sufrido.*
- *Se pague solidariamente 100 SMLMV al señor Edgar Guerrero, como indemnización por el daño a la salud y a su vida en relación.*
- *Se paguen 70 SMLMV a favor de José Vidal Cortés Guerrero y su madre Carmen Elisa Guerrero Peña y 35 SMLMV a favor de Alexander Guerrero Peña, como pago del daño moral sufrido.*
- *Se paguen 100 SMLMV a favor de José Vidal por el daño a salud y a la vida en relación.*
- *Se dé cumplimiento a la sentencia y se ordene el pago de intereses de mora en los términos del artículo 192 del CPACA.*
- *Se condene en costas a la parte demandada.*

La situación fáctica que respalda el petitum es la siguiente:

- *Edgar Guerrero es hijo de Elvira, está casado con Luz Yaneth Ávila Castellanos y tiene como hijas a Luisa Fernanda Guerrero Delgadillo y Tatiana Guerrero Ávila.*
- *José Vidal Cortes Guerrero trabaja en labores de agricultura y es hijo de Hermenegildo y Carmen Elisa y como hermano de Alexander Guerrero Peña.*

- El 10 de noviembre de 2012, aproximadamente a las seis de la tarde, en el Municipio de San Pablo de Borbur, sobre la carretera, en el momento en que pasaban varias motocicletas que transportaban a agentes de la SIJIN de la Policía de Otanche y a un Sargento del Ejército del Batallón Sucre de Chiquinquirá, algunos de los militares dispararon sus armas de fuego e hirieron a Edgar Guerrero Peña y a José Vidal Cortés Guerrero, quienes estaban en el lugar, en compañía de sus familias.
- Que “al parecer” los militares quienes debían estar en una comisión en la región de Peñas Blancas, de donde venían, estuvieron consumiendo licor y de ahí su inmotivado ataque.
- Los heridos fueron atendidos inicialmente en el Hospital de Otanche y después trasladados al Hospital Regional de Chiquinquirá, donde fueron sometidos a los procedimientos quirúrgicos necesarios.
- Al día siguiente, “bajaron” los miembros del Ejército del Batallón de Sucre y recogieron las vainillas de los disparos hechos.
- Los únicos que dispararon fueron el Sargento Torres Villamil José y unos de la SIJIN de la Policía de Otanche, entre ellos el Sub-intendente Luis Eladio Torres.
- La investigación penal la inició la Fiscalía Sexta -URI- de Otanche bajo la radicación número 155076000122201200176 y después pasó a la Fiscalía Local 11 de Tunja.
- A Edgar Guerrero, Medicina Legal dio incapacidad definitiva de setenta (70) días, con secuelas médico legales. “Desconocemos la incapacidad de José Vidal pero a él, en Chiquinquirá le extrajeron un proyectil y quedó cojo”
- Los militares agresores estaban en servicio, las motos eran de la Policía de Otanche y las armas que utilizaron, “debían” ser de dotación oficial.

La parte demandante consideró que se causaron perjuicios materiales a las víctimas de los disparos por gastos de transporte y medicinas, por lo dejado de devengar mientras estuvieron incapacitados y por las sumas que dejarán de percibir por la disminución de su capacidad laboral; daños en la salud, en tanto uno quedó cojo y el otro sin unos dedos de la mano; y se causaron perjuicios morales a todos los demandantes por el dolor de la lesión de sus seres queridos.

1.2. Contestación de la demanda:

El Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, a través de apoderado judicial, contestó la demanda en los siguientes términos:

Dijo que existe ausencia de nexo de causalidad en tanto no se encuentra probada la participación policial con el supuesto fáctico que originó el perjuicio; advirtió que no es cierto que miembros de la SIJIN de la Policía Nacional, entre ellos, el señor Subintendente Luis Eladio Torres, hayan disparado armas de fuego, por el contrario, auxilió a Yesid Guerrero Aguilar quien se desplazaba en una motocicleta al presentarse unos disparos con arma de fuego.

Sostuvo que atribuir al Estado el daño causado por un agente a su servicio, sólo es posible cuando el daño ha tenido algún vínculo con el servicio; que no existe responsabilidad de la Policía Nacional porque no hubo participación de miembros de la Policía Nacional en los hechos por uso de armas de fuego, ni existieron detonaciones que involucraron a policiales en el hecho en que se presentó cruce de disparos. Indicó que fue el hecho de un tercero la causa eficiente de la producción del daño.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

*El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en sentencia de **10 de febrero de 2017**, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante (f. 247 y ss.)*

Estableció dos problemas jurídicos: i) determinar cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, habida cuenta que, se alega, se trató de las lesiones causadas a dos particulares por disparos con arma de fuego de dotación oficial de miembros de la Policía Nacional y del Ejército Nacional, el día 10 de noviembre de 2012, en el sitio conocido como El Consuelo, del Municipio de San Pablo de Borbur y ii) establecer si se encuentra demostrado que concurren los supuestos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por los daños causados a los accionantes como consecuencia de las lesiones sufridas por los accionantes.

Luego de pronunciarse sobre la existencia del daño antijurídico, la imputación y el nexo causal, abordó el tema concerniente al régimen de responsabilidad a título de

imputación aplicable a miembros de la fuerza pública, derivada de los daños ocasionados con armas de dotación oficial. Respecto a este último tópico, dijo que debe realizarse bajo la óptica del título objetivo del riesgo excepcional, en tanto se trata de una actividad catalogada como peligrosa.

Realizó un análisis jurisprudencial sobre el régimen de responsabilidad¹ y adujo que, a partir del año 2010, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sostenido que debe privilegiarse la aplicación de títulos de imputación objetiva por razones jurídicas, de equidad y solidaridad; que es necesario establecer la existencia de los elementos indispensables para que proceda la responsabilidad extracontractual del Estado, fundada en el título objetivo del riesgo excepcional, cuando se trata del uso de armas de dotación oficial o de actividades en las que utilicen las mismas, es decir: i) la existencia del daño, ii) que se trate de la utilización de un arma de dotación y, iii) la relación de causalidad entre ésta y el daño.

Precisó que la demostración del nexo instrumental (arma de dotación oficial), no llega a ser suficiente para imputar al Estado la responsabilidad por los daños causados, en tanto resulta necesario acreditar la vinculación del servicio con el agente que causó el daño.

Descendiendo al caso concreto, respecto de la copia de las investigaciones penal y disciplinaria, advirtió que deben ser valoradas en el caso bajo análisis, comoquiera que en la audiencia de pruebas ellas estuvieron a disposición de las partes para que ejercieran su derecho de contradicción. Sobre los testimonios contenidos en dichos procesos, indicó que se trata de elementos de juicio que no pueden tenerse en cuenta para estructurar la responsabilidad; citó la sentencia proferida el 16 de abril de 2015 por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicación número 44.557, M.P. Eugenio Fernández Cartier. A continuación, sobre la eficacia probatoria de los recortes de periódico o de prensa, sostuvo que pueden valorarse sin perjuicio de ser cotejada con las demás pruebas.

Al abordar el estudio del daño ocasionado a **Edgar Guerrero Peña**, manifestó que se encuentra probado que:

- Ingresó al servicio de urgencias el 10 de noviembre de 2012, luego de haber sufrido heridas causadas con arma de fuego.

¹ Citó las sentencias proferidas por el Consejo de Estado el 9 de mayo de 2011 (exp. 19976); el 14 de julio de 2001 (exp. 12696); de 22 de abril de 2004 (15088); de 11 de febrero de 2009 (exp. 17318); de 11 de agosto de 2010 (exp. 19289).

- Los procedimientos realizados fueron Osteosíntesis y fijación con clavos de fracturas de metacarpianos; lavado y desbridamiento de Fx expuestos de falanges en la mano.
- Como consecuencia de las lesiones causadas por arma de fuego, tuvo una pérdida de la capacidad laboral del 21,78%.
- La señora Luz Yaneth Ávila Castellanos es la esposa; la señora Elvira Guerrero Peña es la madre; Luisa Fernanda Guerrero Gordillo y Valery Tatiana Guerrero Ávila son hijas del demandante.

Luego sobre el daño causado a **José Vidal Cortés Guerrero**, sostuvo que se encuentra probado que:

- Ingresó al servicio de urgencias el 10 de noviembre de 2012, luego de haber sufrido heridas causadas con arma de fuego en el tórax.
- Fue remitido a cirugía general.
- Tuvo pérdida de capacidad laboral del 27%.
- La señora Carmen Elisa Guerrero es madre y el señor Alexander Guerrero Peña es hermano del demandante.

A continuación, sobre la imputabilidad del daño, indicó que debía determinarse si miembros de la Policía Nacional, específicamente el señor Luis Eladio Torres, se encontraba en servicio activo el día de ocurrencia de los hechos y si estuvo involucrado en las lesiones causadas a los accionantes.

De conformidad con las pruebas allegadas al plenario, la jueza a quo dijo que el señor Luis Eladio Torres Romero, se encontraba en servicio el día de los hechos y, en virtud del mismo, realizó un desplazamiento junto con varios patrulleros al sector de la Vereda de Peñas Blancas, en respuesta a una llamada que alertaba la presencia de hombres armados e indocumentados.

Indicó que, según los documentos contenidos en la investigación penal, el arma que le fue incautada al señor Luis Eladio Torres Romero, identificada con el serial No. 33A002728, corresponde a un arma de dotación oficial "bajo el entendido de que es la misma Policía Nacional la que le solicita dicha arma, por medio de dicho oficio, a la Fiscalía II Local de Tunja, (...)" (f. 268). A continuación, aseveró:

"No obstante dicha situación, para el Despacho resulta claro que, revisado el material obrante en el expediente, no obra prueba que en manera alguna señale o tan siquiera demuestre sumariamente que el señor LUIS ELADIO

- *TORRES ROMERO, el día de la ocurrencia de los hechos, hubiese desfundado su arma de dotación oficial, ni mucho menos que efectuase disparos en dicho momento, pues lo único que se encuentra acreditado hasta el momento es que el mismo estuvo presente al momento en que ocurrieron los hechos, y que si bien se evidencia que se encontraba en el servicio para la fecha de 10 de noviembre de 2010, lo cierto es que no logra demostrarse en esta instancia que dicho agente haya actuado bajo la óptica de conexión con el servicio, disparando su arma de dotación, pues, como se dijo anteriormente, dicha situación no logra acreditarse dentro del expediente.”*
(f. 268 y vto.)

Precisó que, respecto de la Policía Nacional, dentro del libelo demandatorio, el actor de manera categórica afirmó que el único que disparó fue el Sargento del Ejército por ello, analizó si los miembros del Ejército, se encontraban en servicio activo el 10 de noviembre de 2012 y si estuvieron involucrados en las lesiones causadas a los accionantes.

Para ello, regresó sobre el plenario y afirmó que para la época de los hechos el señor Torres Villamil era miembro activo del Ejército Nacional; que no se le inició investigación disciplinaria alguna por los hechos narrados en la demanda, por tanto, concluyó que no se encuentra demostrado que estuviera en el sitio de los hechos y mucho menos que hubiese realizado los disparos causantes de las lesiones sufridas de los demandantes.

Advirtió que, según el informe de novedad rendido por el señor Luis Eladio Torres Romero, miembro del Ejército Nacional, el señor Nelubin Bustos Clavijo se encontraba presente en el momento de los hechos; que según el Informe Pericial de Balística Forense de 23 de septiembre de 2013, no obra prueba que relacione las vainillas encontradas en el lugar de los hechos, con el arma que portaba Bustos Clavijo; que conforme al Informe Pericial de Balística realizado el 15 de febrero de 2013, el proyectil extraído al accionante José Vidal Cortés, provino del arma incautada a Nelubin Bustos, suboficial del Ejército Nacional.

Afirmó que, en relación con el señor Nelubin Bustos Clavijo no obra prueba que demuestre que se encontraba en servicio activo o en cumplimiento de alguna orden superior.

Dijo que la parte actora no acreditó los elementos necesarios para imputar responsabilidad al Estado por los daños sufridos por los demandantes; que no se logra determinar con certeza los supuestos fácticos de la demanda; que Luis Eladio Torres Romero y Nelubin Bustos Clavijo no se movilizaban en vehículos oficiales ni

vestían prendas militares, según el testimonio rendido por Numael González, declaración que, dijo la jueza, no ofrece certeza sobre la condición militar de las personas involucradas en los hechos.

Finalmente, trajo en cita la sentencia de 27 de febrero de 2013 proferida por el Consejo de Estado con ponencia del Consejero Doctor Mauricio Fajardo Gómez y concluyó que la parte actora no logró acreditar la responsabilidad de la Policía y Ejército Nacional, en los términos del régimen objetivo por riesgo excepcional.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte actora presentó recurso de alzada en los siguientes términos (f. 279):

Indicó que la afirmación “No se evidencia que un sujeto identificado como JOSÉ TORRES VILLAMIL estuviere (sic) presente el día de ocurrencia de los hechos y mucho menos que hubiera realizado disparos...” es cierta; que fue una errada información de los demandantes la que llevó a afirmar que los disparos fueron realizados por Torres Villamil.

Sostuvo que, contrario a lo afirmado por la sentencia de instancia, se probó que Nelubin Bustos Clavijo estaba en servicio activo, era suboficial del Ejército y portaba el arma oficial con la cual fue herido una de las víctimas.

Dijo que conforme al proceso penal aportado, conocido el hecho, se hizo un operativo y se requisó a los militares que habían participado en los sucesos, entre los que se encontraban Luis Eladio Torres Romero y Nelubin Bustos Clavijo; que el testigo José Medina se refirió al hecho; que en el Formato de Muestras de Residuos de Disparo en Mano, Nelubin Bustos dijo que era Suboficial del Ejército Nacional; que la solicitud hecha al Batallón Sucre a la Fiscalía, no deja duda que Bustos Clavijo era Sargento del Ejército.

Que existen indicios como: i) la Fiscalía tiene vinculado al proceso a Nelubin Bustos Clavijo; ii) el arma de dotación oficial pertenece al Batallón Sucre y fue hallada en poder del acabado de mencionar “y nadie ha hablado de que lo estén procesando por portar dicha arma. Luego la tenía en forma lícita, se la había dado el Ejército al que pertenecía”.

Sostuvo que está probado que los daños se causaron con un arma de dotación oficial y, por tanto, debía estar bajo la guarda del Estado, en consecuencia, consideró, el Ejército Nacional debe ser condenado. Además, afirmó que la demandada no probó que el daño hubiera proveniendo del hecho exclusivo de un tercero. Concluyó que, en cualquiera de las dos formas, por creación de riesgo o por falta del cuidado del arma, el Estado debe ser declarado responsable. A continuación, afirmó:

“Si admitimos, como hace la sentencia, que Nelubin Bustos no estaba en servicio, tendríamos también que admitir que hubo falla de la Administración en el Ejército, porque un arma de dotación oficial que debía estar en la armería del batallón, se hallaba en manos de una persona que no era del servicio. ¿No es esto una culpa in vigilando? En este caso la Administración tampoco se libra pues tiene que ser condenada por falla en el servicio.” (f. 283)

Aseveró que el instrumento causante del daño fue puesto por el Ejército en manos del culpable, entidad encargada de su custodia; por tanto, es un caso de acumulación de faltas: la personal, el delito del sargento y la del servicio.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

En firme el proveído que admitió el recurso de apelación (fls. 291 c.2), sin que se hubiese presentado solicitud alguna, se ordenó correr traslado a las partes (fl. 294 c.2), por el término de diez (10) días para que presentaran sus alegatos de conclusión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 212 del C.C.A.

4.2.1. Ministerio de Defensa - Policía Nacional (fls. 296 y ss.):

Sostuvo que no se acreditó que el disparo que lesionó a los demandantes haya sido propinado por los Agentes de la Policía Nacional sino que, al contrario, se presenta el eximente de responsabilidad de hecho de un tercero; que tampoco se probó un actuar negligente, omisivo o extralimitado de algún uniformado.

Que las pretensiones resultan infundadas en razón a la ausencia del nexo de causalidad entre el hecho generador y el perjuicio reclamado, pues, no se logró demostrar que los demandantes hubiesen sido lesionados con armas de dotación oficial de la Policía Nacional.

Indicó que obra proceso disciplinario contra el señor Luis Eladio Torres Romero, en el cual se decretó el archivo, comoquiera que no se pudo establecer la responsabilidad en los hechos materia de la presente acción; que en la investigación penal, se evidencia que si bien se le incautó un arma de dotación oficial, no obra prueba que demuestre que el señor Torres Romero hubiese desenfundado su arma de dotación oficial.

4.2.2. Parte demandante (f. 303 y ss.)

Reiteró los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación y sostuvo que el señor Nelubin Bustos Clavijo confesó que era Suboficial del Ejército Nacional; que se solicitó que se le practicara prueba de alcoholemia; que a folio 179 aparece una solicitud en la que se solicitó la devolución del arma decomisada al señor Bustos Clavijo. Finalmente expresó:

“La demanda fue dirigida contra la Nación - Ejército Nacional-, no contra alguno de los sargentos en particular. De modo que, para efectos del éxito de las pretensiones de la demanda, lo mismo da que los disparos los hubiera hecho el sargento Torres Villamil o el Sargento Clavijo Bustos. En ambos casos el Estado debe responder porque está doblemente comprometido el servicio que La Nación presta a través de sus cuerpos armados: A) por la condición del autor del daño -un miembro del ejército- y B) por la propiedad del arma con que se ejecutó: una pistola de dotación oficial, bajo la vigilancia del batallón Sucre.” (f. 304)

4.2.4. Ministerio Público (f. 307 y ss.):

La señora Procuradora 121 delegada ante este Tribunal, en su concepto de fondo, solicitó que la sentencia apelada sea confirmada.

Luego de hacer alusión a los antecedentes del caso y pronunciarse sobre los regímenes de responsabilidad, precisó que su intervención se limitaría a la imputación del daño al Ejército Nacional en razón a los disparos propinados por Nelubin Bustos Clavijo.

Afirmó que no es posible imputar el daño al Ejército Nacional en tanto que, si bien en el plenario existen pruebas documentales de las cuales se infiere que el señor Bustos Clavijo es Suboficial del Ejército Nacional, lo cierto es que no se encuentra acreditado que al momento de disparar lo hubiese hecho en ejercicio de su cargo público. Sostuvo que las pruebas allegadas al proceso no permiten inferir si el señor

Nelubin estaba en horas laborales, el lugar donde debía prestar el servicio, o si estaba en cumplimiento de una misión o actividad del servicio.

Indicó que del testimonio rendido por Numael González, se puede inferir que al momento de los hechos no percibió el ejercicio de un servicio público por parte del agente del daño.

Precisó que cuando la jueza indicó que no obra prueba sobre el servicio activo que prestaba Nelubin Bustos, hizo referencia a la prueba que acreditara que se encontraba actuando en desempeño o en ejercicio de su cargo y no a su calidad de servidor público, sobre lo cual no hay discusión.

V. CONSIDERACIONES.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia de **10 de febrero de 2017**, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, dentro del proceso de la referencia.

5.1. Competencia del juez de segunda instancia:

El artículo 328 del Código General del Proceso, prevé:

“Artículo 328. Competencia del superior.

El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.” Negrilla fuera de texto

Según la norma transcrita, se colige que el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada, así lo sostuvo la Subsección

“A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 23 de febrero de 2017:

“De acuerdo con el artículo 320 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 306 del CPACA, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida «...únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.». **En consecuencia, el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo.** Al respecto sostuvo esta Corporación en sentencia de 5 de julio de 2007²:

«Ahora, entrando al fondo del asunto, debe recordarse que esta Sección ha reiterado que en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria, so pena de declararse desierto, la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia. En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente.»

Esta limitación a la competencia del juez de segunda instancia ha sido entendida como garantía de la non reformatio in pejus, consagrada en el artículo 31 de la Constitución Política. Sobre este tópico se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sus dos Subsecciones, en los siguientes términos:

«En primer lugar, la Sala advierte que se encuentra limitada para fallar sólo frente a los argumentos del recurso de apelación de la parte actora, en razón a que el poder del Juez Administrativo se restringe cuando es un apelante único el que impugna la decisión de primera instancia. El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, acoge el principio de la “reformatio in pejus”, según el cual el Juez de segunda instancia no puede hacer más gravosa la situación del recurrente, cuando éste ha sido el único que apela la decisión del inferior, puesto que evidentemente el recurso instaurado se debe entender interpuesto de manera exclusiva en el aspecto estrictamente desfavorable de la providencia.»³

«En consecuencia, como quiera que la actora fue apelante único, no resulta viable desmejorar su situación particular en virtud de la prohibición de la reformatio in pejus. Al respecto, la Sala observa que el artículo 164 del C.C.A. inciso final, consagra la prohibición de la reformatio in pejus, la cual a la postre tiene en el artículo 31 consagración constitucional. En efecto, en el artículo 164 del C.C.A., se preceptúa la posibilidad para el superior jerárquico de decidir sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada, pero a su turno, se preserva el reconocimiento efectuado en primera instancia cuando quien lo obtuvo actúe como apelante único, razón que por la cual puede

² Consejo de Estado, sección Segunda, Subsección A, radicado interno No. 9708-2005, actor: Aura Isabel Rubio Morán, M.P. doctor: Jaime Moreno García.

³ Sentencia de la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 28 de septiembre de 2006, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno número: 7966-2005, actor: Flor Ángela Pedraza Caballero y otra.

afirmarse que se consagró la "prohibición" de la reformatio in pejus.»⁴ ⁵ Negrilla fuera del texto

Así las cosas, la competencia del superior, se rige por el principio de congruencia, en virtud del cual, el juez de segunda instancia, debe desatar el recurso de alzada a partir de los argumentos de inconformidad propuestos por el recurrente, so pena de desconocer el principio de contradicción.

Se observa que la apelante, se muestra inconforme con la sentencia al considerar: i.) que se demostró la lesión fue causada por **Nelubin Bustos Clavijo** quien tenía la calidad de servidor público; ii) hubo falla en el servicio por omisión de vigilancia sobre el arma que portaba **Nelubin Bustos Clavijo**.

En efecto, en el recurso la actora no se opuso a los argumentos del sentenciador de instancia relacionados con la ausencia de participación de Luis Eladio Torres Romero en los hechos que rodearon las lesiones demandadas y aceptó que no se probó que José Torres Villamil hubiese estado en el lugar de los hechos, de manera que no cabe examinar responsabilidad alguna derivada de su actuar.

5.2. Del principio iura novit curia

La sentencia proferida el 9 de mayo de 2014 por la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶, con ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero, trae el siguiente recorrido jurisprudencial en relación con el principio iura novit curia. Se lee allí:

*"...Una de las primeras sentencias del Consejo de Estado en las que se expresa explícitamente, aunque se puede rastrear su génesis de rango legal en la Ley 167 de 1941 sobre organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 9 de noviembre de 1978, expediente n.º 2402, en la cual con fundamento en el principio iura novit curia se revocó un auto que inadmitía una demanda por no haber formulado el concepto de la violación. Más tarde en 1982, el Consejo de Estado **definió los límites de su aplicación, con lo cual no es posible variar los hechos** y las pretensiones de la demanda, cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de abril de 1982, rad. 2816, M.P. Eduardo Suescun Monroy. En 1988, el Consejo de Estado afirmó que el iura novit curia procede únicamente en materia de responsabilidad estatal, lo que excluye el contencioso objetivo de nulidad, cfr. Consejo de Estado.*

⁴ Sentencia de la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 29 de enero de 2006, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno número: 0837-2004, actor: Héctor Solano Vargas.

⁵ Sentencia proferida en el proceso con radicación número 08001-23-33-000-2012-00087-01(2345-14) y ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández

⁶ Expediente con Radicación: 200012331000199900636-01 (24078) 200012331000200100769-01 (33685) Actores: Enrique Mancera y otros Demandados: Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho y otros Naturaleza: Acción de reparación directa

Acción: Reparación Directa
Demandante: **Edgar Guerrero Peña y otros**
Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y otro
Expediente: 15001-33-33-007-2014-00251-02

*Sección Tercera, sentencia del 5 de agosto de 1988, rad. 3099, M.P. Julio Cesar Uribe Acosta, y que se trata de una valoración teórica que pertenece a la órbita de interpretación del juez, cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 1989, rad. 4655, M.P. Antonio José de Irisarri Restrepo. Este principio adquirió un respaldo constitucional en 1991, al tener relación directa con el derecho de acceso a la administración de justicia. En efecto, el artículo 228 precisa que se privilegiara por la administración de justicia el derecho sustancial sobre el formal. Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de febrero de 1995, rad. S-123, M.P. Consuelo Sarria Olcos, precisó: "(...) la justicia administrativa es rogada y en ella no es aplicable el principio iura novit curia, pero (...) con relación a dicha característica [hay] una excepción: en aquellos procesos, en los cuales no se juzga la legalidad o ilegalidad de la actuación u omisión de la administración, sino que directamente se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, el juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es el caso modificar, **de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda** [y] los fundamentos de derechos invocados por el demandante (...) el juez puede encontrar fundamentos de derecho diferentes a los propuestos en la demanda, **pero sin que pueda modificar la causa petendi**" ..."* Resaltado fuera de texto

La causa petendi o causa de pedir es el conjunto de **hechos esenciales** para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora, tal como aparecen formulados en la demanda. De allí emana el deber de congruencia de la sentencia, es decir, la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir], lo cual implica que se **respete el componente fáctico** argumentado al juez para su decisión. La causa de pedir hace referencia al principio que origina el pretendido derecho o «el motivo o fundamento del cual una parte deriva su pretensión deducida en el proceso»⁸

Es claro entonces que el principio que se examina no puede variar los hechos de la demanda, su aplicación se materializa cuando el juez, **tomando como fuente los fundamentos fácticos del libelo** se encuentra en libertad de adecuarlos al fundamento jurídico que realice el derecho.

En este caso e invocando el principio iura novit curia, la parte demandante – recurrente – introduce en la apelación un elemento fáctico extraño a la demanda formulada, consistente en que la parte demandada sería responsable del daño, por cuanto no actuó de forma vigilante, como era su deber, frente al arma que portaba el señor Bustos Clavijo y pide entonces que, en desarrollo de tal principio, se examine el título de imputación “falla del servicio”.

⁷ Cita al pie de página identificada con el No. 49 en la sentencia.

⁸ (C.S.J. SC 139, 24 Jul. 2001; C.S.J. SC, 5 Jul. 2005, rad. 1999-01493; C.S.J. SC, 18 Dic. 2009, rad. 2005-00058-01).

En efecto, cuando se examina la causa petendi, no se encuentra que en **ninguno de los hechos** se haya señalado que el arma, con la que se alega fueron causados los daños que dan lugar a los perjuicios que se piden, debía estar bajo custodia de la entidad en tanto el servidor público a quien se endilga la agresión, se encontraba fuera del servicio, sobre esta base se edifica la falla del servicio. Por el contrario aduce en la situación fáctica que “Los militares **estaban en servicio**, las motos eran de la Policía de Olanche y las armas que utilizaron - pistolas – debían ser de dotación oficial.” (Hecho 8º fl. 4) (Subraya y resalta la Sala).

Como esto es así, no puede la Sala variar los hechos que fueron el marco de la demanda, para aplicar el principio que se invoca por el recurrente, pues de aceptarse, no sólo se haría un uso inadecuado el iura novit curia, sino que además se vulneraría el derecho de defensa de la parte demandada, quien no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la supuesta omisión de vigilancia sobre el armamento oficial de quienes **estarían** según el recurso **fuera del servicio**.

En parte alguna la situación fáctica de la demanda afirma que los servidores públicos **no estaban en servicio y que por esta razón sus armas tenían que estar bajo custodia de la entidad estatal**. El supuesto fáctico de la demanda, por el contrario, parte de un punto ajeno al que se expone en el recurso, dice la demanda, se reitera, que los miembros de las Fuerzas Militares **estaban en servicio y por ello el arma que portaban se presume oficial**, al punto que indica en el hecho segundo “Al parecer los militares, **que debían estar en una comisión** en la región de Peñas Blancas, de donde venían, estuvieron consumiendo licor y de ahí su inmotivado ataque.” (fl. 3) Resaltado fuera de texto.

Apoya lo dicho la sentencia proferida por la Subsección “B” de la Sección Tercera, el 30 de noviembre de 2017 en el proceso con radicación número 47001-23-31-000-2005-00891-01(36785) y ponencia del Consejero Doctor Danilo Rojas Betancourth, en la que se dijo:

“De esta manera, se principia por observar que en la sentencia en consulta se incurrió en una contradicción respecto de la utilización del fundamento en virtud del cual se consideró que debían responder la demandadas, por cuanto **indistintamente** se hizo alusión a la **teoría del riesgo excepcional** - régimen de responsabilidad de carácter objetivo-, y al título de imputación subjetivo consistente en la **falla del servicio**, sobre lo que se impone precisar que no obstante se ha destacado la libertad del operador judicial para acudir a cualquiera de los títulos de imputación decantados por la jurisprudencia

vigente⁹, no se debe perder de vista que **la utilización de dichos títulos obedece a diferentes aspectos fácticos que deben encontrarse demostrados, e implica una aproximación distinta a la atribución jurídica del deber de reparar que se puede radicar en cabeza del ente demandado, sin que los mismos resulten acumulables respecto del estudio de una misma conducta - como al parecer lo comprendió viable el Tribunal de primera instancia-, comoquiera que **son excluyentes entre sí....**” (Resaltado fuera de texto)**

En estas condiciones, tal como fueron relatados los hechos, no cabe a los mismos el análisis conjunto e indistinto de título de imputación, como lo plantea el recurrente, ni siquiera en desarrollo de la autonomía con la que cuenta el juzgador pues no está en su alcance adecuar **los hechos**.

En estas condiciones, fuerza concluir que no puede atenderse al argumento de apelación consistente en que “...las lesiones se causaron con el artefacto peligroso, pistola PIETRO BERETTA, que es de dotación oficial y por tanto debía estar bajo guarda del Estado (...) el arma de dotación, que no tenía por qué estar en sus manos, si no era porque el Estado, guardián del arma, se la había entregado. Luego el Estado, en cualquiera de las dos formas, o por creación del riesgo o por falta de cuidado del arma que debía guardar, debe ser condenado...” (fl. 282) - .

La Sala se contraerá entonces a estudiar si se demostró que la lesión fue causada con el arma oficial portada por **Nelubin Bustos Clavijo**, quien tenía la calidad de Sargento del Ejército Nacional, es decir, era servidor público y, si ello es suficiente para derivar responsabilidad de la demandada o si, por el contrario, como lo concluyó la sentencia apelada, para derivar responsabilidad estatal era necesario probar que tales hechos fueron consecuencia del servicio.

5.3. De la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la producción de daños derivados de la utilización de armas de fuego:

La Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de 27 de marzo de 2014, en el expediente con radicación número 41001-23-31-000-1993-07062-01 (22597) y ponencia del Consejero Doctor Danilo Rojas Betancourth, explicó:

⁹ Al respecto, en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco puede la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su motivación. Consejo de Estado, Sección Tercera-Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 19001-23-31-000-1999-00815-01(21515), actor: María Hermenza Tumubala Aranda, C.P. Hernán Andrade Rincón.

"... El uso de armas de fuego representa una actividad peligrosa y como tal el régimen que guía su estudio es el de la responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, especialmente en los casos donde el daño ocurre de manera accidental. En términos generales esta responsabilidad se configura por el hecho de que la administración para el ejercicio de sus funciones se sirve de instrumentos -armas de fuego- que pueden generar un peligro para los administrados. Materializado este riesgo, surge la responsabilidad de resarcir los daños ocasionados, al ser una carga excesiva, grave y anormal que no deben asumir los ciudadanos. A la administración le es posible exonerarse de responsabilidad sólo si se acredita que la causa del daño fue de manera exclusiva y determinante el hecho de la víctima o de un tercero o la constitución de una fuerza mayor"¹⁰.

Cuando el daño es ocasionado de manera intencional, el régimen de responsabilidad objeto de análisis es el de falla del servicio, a partir del cual se debe analizar si existió un uso desproporcionado e ilegítimo del arma de fuego del que se pueda desprender la atribución de responsabilidad por el daño causado." (Negrilla fuera de texto).

No obstante, en sentencia proferida también por esa Corporación se indicó que, para que se configure la responsabilidad del Estado bajo el título de imputación de riesgo excepcional, es necesario que se acredite el daño ocasionado por el agente **haya tenido vínculo con el servicio**, es decir, que únicamente se compromete la responsabilidad cuando existe algún **nexo con el servicio público**, en tanto, **la simple calidad de servidor público** que pueda predicarse respecto del autor del hecho dañoso, **no vincula necesariamente al Estado**, dado que la persona causante del daño, **también puede actuar dentro de su ámbito privado**, es decir, separado de toda actividad pública¹¹. Al respecto, ha señalado:

*"...De otro lado, en relación con el argumento de la entidad apelante según el cual **los agentes de la policía actuaron por fuera del servicio**, la Sala debe indicar que, para establecer los límites entre el nexo con el servicio y la culpa personal del agente, se deben analizar y valorar las particularidades de cada caso específico, comoquiera que el vínculo instrumental, funcional u ocasional, por sí mismo no compromete, la responsabilidad patrimonial del Estado.*

*Lo anterior, en la medida que **el test de conexidad** establecido en la providencia del 17 de julio de 1990, expediente No. 5998, tal y como se puntualizó en anterior oportunidad¹², **no conduce inexorablemente a dar por acreditada la obligación de reparación en cabeza de la administración pública, habrá que examinar en cada caso concreto la especificidad de las***

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicación n.º 16344, entre otras.

¹¹ Ver entre otras: Sentencias proferidas el 14 de abril de 2010, exp. 17.898 y el 28 de abril de ese mismo año, exp. 18.322

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1º de octubre de 2008, expediente 17.896 – C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

circunstancias en que se materializan los hechos.

Ahora bien, en cuanto se refiere a los daños ocasionados por miembros de la fuerza pública, la jurisprudencia ha precisado, entre otros aspectos, lo siguiente:

*“Para determinar cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar **la situación concreta** para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima **prevalido de su condición de autoridad pública**, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna **sino la exteriorización de su comportamiento**. En otros términos lo que importa para atribuir al Estado, por ejemplo, el hecho de un policía que agrede a una persona es establecer **si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo del policía nacional aparecía como derivado de un poder público, si quiera en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público**...”¹³*

Como se aprecia, en cada asunto particular se requiere estudiar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los acontecimientos puesto que, a partir de ellas será que se define en qué casos se está en presencia de una culpa personal del agente o ante a un daño antijurídico imputable al Estado”¹⁴.

Y, en sentencia proferida el 12 de febrero de 2014, la Subsección “A” de la misma Sección, se afirmó¹⁵:

*“Conviene igualmente precisar **que aunque el agente del Estado que cause el daño se encuentre en servicio activo**, ello no compromete la responsabilidad patrimonial de la entidad accionada, pues como lo ha sostenido la Jurisprudencia de la Corporación¹⁶, cuando un miembro de la Fuerza Pública se encuentra en estado de “disponibilidad”, consecuentemente está en servicio activo; **empero, esa circunstancia no significa, per se, el ejercicio de funciones propias del cargo**, las cuales se desarrollarán, por ejemplo, cuando encontrándose en esa situación **le sean asignadas tales funciones por quien corresponda**, evento éste en el cual se establecerá un claro nexo con el servicio, por manera que **de no presentarse dicho vínculo, las actuaciones adelantadas por el agente no comprometerán a la entidad pública y por ende sus consecuencias***

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de junio de 2001, expediente 13303 - C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de junio de 2013. Expediente: 25180. MP: Enrique Gil Botero.

¹⁵ Radicación número 41001-23-31-000-1997-0439-01 (29206), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁶ Al respecto, la Sección Tercera de la Corporación, en sentencia de agosto 10 de 2001, exp. 13.666 – reiterada en sentencia de 28 de abril de 2010, exp. 18.322–, expresó:

“Se concluye, entonces, que el agente de la Policía que se encuentra disponible está en servicio activo, pero no tiene señalada una función específica, la cual, sin embargo, puede serle asignada en cualquier momento. Así las cosas, mientras no se le ordene desarrollar una determinada labor, no cumplirá funciones propias del servicio, y sus actuaciones, por lo tanto, no vincularán al Estado, a menos que existan elementos adicionales que permitan considerar que su conducta tiene un nexo con el servicio respectivo.”. (Se destaca).

radicarán, exclusivamente, en cabeza del servidor, quien actúa dentro de su ámbito privado¹⁷; por ello la Sala ha precisado lo siguiente:

"En doctrina que la Sala ha acogido en reiterada jurisprudencia¹⁸, se señala que para que la conducta causante del daño, desplegada por un agente estatal, tenga vínculo con el servicio, se requiere que ésta se presente externamente como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público:

"...no cualquier actuación dañosa de los funcionarios o agentes administrativos conlleva imputación de responsabilidad a la Administración de quien dependen o en la que están encuadrados. Se requiere en todo caso para que opere el mecanismo de atribución a la Administración del deber de reparar un daño patrimonial, que la actuación lesiva de la persona autora material de éste pueda calificarse como propia del 'funcionamiento de los servicios públicos'. Es decir que la conducta del agente de la Administración productora del evento dañoso suponga una manifestación del desempeño o ejercicio del cargo público, presentándose externamente entonces el resultado lesivo como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público. "Por tanto, la Administración no responde de los daños causados por la actividad estrictamente privada de sus funcionarios y agentes, es decir, la llevada a cabo absolutamente al margen de las funciones del cargo público; en una palabra, la realizada fuera del servicio público. En definitiva, el fenómeno jurídico de imputación de responsabilidad civil a la administración no se produce en aquellos supuestos de daños resarcibles en los que el funcionario se presenta frente al sujeto dañado en su calidad de persona privada, desprovisto, por tanto, de toda cualificación jurídico-pública"¹⁹.

Finalmente, la Sala en providencia de 25 de febrero de 2009²⁰, reiteró en relación con el nexo instrumental, que la responsabilidad de la Nación, no se ocasiona por la simple comisión del hecho con un instrumento del servicio, sino que dicha responsabilidad se origina, principalmente de las características de la acción u omisión que desarrolló el funcionario respectivo y por la cual causó un daño, la cual debe tener una relación directa con el servicio público prestado; al respecto señaló:

"Frente a ello, precisa la Sala que el nexo con el servicio que debe presentar una actuación para comprometer la responsabilidad de la administración pública, no se desprende exclusivamente del horario en el que se encontraba

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 27 de febrero de 2013. Expediente: 26089.

¹⁸ Nota original de la sentencia citada: En este sentido ver por ejemplo sentencia 17.136, actor Nubia Valencia G. y otros, 17896 Actor; Margarita Lucía Roldán y otros, 17135 actor Giraldo de Jesús Tobón Tabares y otros.

¹⁹ Nota original de la sentencia citada: ANDRÉS E. NAVARRO MUNUERA. La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público. en Revista Española de Derecho Administrativo. No. 60, octubre-diciembre de 1988. Se analiza en el artículo la sentencia del Tribunal Supremo de España del 27 de mayo de 1987, que concedió a los demandantes la indemnización por la muerte de su hijo ocasionada por un agente de la policía con arma de fuego reglamentaria, pero quien disfrutaba de sus vacaciones, en aplicación de la teoría del riesgo como título de imputación.

²⁰ Nota original de la sentencia citada: Exp. 17.426, actor: Bolívar Arce y Otros. MP. Ramiro Saavedra Becerra.

*el agente estatal, ni de los implementos usados por aquel, ni de las funciones que tenía asignadas en ese momento, sino principalmente de las características de la acción u omisión que desarrolló el funcionario respectivo y por la cual causó un daño, que debe tener una relación directa con el servicio público prestado*²¹.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia anteriormente transcrita, se colige que los elementos que se deben determinar para que proceda la responsabilidad del Estado, en casos como el presente, son los siguientes:

- a) El daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial cierto y determinado que sufre una o varias personas.
- b) La utilización de un arma de fuego de dotación oficial **en ejercicio de sus funciones**.
- c) La relación de causalidad entre el daño y el uso de arma de fuego; sin embargo, el empleo del instrumento peligroso no hace responsable automáticamente a la administración, debe probarse que la acción desplegada por el servidor está relacionada directamente con el servicio público o en ejercicio de su autoridad.

5.3.- De la aptitud probatoria de los medios de juicio allegados al proceso.

En este acápite el examen probatorio, en lo sustancial, estará destinado a establecer si el agente estatal, Nelubín Bustos Clavijo, quien se desempeñaba como miembro del Ejército Nacional, aspecto que no se encuentra en discusión y fue probado sin lugar a dudas, en el momento en que hizo uso del arma oficial de dotación, circunstancia que tampoco amerita controversia, se encontraba en desarrollo de una función propia del servicio o no pues, será esta última circunstancia la que defina la existencia o no de responsabilidad estatal.

Sobre el daño es abundante el material probatorio que lo acredita²², es decir, no queda duda que fueron causadas lesiones con arma de fuego a Edgar Guerrero

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009; Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 25000-23-26-000-2004-01412-01 (34.348).

²² Obran los siguientes documentos:

- Informe Técnico Médico Legal de Lesiones no Fatales, realizado el 20 de noviembre de 2012 al señor Edgar Guerrero Peña, en el cual se indica que fue "fue agredido por desconocido con pistola en el miembro superior y muslo izquierdo..." (f. 15).
- Historia Clínica del señor José Vidal Cortés Guerrero, en la que se lee: "Se evidencia herida por proyectil de arma de fuego, (...)". Y a folio 171:

Peña y José Vidal Cortes y que esta arma era la que portaba el miembro del Ejército Nacional Bustos Clavijo, al respecto cabe mencionar las siguientes pruebas:

El formato de Actuación del Primer Respondiente -FPJ-4-, diligenciado el 10 de noviembre de 2012 a las siete y treinta de la noche (7:30 p.m.), dejó constancia de las armas de dotación incautadas al señor Luis Eladio Torres y Nelubin Bustos Clavijo:

“Se deja constancia que no se presentaron capturas pero se hace incautación al Sr. Luis Eladio Torres Romero de un arma de fuego de dotación oficial, tipo pistola, marca (ilegible), calibre 9 mm de fabricación Alemana, No. de serie 33A002728 con 15 cartuchos para la misma y al Se. Nelubin Bustos Clavijo de un arma de fuego tipo pistola (...) Beretta, Cal 9 milímetros fabricación americana, serie BGR 523698 con 13 cartuchos para la misma y 01 proveedor”

A folio 84 del proceso penal, obra Informe Ejecutivo en el cual se señaló en el ítem de **“CADENAS DE CUSTODIA ASOCIADAS”**, que el 10 de noviembre de 2012, se halló en la pretina del pantalón del señor Nelubin Bustos Clavijo **“01 PISTOLA MARCA PRIETO BERETA CALIBRE 9MM SERIE BER523698 CARTUCHOS CALIBRE 9MM. DIFERENTES LOTES Y 01 PROVEEDOR”**

“Paciente masculino de 25 años con cuadro clínico de 30 minutos de evolución consistente en herida por arma de fuego en región posterior de tórax con posterior dolor edema y sangrado profuso. (...) Se evidencia herida de proyectil de arma de fuego orificio de entrada en región posterior de hemitórax izquierdo región escapular superior con trayecto y proyectil palpable hacia línea media.”

- *Historia Clínica del señor Edgar Guerrero Peña en la que se lee: “Paciente quien ayer as las 5:30 p.m. recibió trauma en mano izq. Por proyectil de arma de fuego y en muslo izquierdo.” (f. 150).*
- *Proyecto de dictamen para calificación del señor Edgar Guerrero Peña, en el cual se indicó (f. 179):*

“Centro de Salud Manuel Elkin Patarroyo Olanche (10/11/12); paciente masculino con cuadro clínico consistente por riña (...)

Ortopedia (20/04/13): paciente con antecedente de HAF en nov de 2012, con fracturas complejas de 2, 3 y 4º dedos de la mano izquierda, que recibió manejo quirúrgico en distractor y fijación percutánea generando secuelas funcionales”

- *Dictamen de Determinación de Origen y/o Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional del señor Edgar Guerrero Peña que determinó una pérdida de capacidad laboral de 21,78% (f. 177-178)*
- *Dictamen de Determinación de Origen y/o Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional del señor José Vidal Cortés Guerrero que determinó una pérdida de capacidad laboral de 27.00% e indicó:*

“Herida por arma de fuego pie y hombro, motivo de consulta herida de bala. Hace 7 horas es víctima de herida por arma de fuego número 2 en pues izquierdo y hombro izquierdo (...)” (f. 182-184).

Además, en el Oficio No. 243080-DRB-GET-2012, se indicó que "NO se analizan los kit de residuos de disparo, teniendo en cuenta la información consignado -sic- en los formatos de toma de muestra relacionada con la ocupación habitual de los muestreados **NELUBIN BUSTOS CLAVIJO** (...) ocupación habitual: **Suboficial Ejército Nacional...**"

A folio 113 del expediente penal, se observa que el Comandante (E) del Batallón de Infantería No. 2 "Mariscal Antonio de José Sucre", a través del Oficio No. 2364/MDN-CGFM-CE-DIV02-BR01-BISUC-CJM de 9 de julio de 2013, solicitó remitir al depósito de armas decomisadas de la jurisdicción correspondiente al Batallón, teniendo que la pistola corresponde a su cargo, seguidamente manifestó que se anexaban los documentos "soporte indicando que la pistola de número **BER523698** es fiscal perteneciente a los cargos del Batallón de Infantería No. 2", afirmación que fue respaldada con el documento del listado de cargos de armas en el cual se registra el arma con el serial antedicho (f. 118 anexo).

Y, a folio 133, obra Informe Pericial de Balística Forense realizado el 15 de febrero de 2013 que, al describir los EMP para el estudio de las vainillas encontradas en el sitio de los hechos, se precisó:

"ID EMP 1:

*Una caja de cartón identificada como hallazgo No. sellada con cinta transparente, con su rotulo y los siguientes registros: (...) en la pretina del pantalón del señor Neludín Bustos Clavijo, Nombre y apellidos de la persona a la cual se le encontró el elemento: Neludín Bustos Clavijo, Delito a investigar: lesiones personales, descripción del elemento materia de prueba o evidencia física: 01 pistola marca Pietro Beretta calibre 9 mm serie **BER523698**, 13 cartuchos calibre 9mm...*

(...)

*Realizado el cotejo microscópico comparativo entre este con los patrones obtenidos de las dos (2) armas recibidas para estudio, se determina que presenta características individuales identificativas impresas en sus estrías y macizos coincidentes entre sí con los patrones obtenidos de la pistola marca Beretta con número seria **BE523698**."*

A folio 180 del proceso penal, el Sub-Oficial de Inteligencia del Batallón de Infantería No. 2, solicitó al comandante de la Compañía ASPC, el "apoyo de un material de armamento destinado al S.P. **NELUBIN BUSTOS CLAVIJO** (...) nuevo integrante de la sección segunda"

Además, en el Formato para Toma de Muestras de Residuos de Disparo en Mano, se manifestó que el señor Nelubin Bustos Clavijo **si** había disparado un arma de

fuego aproximadamente a las 6:30 de la tarde, pistola 9 milímetros con un número de posible de disparos de 2 (f. 98).

Interesa entonces establecer si se demostró el vínculo de la acción del servidor público con el servicio público pues este es el nexo causal que daría prosperidad a las pretensiones.

A folios 70 y 71 del expediente, obra el Oficio No. 394 / SIJIN -UBIC 25.10 de 11 de noviembre de 2012, suscrito por el señor Luis Eladio Torres Romero, Jefe de la Unidad Básica de Investigación Criminal de Otanche, adscrito al Departamento de Policía Boyacá, reportó un informe de novedad, así:

*“El día de hoy 10/11/12, siendo las 11:15 de la mañana se recibe una información mediante llamada celular del señor YESID GUERRERO AGUILAR, teniente retirado del ejército, el cual nos informa que en la vereda la Peña Blanca sector la 14 se encontraban dos sujetos armados, los cuales no tenían documentos de las armas, procedimos a salir los cuatro funcionarios de la sijin, a verificar la información, realizando la respectiva anotación en la minuta de guardia de la estación de policía de Otanche, al llegar a dicho lugar tomamos contacto con el señor YESID GUERRERO el cual nos informa que ya esos tipos se habían marchado, él nos invitó a almorzar en el lugar, junto con el señor YESID GUERRERO se encontraba el señor Sargento del Ejército NELUBIN BUSTOS CLAVIJO, el cual manifestó que pertenecía al B 2 del Batallón Sucre de Chiquinquirá y que se encontraba pasando revista a los explosivos de la mina, después que almorzamos, los patrulleros Néstor Guevara Cote, Julián Angano y González y Michael Montenegro Montaña, se regresaron para Otanche, el señor Yesid nos preguntó que si que si (sic.) lo podíamos traer hasta Otanche y no vimos ningún problema en decirle que sí. (...) YESID se montó en la moto que yo estaba y la señora ALBA compañera de YESID se montó en la moto del Señor Sargento del Ejército ellos venían delante de nosotros, llegando a la inspección de San Martín, **siendo aproximadamente las 6:00 de la tarde** en la orilla de la carretera se encontraban varias personas tomando cerveza y cuando pasamos nos empezaron a disparar cayéndose de la moto YESID GUERRERO yo frené para auxiliarlo, cuando observo que varias personas le cayeron a golpearlo estando tirado en el suelo, también en ese momento se escucharon disparos de arma de fuego, **el señor sargento del Ejército se devolvió y reaccionó, disparando su arma de dotación.** (...)”*

Es de anotar que el personal policial de la sijin de Otanche en ningún momento hizo disparos o uso de las armas de fuego en ese momento, en el lugar y cuando ocurrió el hecho solo estaba el suscrito por que los patrulleros se habían adelantado (...).

(...)

Por parte de la policía de vigilancia se incautaron las armas de fuego del señor Subintendente LUIS ELADIO TORRES ROMERO y del señor Sargento NELUBIN BUSTOS CLAVIJO (...), lo mismo que se tomaron la prueba de embriaguez y absorción atómica.”

De este informe se infiere que:

- El señor Bustos Clavijo, S.G. del Ejército Nacional, ingresa en los hechos sobre el medio día del día 10 de noviembre de 2012 por encontrarse almorzando en compañía de Yesid Guerrero.
- El Sargento Bustos Clavijo dijo estar "pasando revista a los explosivos de la minas".
- Seis horas después, sobre las 6:00 p.m., inició su regreso hacia el Municipio de Otanche en compañía de Yesid Guerrero.
- En el sitio denominado Inspección San Martín se presentó una agresión contra el señor Yesid Guerrero y el Sargento Bustos Clavijo hizo uso del arma de dotación oficial hiriendo a Edgar Guerrero Peña y José Vidal Cortes.

Es decir, de lo hasta acá expuesto es claro que el Sargento del Ejército Bustos Clavijo, se encontraba prestando su función en **revista a las minas del sector** y que esa no fue la causa por la cual fue participe con su arma oficial de los disparos que lesionaron a los demandantes.

Igualmente, que la revista a las minas se realizó en las horas de la mañana pues luego del medio día departió con miembros de la Policía Nacional y con un particular, Yesid Guerrero, sin que en ese período se hubiesen realizado actividades relacionadas con el servicio; como tampoco, se reitera, estaban realizándose cuando ocurrieron los hechos a las 6:00 pm, sencillamente, para entonces estaba de regreso al Municipio de Otanche, cuando se presentó la situación en la que resultaron heridos los demandantes.

Ahora, existe en el plenario copia del proceso penal aportado, en el que obra la entrevista realizada el 11 de noviembre de 2012 al señor José Alfredo Medina (f. 47 anexo):

*"Ayer 10-11-12 en horas de la tarde como a las seis de la tarde estábamos en la casa de don Omar Ortega, estábamos en la entrada principal de la casa ahí había arta -sic- gente, paso una motocicleta iba la señora Alba la esposa de Yesid a quien le dicen teniente (la moto la iba conduciendo el señor de la camisa roja) (corrijo), en estas motos iban Yesid y otros señores. YESID, se bajó y saludo a don Omar y se despidió monto en la motocicleta y se fueron como a cien metros de donde estábamos reunidos, **se escucharon varios disparos de arma de fuego**, yo me dirigí hacia donde estaba sucediendo eso y ahí estaba un señor de camisa roja **dicen que es un Sargento me dijo que él era de la ley** y estaba disparando yo le dije que qué pasó y ya habían tirotiado a dos muchachos que estaban ahí, a uno le*

pegaron un tiro en la mano y a otro en la espalda...” (Resaltado fuera de texto)

A juicio del recurrente, esta versión es prueba del nexo del agente estatal que disparó el arma de dotación, con el servicio dada la manifestación de ser autoridad; sin embargo, considera esta Sala que esa no pasa de ser una expresión autónoma lejana del servicio en tanto, tal como ha quedado expuesto, la razón del servicio era la revisión de las minas.

El Sargento Bustos Clavijo, no se encontraba en el lugar de los hechos para resolver asunto alguno relacionado con la agresión de que fue objeto el señor Yesid Guerrero, circunstancia por la cual accionó su arma de dotación oficial, es decir, esta fue una decisión autónoma del servidor estatal, sin relación con el servicio. Obsérvese que según la entrevista realizada al señor Yesid Ramón Guerrero Aguilar (f. 75) y que obra también en el proceso penal, dijo:

“...aproximadamente a las 17:00 horas en el sector conocido como el consuelo paré a saludar al señor Omar Ortega un conocido mío de la región, lo salude y seguimos hacia Otanche cuando íbamos a unos cien metros de la casa del señor Omar observé un grupo de personas aproximadamente unos veinte que estaban reunidos al lado de la carretera y cuando cruce por el lado de ellos comenzaron a dispararnos, entonces paramos las moto -sic- donde nos desplazábamos y los compañeros de la policía se dirigieron hacia donde estaba el grupo de personas a reclamarles del porque de los disparos, en ese momento el grupo de personas se abalanzó contra mí y comenzaron a pegarme con las manos y con un palos hasta vi cuando José Vidal Cortés Guerrero, me estaba apuntando con una pistola y yo como pude me defendí ya que no porto armas, en ese momento escuche otros disparos pero no alcance a vez -sic- nada porque habían como cinco personas pegándome, tan pronto me pude levantar el sargento del ejército me llevó en la moto hasta Otanche, donde me atendieron en el hospital y de ahí me remitieron para Chiquinquirá. Preguntado manifieste si de los disparos que realizaron el grupo de personas que estaban sobre la vía cuando usted cruzaba, alguno le impacto en su dignidad, en las motocicletas o en el cuerpo de las personas que lo acompañaban. Contesto gracias a dios ni a mí ni a mis acompañantes no nos impactaron esos disparos. Preguntado manifieste si usted observo que persona o personas realizaron dichos disparos. Contesto el señor José Vidal Cortes Guerrero, fue el que realizó los cuatro disparos cuando nosotros íbamos cruzando por el lado del grupo de personas. Preguntado manifieste si usted observo si alguno de sus acompañantes realizó disparos al momento de los hechos. Contestó yo no alcance a mirar nada porque tenía como cinco personas encima y me estaba pegando. (...) Preguntado manifieste si tiene conocimiento del motivo por el cual se suscitaron estos hechos. Contestó por las diferencias que hay entre la familia Fajardo pues ellos quieren manda -sic- en las minas a pesar que no son líderes ni están costeando con los gastos de los obreros de igual manera el señor José Vidal Cortes Guerrero me adeuda una suma de cinco millones de pesos; millón quinientos del porcentaje de unas esmeraldas y tres millones y medio que yo le di para que me hiciera el favor y se los girara a uno de mi socio y pues él nunca se los giró. Preguntado manifieste que lesiones le fueron ocasionadas en su

dignidad y el nombre de los responsables. Contestó tengo hematomas en la cabeza, equimosis en la región orbital izquierda, el tabique partido, rasguños en el cuello, en la espalda tengo hematomas, laceraciones en la boca, reventada la boca y una de las personas que me las ocasionó fue el señor José Vidal Cortes Guerrero, Alexander Guerrero, Yeison Fajardo Guerrero y el muchacho que le dicen por sobrenombre yupi...”

Y en la Audiencia de Pruebas (minuto 20:00) realizada el 31 de mayo de 2016, el señor Numael González, rindió testimonio relatando los hechos ocurridos y en relación con los servidores públicos presentes en ellos dijo:

“...PREGUNTADO: Usted supo de dónde venían esas personas en las motos? CONTESTO: Los que supe era que **estaban tomando** en el sector La Catorce, **estaban tomando cerveza y estaban en un asado ellos allá** y del sector La Catorce a donde nosotros estábamos más o menos hay 40 minutos.

(...)

PREGUNTADO: Como iban vestidas estas personas que iban en las motos. CONTESTÓ: **De civil** y todos llevaban pistola.

(...)

PREGUNTADO: A qué distancia más o menos se encontraban los señores de las motos y los heridos cuando se hicieron los disparos. CONTESTÓ: Eso si iban pasando al frente de ellos, ya habían pasado al frente de nosotros e iban pasando al frente del grupo de los señores Guerreros.

(...)

PREGUNTADO: Don Numael González, usted en respuestas anteriores manifestó que tuvo conocimiento que quienes intervinieron en los hechos de las lesiones de los señores Edgar Guerrero y José Vidal Cortés, fueron miembros del Ejército Nacional, a partir de su respuesta, precisele al Despacho si a usted le consta que en esos mismos hechos hubo presencia de miembros de la Policía Nacional. CONTESTÓ: No me consta.

(...)

PREGUNTADO: Señor González infórmele al Despacho como usted en sus respuestas anteriores manifiesta que vio a los militares, le reitero la pregunta, esas personas iban vestidas de civil o en camuflado? CONTESTÓ: **De civil.**

(...)

PREGUNTADO: Señor González, indíquele al Despacho por qué concluye que era personal del Ejército, que vio usted de ese personal que llegó ahí, por favor indíquele al despacho características claras, vehículos, prendas militares que llevaban, si de pronto vio insignias, algún apellido, que se lo pueda referir al Despacho. CONTESTÓ: **No apellidos no mire pero si eran del Ejército porque el teniente decían que si eran del Ejército.**

PREGUNTADO: Como así, usted cómo puede asegurar, afirmar que al día siguiente había un teniente de pronto que lideraba la misión, necesito que precise al despacho si usted vio con prendas militares (...). CONTESTÓ: Lo que sucede es que no estaban en ningún recorrido, ellos estaban evadidos del comando porque ellos iban de civil y llevaban las armas de ellos mismos de dotación.

(...)

PREGUNTADO: Al día siguiente usted manifiesta haber visto a un teniente, al día siguiente, señor, en donde estaban recogiendo las vainillas que usted dice, como identifica usted a ese teniente, es otro teniente diferente? CONTESTÓ: Si, el si ya estaba inactivo, eran muy particulares a los que estaban antes, iban de militares, ahí si ya iban camuflados, al otro día, pero el día antes no llevaban vestido militar.

(...)

PREGUNTADO: Y el que estaba inactivo el día que se presentaron los hechos, por qué concluye que era inactivo. CONTESTÓ: Porque estaba trabajando en la mina, porque él nos manifestó que se había retirado del ejército, estaba recién retirado."

Así entonces, ni siquiera puede admitirse que quienes estuvieron presentes en los hechos, portaran distintivo alguno que los identificara como miembros de la Fuerza Pública, Policía o Ejército Nacional; es decir, en relación con el Sargento Bustos Clavijo, ni siquiera por virtud de su apariencia podría admitirse que representaba "la ley"; por el contrario, era una persona que transitaba por el lugar con prendas **que no eran militares** y que venía de participar durante la tarde de una actividad social en compañía de Yesid Ramón Guerrero Aguilar quien fue agredido y por ello hizo uso del arma oficial pero, se reitera, en manera alguna porque el miembro del Ejército Nacional tuviera a su cargo el orden público del sitio y reaccionara frente a ello.

Entonces aunque se probó que el daño se causó con un arma de dotación oficial y por un agente del Ejército Nacional, esas condiciones, como lo precisa la jurisprudencia y lo concluyó la jueza a quo, no implican nexo de causalidad con el servicio que amerite declarar responsabilidad estatal.

Para que las pretensiones de la demanda salieran avante era necesario demostrar que la actividad realizada por el señor Burgos Clavijo estaba directamente relacionada con el servicio. Pero, se reitera, en el reporte de novedad obrante a folios 70 y 71 se lee que el señor Burgos se encontraba "pasando revista a los explosivos de la minas", actividad que ninguna relación guarda con el cruce de disparos, que rodeó la agresión sufrida por Yesid Ramón Guerrero Aguilar.

Téngase como prueba de la anterior conclusión que el señor Yesid Ramón Guerrero Aguilar, en la declaración rendida en el proceso penal, manifestó la existencia de problemas de dinero con el señor José Vidal Cortés Guerrero por lo cual, incluso, ya había presentado una denuncia en su contra. Hecho del cual da cuenta el testimonio rendido en dicho proceso por el señor Noe Obando López cuando afirmó:

“PREGUNTADO. Manifieste a la presente diligencia si usted tiene conocimiento de algún altercado con anterioridad a estos hechos entre los señores José Vidal Guerrero y Yesid Guerrero. CONTESTO: Habían discutido varias veces por una plata que el señor Yesid Guerrero le había prestado al señor José Vidal Guerrero, plata que no le ha pagado este señor...” (f. 46 anexo)

Y también en la declaración hecha por la señora María Eugencia Guerrero, se indicó:

PREGUNTADO. Sabe cuál es el problema que YESID GUERRERO Tiene con algunas de las personas que estaban en el sitio donde se presentó el hecho. CONTESTO. Simplemente un día JOSE VIDAL CORTES GUERRERO Le dijo a YESID que le prestara una plata me dijeron que era como tres millones de pesos para pagar unas esmeraldas y dicen que ellos habían quedado de devolverle esa plata como a los ocho o quince días pero la esmeralda no se ha podido vender y por eso no se le he -sic- devuelto la plata a YESID.”

No queda duda a esta Sala que la razón por la cual se accionó el arma de dotación oficial fue ajena al servicio, tal conducta se presentó como consecuencia de las desavenencias que el señor Yesid Ramón Guerrero Aguilar sostenía con el lesionado José Vidal Cortes Guerrero y la agresión de que fue objeto el primero de los nombrados por parte del segundo de los mencionados, asunto que en nada implicaba la revisión de explosivos en las minas, servicio que estaba a cargo del Sargento Bustos Clavijo.

A juicio de la Sala, **los hechos** narrados en la demanda no tienen la relevancia ni el sustento para estructurar una responsabilidad extracontractual del Estado, por cuanto, amén de haberse acreditado un perjuicio, la parte interesada tiene la carga de probar el nexo causal existente entre el daño que se evidencia y el actuar o la omisión de las entidades que se llaman a juicio.

Así lo recordó el Consejo de Estado en sentencia de 18 de marzo de 2010, Exp. No. 25000-23-25-000-2001-09005-01, NC.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar, al señalar:

“...sin embargo, la ocurrencia del daño no significa automáticamente que la parte demandada sea responsable. Este será un aspecto que deberá confrontarse con los elementos de juicio incorporados al proceso, pues, deberán estar presentes los elementos que configuran la responsabilidad de la administración (...), y en ese sentido, le corresponderá a la parte actora para la prosperidad de sus pretensiones, una vez acreditado el hecho dañoso, demostrar su imputabilidad al demandado, así como el nexo de causalidad entre éstos...” (Subrayas adicionales).

Lo expuesto es suficiente para confirmar la sentencia apelada.

6. Costas:

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en **sentencia de 7 de abril de 2016**, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

“...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” -CCA- a uno “objetivo valorativo” -CPACA-.
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo ním. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el

CGP²³, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia*”.

En cuanto se refiere a la segunda instancia, no se observa que se haya incurrido en gastos y no obstante fueron presentadas alegaciones por la Policía Nacional, lo cual da lugar a la tasación de agencias en derecho por concepto de costas.

7. Del reconocimiento de personería:

A folio 305 c.2, obra poder presentado por la abogada Nancy Alejandra Sandoval Sarmiento, para que le sea reconocida personería para actuar como apoderada especial del Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

Para el efecto, adjuntó poder especial conferido por Juan Darío Rodríguez Martínez quien dice actuar en calidad de Comandante del Departamento de Policía de Boyacá y en desarrollo de las facultades conferidas en la Resolución No. 7935 de 8 de septiembre de 2016.

No obstante, no se anexaron las certificaciones ni actos administrativos correspondientes a la posesión y nombramiento que acreditan la debida representación y tampoco se aportó el acto administrativo que se menciona, anexos necesarios a la luz artículo 160 del CPACA. Lo anterior no permite atender al poder conferido.

Ahora, a folio 38 del plenario obra el poder otorgado a Eric Mauricio García Puerto, con facultad para sustituir. El poder de sustitución a la abogada Nancy Alejandra Sandoval Sarmiento obra a folio 302 y cuenta con la presentación personal del abogado que sustituye (fl. 302 vto). La norma procesal determina que las sustituciones se presumen auténticas, en estas condiciones será reconocida la personería.

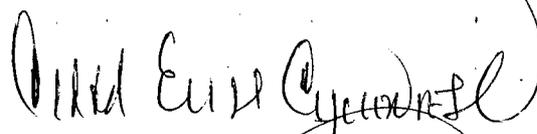
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

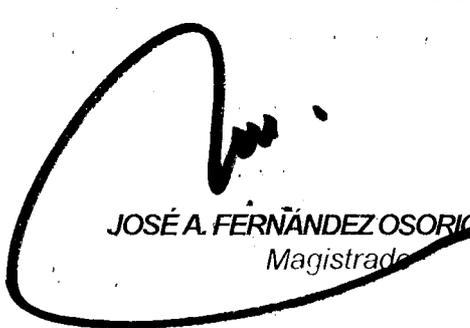
²³ **“ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

FALLA:

1. **Confirmar** la sentencia proferida el 10 de febrero de 2017 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Tunja que negó las pretensiones de la demanda presentada por Edgar Guerrero Peña y Luz Yaneth Ávila Castellanos, actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijas Luisa Fernanda Guerrero Delgadillo y Valery Tatiana Guerrero Ávila; Elvira Guerrero Peña; José Vidal Cortés Guerrero, Carmen Elisa y Alexander Guerrero Peña, contra el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional y Policía Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. **Condenar en costas** a la parte demandante, liquídense por la primera instancia y sígase el procedimiento establecido por el artículo 366 del Código General del Proceso.
3. **Fijar como agencias en derecho** la suma de una salario mínimo legal mensual vigente (1 SMLMV) a cargo de la parte demandante para esta instancia.
4. **Reconocer personería** a la abogada Nancy Alejandra Sandoval Sarmiento como apoderada sustitua, para que represente al Ministerio de Defensa – Policía Nacional.
5. En firme esta providencia, por Secretaría envíese el expediente al Despacho Judicial de origen, previas las constancias de rigor.

Notifíquese y cúmplase,

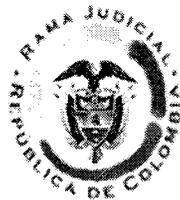

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada


JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Acción: Reparación Directa
Demandante: **Edgar Guerrero Peña y otros**
Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y otro



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 8 FEB. 2018

DEMANDANTE:	DORA ELSA RAMOS DE GONZÁLEZ
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
REFERENCIA:	150013333007-2017-00086-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	LLAMAMIENTO EN GARANTÍA
ASUNTO:	RESUELVE APELACIÓN DE AUTO

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la UGPP, contra la providencia del 8 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, que rechazó el llamamiento en garantía formulado por la entidad accionada contra la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia – UPTC, dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA (fls. 2-3)

La señora **DORA ELSA RAMOS DE GONZÁLEZ**, a través de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, a fin de que se declare la **i)** nulidad parcial de la Resolución No. RDP 005698 de 10 de febrero de 2016, mediante la cual la entidad accionada le reliquidó la pensión de jubilación reconocida a la demandante; y la **ii)** nulidad total de las Resoluciones No. RDP 019681 de 20 de mayo de 2016, No. RDP 020212 de 25 de mayo de 2016, No. RDP 045658 de 5 de diciembre de 2016 y No. RDP 012839 de 28 de marzo de 2017, por medio de las cuales la UGPP negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante, sin incluir la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Que como consecuencia de la anterior declaración, solicitó se condene a la entidad demandada a reliquidar su pensión, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicio, con inclusión de todos los factores salariales percibidos.

La demanda fue admitida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante auto de 19 de julio de 2017, obrante a folios 63 y 64 del expediente.

2. DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA (fls. 137-148)

Dentro del término legal, la entidad demandada - UGPP, por intermedio de su apoderada judicial, debidamente constituida para el efecto, presentó contestación a la demanda (fls. 107-136) y solicitud de llamamiento en garantía a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia – UPTC, argumentando que teniendo en cuenta que el reconocimiento de la pensión, se realizó con base en los descuentos hechos por el empleador, los factores que solicita la parte demandante no fueron objeto de descuentos, de acuerdo a los certificados aportados, razón por la que considera que se debe vincular al empleador.

Fundamentó su petición en el artículo 225 del CPACA y los artículos 64 y 66 del C.G.P. Consideró que la entidad empleadora tiene la obligación de pagar los aportes para pensión de todos sus trabajadores, por lo que la UGPP, solo se encarga de reconocer las pensiones conforme a lo determinado por las leyes y las cotizaciones hechas por el empleador, y que en el caso concreto, solo realizó aportes sobre los factores ya reconocidos, dejando de lado los emolumentos solicitados por la accionante.

3. DEL AUTO APELADO (fls. 154-156)

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante auto proferido el 8 de noviembre de 2017, resolvió rechazar el llamamiento en garantía impetrado por la entidad demandada, indicando para ello que en casos como el presente, donde se demanda la inclusión de los factores en la liquidación de la pensión, tal relación procesal se traba entre el empleado y la administradora de pensiones, sin que en su definición intervenga el empleador.

En ese sentido, señaló que si lo que plantea la UGPP es que la llamada dejó de efectuar descuentos o cotizaciones para pensión a los que estaba obligada, es claro que la obligación no emergería de la ley que se invoca y el proceso para su recuperación, si es del caso, sería la vía ejecutiva y no el restablecimiento del derecho.

Además, refirió que la demandada no pretende el reembolso del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, sino una pretensión distinta y ajena a la controversia, como lo es la cancelación de los aportes que no se efectuaron.

Por tanto, la *a quo* advirtió que la UGPP no puede exigir el cumplimiento de eventuales obligaciones de quien llama con causas distintas al reembolso del pago, exponiendo fundamentos fácticos y jurídicos distintos a los originalmente pretendidos por quien reclama el derecho, solicitud que se transformaría en una

nueva pretensión y en una nueva causa jurídica lo cual es inadmisibles frente al objeto de la pretensión del demandante.

4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN (fls. 159-166)

Inconforme con la decisión, la apoderada de la UGPP, interpuso recurso de apelación, en el cual citó el artículo 172 del CPACA, los artículos 64, 65 y 66 del Código General del Proceso y precisó lo siguiente:

Es al empleador a quien le corresponde realizar los aportes a la UGPP, razón por la que existe un vínculo entre el llamante y el llamado.

Señaló que la UGPP solo reconoce prestaciones a los trabajadores con base en los aportes realizados por el empleador, por lo que considera que éste debe ser vinculado, en tanto que sus actos son fundamentales para la expedición de actos administrativos por cuanto es éste quien hace los aportes, y con base en ellos la entidad reconoció la pensión a la demandante y advirtió que si aportara en debida forma, no habría problema con la expedición de resoluciones de reconocimiento pensional.

Citó el auto de 16 de noviembre de 2016, proferido por el Consejo de Estado, mediante el cual se revocó el auto de 30 de septiembre de 2014 proferido por esta Corporación; posición que fue adoptada por este Tribunal en auto proferido el 12 de mayo de 2017, en el proceso con radicación número 2016-00670- 00. Finalmente dijo:

"Con todo, solicito igualmente se tenga como pruebas las allegadas por (el) o (la) demandante y las obrantes en el expediente en especial las certificaciones expedidas por el empleador de tiempo de servicio prestados y factores salariales que denotan el vínculo entre el empleador y demandante, mismas que se encuentran en el proceso y que sumariamente denotan la base sobre la cual se ha podido eventualmente realizar los diferentes aportes con destino al sistema y en la medida que dicha obligación se reitera le corresponde al empleador" (fl. 165).

II. CONSIDERACIONES

1. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA

En los términos del artículo 226 del CPACA, el auto que acepta la intervención de terceros en primera instancia, es apelable en el efecto devolutivo; razón por la cual resulta procedente la interposición del mismo contra la providencia de 8 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, la cual fue notificada por Estado No. 80, el día 9 de noviembre de la misma anualidad, siendo interpuesta la apelación por la apoderada de la UGPP el 14 de noviembre de 2017, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que rechazó el llamamiento, por lo que se entiende interpuesto en término.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En el caso de autos, la controversia se concreta a establecer si la solicitud de llamamiento en garantía cumple o no, con los requisitos formales y procedimentales para que se pueda vincular por esta vía a la Universidad Pedagógica y Tecnológica – UPTC, en la presente acción.

3. FONDO DEL ASUNTO

El artículo 225 del CPACA, consagra la figura del llamamiento en garantía en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 225. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

- 1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.*
- 2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.*
- 3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.*
- 4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.*

El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen (Negrita fuera de texto).

Esta figura procesal se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual que vincula a la parte dentro de un proceso determinado (llamante) y a una persona ajena al mismo (llamado), permitiéndole al primero traer a éste como tercero, para que intervenga dentro de la causa, con el propósito de exigirle que concorra frente a la indemnización del perjuicio que eventualmente puede llegar a quedar a cargo del llamante a causa de la sentencia. Se trata pues de una relación de carácter sustancial que ata al tercero con la parte principal, en virtud de la cual aquél debe responder por la obligación que surja en el marco de una eventual condena en contra del llamante¹.

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 13 de abril de 2016. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 53701

De otro lado, respecto de los requisitos de procedencia del llamado, el artículo citado anteriormente, consagra los siguientes: *i)* mencionar la identificación del llamado, *ii)* la información de domicilio y de notificación tanto del convocante como del citado, y *iii)* los hechos en que se fundamenta el llamamiento².

En el *sub judice*, la demandante busca, entre otros asuntos, la reliquidación de la pensión de jubilación que le ha sido reconocida. Por su parte, la UGPP, quien integra la parte demandada, a través del llamamiento en garantía busca citar al proceso a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia – UPTC, que según el dicho de la entidad convocante, debe ser llamado en el presente proceso por cuanto le corresponde realizar los aportes como empleador a la UGPP, razón por la que considera que existe un vínculo entre el llamante y el llamado.

Valga señalar que si bien el artículo 212 del CPACA, definió las oportunidades probatorias, limitándolas a la demanda y su contestación, la reforma de la misma y su respuesta, la demanda de reconvenición y su contestación, las excepciones y la oposición a las mismas, y los incidentes y su respuesta, no sería posible que el Juez apreciara las pruebas del nexo que da derecho al demandado para llamar en garantía a un tercero si las mismas no son aportadas junto con el escrito del llamamiento, puesto que el trámite propio de éste no establece una etapa probatoria para ello, sino que exige al Juez un pronunciamiento directo sobre su aceptación o no, por lo que en principio, no podría admitirse el llamamiento solicitado sin el cumplimiento de los requisitos.

➤ **Del precedente en materia jurisprudencial respecto del llamamiento en garantía**

El precedente ha sido definido como el **conjunto** de decisiones judiciales con fuerza de cosa juzgada, que contienen reglas jurisprudenciales **aplicables al caso a resolver por su similitud con los problemas jurídicos planteados**; en este sentido, deben ser observados por quienes administran justicia con el objeto de garantizar el derecho a la igualdad y los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica.

Así mismo, la Corte Constitucional ha manifestado en la sentencia C-836 de 2001 que:

*“...La fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, **unificando la jurisprudencia** ordinaria nacional; (2) **del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social** y; (3) del*

² Según dicho artículo: “[...] [e]l escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos: 1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso. 2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito. 3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen. 4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales”.

deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole aduar contra sus propios actos. (...)

Si se aceptara la plena autonomía de los jueces para interpretar y aplicar la ley a partir -únicamente- de su entendimiento individual del texto, se estaría reduciendo la garantía de la igualdad ante la ley a una mera igualdad formal, ignorando del todo que la Constitución consagra -además- las garantías de la igualdad de trato y protección por parte de todas las autoridades del Estado, incluidos los jueces. Por el contrario, una interpretación de la autonomía judicial que resulte armónica con la igualdad frente a la ley y con la igualdad de trato por parte de las autoridades, la concibe como una prerrogativa constitucional que les permite a los jueces realizar la igualdad material mediante la ponderación de un amplio espectro de elementos tanto facticos como jurídicos... " (Negrita del Despacho).

Por tanto, los precedentes son esencialmente de dos clases: Verticales y horizontales, los primeros, son **criterios reiterados** que ha fijado la jurisprudencia de orden nacional a cargo de la Corporación de cierre en las distintas jurisdicciones, su característica es entonces, en palabras de la Corte Constitucional: "la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia", para nuestro caso, **la que fije el Consejo de Estado en las materias de su competencia.**

En efecto, si un alto Tribunal ha orientado y ofrecido un sentido al texto de la ley en una situación determinada que le permita realizar su función normativa³, tal interpretación del ordenamiento jurídico debe posibilitar la aplicación de ese mismo criterio **tantas veces como la situación particular se presente similar**, materializando el principio de igualdad ante la ley, de modo, que así como es general el referente normativo, así mismo general y vinculante debe ser la interpretación, construcción y ponderación de principios que den sentido a las instituciones jurídicas por los jueces llamados a aplicarlas.

La Corte Constitucional, ha establecido criterios orientadores para que los administradores de justicia se aparten de las decisiones que han adoptado o que han proferido sus superiores. En Sentencia SU-053 de 12 de febrero de 2015, con ponencia de la Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, se expuso:

"18. Ahora bien, esta Corporación fijó los parámetros que permiten determinar si en un caso es aplicable o no un precedente. Así la sentencia **T-292 de 2006**⁴, estableció que deben verificarse los siguientes criterios: i) que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una **regla jurisprudencial** aplicable al caso a resolver; ii) que esta ratio resuelva un **problema jurídico semejante** al propuesto

³ C-836 de 2001.

⁴ Reiterada en muchas oportunidades. Cfr., T-794 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-1033 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo y T-285 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt, entre otras. Cfr., T-082 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt, T-794 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio y C-634 de 2011, M. P. Luis Ernesto Cargas Silva. En esta última, dicho en otras palabras se explica: "La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales.

en el nuevo caso y iii) que los **hechos del caso sean equiparables** a los resueltos anteriormente.

De **no comprobarse** la presencia de estos tres elementos esenciales, no es posible establecer que un **conjunto de sentencias anteriores** constituye precedente aplicable al caso concreto, por lo cual al juez no le es exigible dar aplicación al mismo.

19. De otro modo, los funcionarios judiciales cuando encuentran cumplidos los tres criterios mencionados, tienen la posibilidad de apartarse de la jurisprudencia en vigor, siempre y cuando i) hagan referencia al precedente que van a inaplicar y ii) ofrezcan una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que dé cuenta de las razones de porque se apartan de la regla jurisprudencial previa. Así se protege el carácter dinámico del derecho y la autonomía e independencia de que gozan los jueces.

En esa medida, sólo citando el juez se aísla de un precedente establecido y es plenamente aplicable a determinada situación, sin cumplir con la carga argumentativa antes descrita, incurre en la causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, referente al desconocimiento del precedente judicial. Debido a que, con ese actuar, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las personas que acudieron a la administración de justicia." (Subrayado fuera de texto original).

4. CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, la UGPP, como entidad llamante, solicitó tener como pruebas las allegadas por la demandante y las obrantes en el expediente, en especial las certificaciones expedidas por el empleador del tiempo de servicio prestado y factores salariales, los cuales denotan el vínculo entre el empleador y la accionante; dentro del expediente se demuestra que la señora DORA ELSA RAMOS DE GONZÁLEZ laboró en la entidad llamada en garantía desde 2 de agosto de 1982 hasta el 30 de junio de 2015 (fl. 5).

Para el caso en estudio, conforme a los actos demandados, Resoluciones No. RDP 019681 de 20 de mayo de 2016, No. RDP 020212 de 25 de mayo de 2016, No. RDP 045658 de 5 de diciembre de 2016 y No. RDP 012839 de 28 de marzo de 2017, la demandada negó la reliquidación de la pensión de jubilación desconociendo que debía ser liquidada con el promedio de lo devengado en el último año de servicio.

Así, no cabe duda que era deber de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia – UPTC, efectuar a la demandante los descuentos de cotizaciones obligatorias para pensión en los plazos legales y consignarlos a favor de la UGPP. Se encuentra entonces estructurada la relación entre la ahora demandada UGPP, y la otrora empleadora, UPTC.

Sin embargo, cuando la **ex empleada** demanda la inclusión de algún factor en la liquidación de la pensión, como en este caso, tal relación procesal se traba entre el empleado y la administradora de pensiones, sin que en su definición intervenga el empleador; por ello, la jurisprudencia ha precisado que cuando por decisión judicial se incluyan en la pensión factores sobre los cuales no se ha efectuado aportes, ellos se descontarán de los valores que se reconozcan al

demandante⁵, sin orden alguna al empleador, pues tal relación, se reitera, entre la entidad administradora de pensiones y el empleador, no es la que se define en un proceso como el que ahora ocupa la atención.

Para resolver el anterior extremo, es decir, la **relación entre empleador y la administradora de pensiones**, la ley ha previsto mecanismos distintos. En efecto, dispone la Ley 100:

“ARTICULO. 23.-Sanción moratoria. Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso.

Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la seguridad social, se ordena realizar la liquidación de la pensión, debiendo existir identidad entre unos y otros y si, en casos como en presente, **no se efectuó la cotización respecto de todos ellos, se debe hacer el descuento correspondiente, al momento de pagar las diferencias que surjan de la nueva liquidación, pues ello permite la sostenibilidad del Sistema Pensional.** En las anteriores condiciones, se ordenará adicionar en tal sentido la providencia recurrida... como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente.

ARTICULO. 24.-Acciones de cobro. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo. ” (Subrayado fuera de texto).

Así entonces, si lo que plantea la entidad llamante es que la llamada dejó de efectuar descuentos o cotizaciones para pensión a los que estaba obligada y, en consecuencia, debe ser condenada a su pago en este proceso, es claro que la obligación no emergería de la ley que se invoca y el proceso para su recuperación, si es del caso, sería la vía ejecutiva y no el restablecimiento del derecho, tal como lo manifestó la *a quo*.

Ahora bien, la apoderada de la UGPP, citó el auto proferido por la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 16 de noviembre de 2016, en el proceso con radicación número 15001-2333-000-2014-00276-01, con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, por medio de la cual se revocó la decisión que negó, en un caso similar, el llamamiento en garantía con fundamento en que dicha figura procede solamente con “*la afirmación que haga una de las partes sobre la existencia de un derecho de naturaleza legal o contractual que permita reclamar a un tercero la reparación*

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUB SECCIÓN “A”, Consejero ponente Doctor LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, sentencia de 22 de noviembre de 2012.

integral del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial de la condena que llegase a imponer", y más adelante sostuvo:

"En este orden de ideas, para presentar la solicitud de llamamiento en garantía con la nueva regulación legal, no es necesario el acompañamiento de la prueba sumaria sobre la existencia del derecho pues, la norma solo hace referencia a que la simple afirmación de tener un derecho legal o contractual es suficiente para pedir que se llame en garantía a un tercero, por lo anterior, el debate probatorio también estará circunscrito a la demostración del derecho que se pretende." (Resaltado fuera de texto).

Del análisis que se trae en la providencia citada, se advierte que la **razón de la decisión** radicó en establecer si el llamamiento en garantía **requiere o no prueba sumaria** sobre la existencia del derecho, concluyendo que basta la afirmación del llamante.

En este caso, **no es el aspecto probatorio** lo que lleva a considerar que no procede el llamamiento en garantía sino razones diferentes, consistentes en que el debate que plantea esta demanda solo permite **definir el derecho o no al reconocimiento pensional que se demanda y no el deber de pago de aportes pensionales por parte de la llamada en garantía.**

Ahora, de forma puntual, respecto a la posibilidad de llamar en garantía a los empleadores en casos en los que se debate el reconocimiento o reliquidación del derecho pensional, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, con ponencia del Consejero Doctor Gerardo Arenas Monsalve, en providencia del 5 de febrero de 2015⁶, señaló lo siguiente:

"El llamamiento en garantía procede cuando entre el llamado y el llamante existe una relación de garantía de orden real o personal, de la que surge la obligación, a cargo de aquel, de resarcir un perjuicio o de efectuar un pago que pudiera ser impuesto en la sentencia que decida el respectivo proceso.

En este orden de ideas, considera el Despacho que en el sub judice, como lo señaló el Tribunal, no hay responsabilidad por parte del Departamento de Boyacá- Secretaría de Educación de Boyacá frente a la obligación de reconocer la pensión de sobrevivientes y reliquidar la pensión reclamada, toda vez que no existe entre llamado y llamante una relación de garantía que le imponga a aquél el deber de responder por las obligaciones a cargo de CAJANAL EICE en liquidación, hoy UGPP.

Sumado a lo expuesto, se aclara que CAJANAL EICE en liquidación fue quien emitió los actos administrativos aquí acusados, de tal forma que de llegarse a ordenar en la sentencia del proceso el pago de lo pretendido, deberá responder por lo que se le reconozca y adeuda a la demandante.

Todo lo anterior, sin perjuicio de que CAJANAL EICE en liquidación, hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, pueda ordenar los descuentos por concepto de aportes en seguridad social en pensiones no efectuados durante el tiempo en que el causante, señor Hernán Alarcón Avella, prestó sus servicios al Departamento de Boyacá- Secretaría de Educación de Boyacá." (Resaltado fuera de texto).

⁶ Radicación número: 150012333000201200120-01(2355-13).

Criterio que fue reiterado por la misma Subsección "B" en auto proferido el 8 de febrero de 2016, en el proceso con radicación 15001-23-33-000-2013-00620-01, con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve y por la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado C.P. Doctor William Hernández Gómez en auto proferido el 1º de agosto de 2016 dentro del expediente con Radicación número: 15001-23-33-000-2013- 00785-01(4054-14) en el que actuó como demandada la misma entidad que ahora propone el llamamiento, UGPP, **al confirmar** el auto que el 18 de julio de 2014 fuera proferido por este Tribunal⁷, señalando lo siguiente:

*"...Con base en los argumentos expuestos en los acápites anteriores, es preciso señalar que la UGPP es **quien tiene la obligación de realizar en debida forma la liquidación de la pensión**, su reconocimiento y el pago de las sumas derivadas de las liquidaciones pensionales que efectúe.*

***Por otra parte, la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia -UPTC- como empleadora, tiene la obligación de realizar el pago de los aportes respectivos**, sin que por ello se pueda señalar que existe un vínculo legal para llamarla en garantía para responder por las consecuencias del fallo que se pueda dictar en este proceso en contra de la UGPP, si se ordena la reliquidación de la pensión de su afiliado.*

Lo anterior, sin perjuicio de que esta última pueda iniciar los medios de control a que haya lugar cuando verifique que existe incumplimiento de las obligaciones del empleador, pues de conformidad con la normativa señalada, la liquidación en la cual se determine el valor adeudado por el empleador presta mérito ejecutivo, sin que esta situación deba ser resuelta en el presente proceso, toda vez que lo que se discute es la aplicación del régimen de transición por parte de la entidad demandada y no el incumplimiento de la obligación de aportes patronales al régimen pensional.

***Conclusión: No es procedente el Humado en garantía formulado por la UGPP a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia -UPTC- para responder por los sumas de dinero que se podrían ocasionar en caso que se presentara una sentencia judicial desfavorable**, ya que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de la pensión y del pago de las sumas derivadas de la liquidación recae en la UGPP, sin que exista norma que determine que esta eventual obligación debe ser asumida por aquella o deba responderle a la UGPP por la condena en su contra..."*

Línea de pensamiento que de forma más amplia se encuentra explicada en el auto proferido el 7 de abril de 2016 por la Sección Segunda, Subsección "A" en el que se dijo:

"...Sin embargo, con el nuevo estatuto procesal de lo contencioso administrativo este requisito no es exigible, tal como se observa del contenido del artículo 225 del CPACA⁸, que trajo regulación específica al respecto y por tanto, basta la simple

⁷ Radicación número: 15001-23-33- 000-2013-00785-01.

⁸ En este mismo sentido pueden consultarse del Consejo de Estado los procesos radicados: 68001-23-33-000-2013-00435-011720-14; 76001-23-33-000-2012-00625-01 0918-14; 76001-23 33-000-2012-00215-01, entre muchos otros.

⁹ Artículo 225. Llamamiento en Garantía. Quien afirme tener **derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia**, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince

mención y sustento de ese vínculo legal o contractual para que se satisfaga el requisito que apareja la nueva regulación procesal.

Lo anterior no es óbice, para que el funcionario judicial desde la misma decisión sobre la petición, **pueda negar dicha posibilidad con el fin de evitar un desgaste innecesario** de la administración de justicia y propender por la maximización de los principios de economía y celeridad procesal, en caso de constatar que el llamamiento es totalmente infundado o **no se encuentra conexión alguna que ligue la responsabilidad del llamado con el objeto del proceso.**

Ello, en la medida en que efectivamente tales principios que se verían afectados al aceptar cualquier tipo de vinculación que se le ocurra a una de las partes del proceso, respecto de un sujeto totalmente ajeno al objeto y responsabilidad deprecada de la controversia inicial.

Sin embargo, se reitera, ese análisis no puede conllevar la exigencia de la acreditación siquiera sumaria de la relación legal o contractual que origina el llamamiento, como sucedía con base en la legislación derogada.

De otra parte, frente a la existencia de la obligación legal de indemnización o de acudir al llamamiento, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que esta se refiere a la **existencia de una norma** que determine que en un momento dado, un tercero ajeno a la **relación procesal trabada en el asunto de que se trate**, deba entrar a **responder por los actos o hechos que son objeto de cuestionamiento en el mismo**; es decir, que debe existir una **norma que imponga la obligación a cargo de éste**, de resarcir un perjuicio o de efectuar un pago que pudiera ser impuesto en la sentencia que decida el respectivo proceso" (Resaltado fuera de texto)

Sobre el particular, en auto de fecha 18 de julio de 2017, M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Radicado No. 15238-3333-002-2016-00246-01, se realizó el mismo análisis frente a la procedencia del llamamiento en garantía y señaló que:

"Entonces, como lo ha señalado la jurisprudencia y así lo comparte este Despacho, para efectuar el llamamiento en garantía **no es necesaria prueba de la relación**, pero otro es el análisis que corresponde al juez para admitir el llamamiento en garantía cuando se trata de establecer si **existe norma que exija al llamado responder por las pretensiones de la demanda** y, en este caso, no queda duda que la llamada en garantía **no es la obligada a responder por el pago de la pensión demandada**, otro será el análisis si se trata de discutir su deber de cancelar al sistema los aportes de seguridad social; mucho menos procedente es el llamamiento cuando la entidad llamada **no ha participado** en la expedición de los actos administrativos que se demandan en este proceso."

Aspecto en el que insiste la jurisprudencia cuando el juzgador examina la petición de llamamiento en garantía como se advierte en el auto que adelante se cita dictado en proceso en el cual se debatió una reliquidación pensional, señalando que:

(15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.
2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.

"...La Universidad del Valle considera que la Nación- Ministerio de Justicia y el Derecho- Rama Judicial- Consejo Superior de la Judicatura- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, debe ser llamada en garantía dentro del proceso de la referencia.

Lo anterior, en razón a que los actos demandados se expidieron en cumplimiento de la sentencia de 11 de diciembre de 2009 dictada por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cali, en la que se declaró la nulidad de la Resolución No. 433 de 17 de febrero de 2006 y la Resolución No. 1301 de 26 de mayo de 2006 y se determinó que el actor tiene derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, además del fallo de 8 de noviembre de 2010 proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que confirmó en todas sus partes la providencia anterior.

Entonces, no se trata de la carencia o no de prueba de la relación, sino de un examen que se proyecta a la decisión sustancial que en el proceso se ha pedido al juzgador, es decir, si el proceso gira en torno al derecho pensional en cuyo reconocimiento el empleador no ha intervenido, entonces éste último no debe de ser llamado en garantía al proceso, por cuanto ninguna obligación puede predicarse en cuanto se refiere a las posibles resultas de prosperidad de las pretensiones pensionales. Entonces, el criterio expuesto en el auto citado por la recurrente, no resulta ser obstáculo para mantener la línea que ha sostenido de tiempo atrás este Tribunal puesto que la ratio decidendi de la providencia proferida por el superior funcional, no sólo se comparte por esta instancia sino que, además, no se ocupó de abordar de manera distinta el criterio sostenido por el Consejo de Estado en el sentido que acaba de estudiarse, es decir, la necesidad de examinar el contexto legal que sirve de sustento al llamamiento.

Además, recuérdese que el Consejo de Estado, de forma pacífica, ha reiterado que el derecho que ostente el empleado no puede verse afectado por falta de descuento en los aportes. Ha sostenido de tiempo atrás y de forma constante que "...también se encuentra que la Administración, con la cual labora el servidor público, en ocasiones no hace los descuentos de los "aportes" que debiera hacer por conducto de sus Tesorerías o dependencias pagadoras; esta falla de la Administración perjudica a las Entidades Prestacionales porque las priva de recursos y le crea problemas futuros al empleado cuando va a reclamar sus prestaciones sociales. Pero, nótese que esta situación no es imputable al servidor público por lo que, **en principio, no le pueden ser deducidas consecuencias adversas por conductas ajenas, aunque no lo eximan de cumplir sus obligaciones en su debido momento...**" Las pensiones se reconocen atendiendo los parámetros de ley y no las gestiones administrativas de las entidades, de manera que involucrar en este caso una discusión que atina a la obtención del pago de aportes a seguridad social, es desviar el objeto del proceso e incluir un debate ajeno al acá demandante."

Por otra parte, si bien este Despacho profirió el auto del 12 de mayo de 2017 en el expediente con Radicación No. 15001-2333-000-2016-0670-00, invocado por la recurrente, en el cual se siguieron las pautas del Consejo de Estado en el auto 16 de noviembre de 2016, y se accedió al llamamiento en garantía del empleador, lo cierto es que dicha decisión se apartó de la línea jurisprudencial que ha venido siendo uniforme y reiterada en el criterio de este Tribunal, en concordancia con el del Consejo de Estado, que es improcedente el llamamiento en garantía de las entidades para las cuales ha laborado quien demanda ante la entidad de seguridad social el reconocimiento pensional, dado que el tema en debate no es el pago de aportes por las entidades empleadoras, ni estas tienen deber alguno de responder por el derecho pensional en sí mismo; razón de más por la que este Despacho rectifica la

decisión allí asumida, y de conformidad con el criterio ya decantado concluye que, resulta improcedente el llamamiento en garantía de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia - UPTC, pues el fundamento fáctico y jurídico en el que se apoya la solicitud no permite establecer para **este proceso, relación procesal entre la llamante y el llamado, ni a éste último podrían extenderse los efectos de la sentencia que debe dictarse para desatar la controversia**; en efecto, en manera alguna se le podría condenar, si es el caso, al pago de reajustes pensionales a favor de la demandante y no corresponde a este proceso definir si la entidad cumplió con el deber de efectuar los descuentos por cotizaciones obligatorias pues, aunque exista una relación entre los aportes y la pensión, ésta se liquida sobre los factores salariales que la ley precisa para ello y no sobre los aportes que, dicho sea, corresponden a los de toda la vida laboral del empleado y no sólo a los del período que se toma en cuenta para el reconocimiento.

Las razones anteriores llevan al Despacho a confirmar el auto que rechazó el llamamiento en garantía, por las razones expuestas en esta providencia.

- **De las costas procesales**

Con base en lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, no se condenará en costas a la parte recurrente en razón a que aquello sólo procede tratándose de la sentencia de primera o segunda instancia.

En mérito de lo expuesto se,

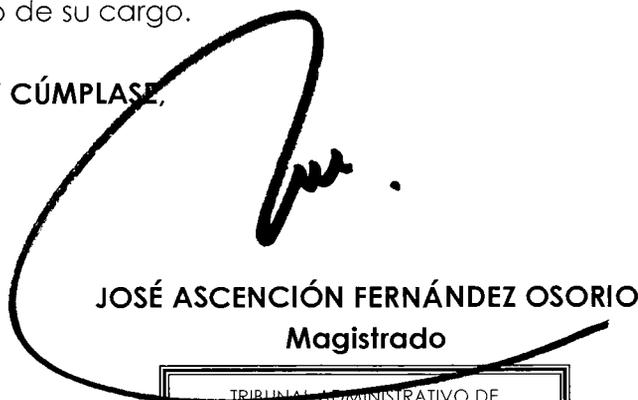
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 8 de noviembre de 2017 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja, mediante el cual se **rechazó** el llamamiento en garantía formulado por la entidad accionada, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

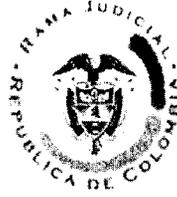
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al Despacho de origen, para lo de su cargo.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO
N° <u>2</u> De Hoy, <u>15</u> de <u>NOVIEMBRE</u> de <u>2017</u> A LAS 8:00 a.m.
SECRETARIA



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4**

MAGISTRADO PONENTE: JOSE ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, **8 FEB.** 2018

ACCIONANTE:	ZOHEDMA GIRALDO MACIAS
ACCIONADO:	MUNICIPIO DE PUERTO BOYACÁ
REFERENCIA:	150013333007-2014-00170-02
MEDIO DE CONTROL:	POPULAR
TEMA:	UTILIZACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO
ASUNTO	TRASLADO DE ALEGATOS

Conforme lo prevé el artículo **37 de la Ley 472 de 1998**, el recurso de apelación procederá contra sentencia que se dicte en primera instancia, en la forma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso, sin embargo dicha codificación se refiere a la forma y oportunidad de interponer el recurso de apelación y no al traslado de alegatos, es decir, existe un vacío en relación con este; el cual debe ser cubierto por la Ley 1437 de 2011, acorde con el artículo 44 de la Ley 472 de 1998.

Así, el artículo 247 numeral 4 del CPACA, establece un término de 10 días para alegar de conclusión en segunda instancia. En consecuencia, se dispone correr traslado de conclusión a las partes para que presenten sus alegaciones por escrito.

Por lo expuesto el Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO: CORRER traslado a las partes por el término común de diez (10) días, para que presenten sus alegatos de conclusión, en los términos previstos en el inciso 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A. Vencido dicho

término se surtirá traslado del expediente al Ministerio Público, por el término de diez (10) días para que emita su concepto de fondo.

SEGUNDO: Cumplido lo anterior, regrese el expediente al Despacho para elaboración de proyecto de sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
10 de Diciembre de 2019
12/12/2019



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrado Ponente: Clara Estela Cifuentes Cortés

Tunja, febrero ocho (8) de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control: Ejecutivo

Demandante: **Magda Fabiola Mojica de Cruz**

Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de
Prestaciones Sociales de Magisterio

Radicación: 15001 3333 010 **2017 00088-01**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la señora Magda Fabiola Mojica de Cruz por medio de apoderado judicial, contra el auto de 23 de noviembre de 2017 proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda (Fls. 2-6)

La señora María Fabiola Mojica de Cruz, por medio de apoderado judicial, presentó demanda ejecutiva contra el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que se librara mandamiento de pago por las siguientes sumas de dinero:

..

“1. Por la suma de **DIECINUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$19.768.419), POR CONCEPTO DE CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DEL 10 DE SEPTIEMBRE DE 2014 (sic) POR EL JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE TUNJA Y CONFIRMADA POR EL H. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ.**

2. Por los **INTERESES MORATORIOS CORRESPONDIENTES A LAS ANTERIORES SUMAS DE DINERO** a la tasa fijada por la Superfinanciera.

3. Se condene en costas y Agencias en Derecho de la parte demandada.” (fol. 4)

La situación fáctica que respalda el petitum es el siguiente:

- Mediante sentencia del 10 de septiembre de 2014 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Tunja y confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, se condenó a la entidad ejecutada a reliquidar y pagar la pensión de

jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

- *La sentencia se encuentra debidamente ejecutoriada y conforma título ejecutivo que contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible en contra de la entidad demandada.*
- *El 20 de noviembre de 2015 la ahora ejecutante solicitó a la entidad ejecutada el pago de la sentencia.*
- *La Resolución No. 00494 de 17 de mayo de 2016 solo reconoció costas, las cuales pagó con la nómina de pensionados de julio de 2016.*
- *Según liquidación adjunta a la demanda se adeudan:*

Por mesadas atrasadas: \$13.391.163

Por intereses moratorios: \$4.455.411

Por indexación: \$ 1.921.844

Costas: \$ 200.554

Total: \$19.968.973

II. PROVIDENCIA APELADA (fls. 54-57)

La jueza a quo, por auto de 23 de noviembre de 2017 negó mandamiento de pago, solicitado por la señora Magda Fabiola Mojica de Cruz contra de la Nación- Ministerio de Educación Nacional - FNPSM, con fundamento en lo siguiente:

Luego de establecer que el título ejecutivo base de la acción, cumplía con las condiciones formales, según lo dispone la ley, procedió a analizar los requisitos de fondo, relacionados con la existencia de una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

Hizo alusión a lo previsto en el artículo 422 del C.G.P. y transcribió la parte resolutive de la sentencia proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 15001 3133 004 2014 00033 00 que condenó a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la que fuera confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia del 31 de julio de 2015; adicionalmente condenó en costas a la parte recurrente, las cuales fueron liquidadas mediante auto del 08 de septiembre de 2015 por un valor de \$200.554.

Señaló que al momento de cotejar las obligaciones derivadas de la sentencia con el acto proferido por la entidad demandada, acertó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando indicó al reliquidar la pensión de la señora Mojica de Cruz, no se genera saldo a favor como quiera que:

- La pensión inicialmente reconocida a la accionante ascendía al valor \$878.747
- La entidad demandada mediante Resolución No. 00494 de 2016 reliquidó la pensión de la señora Mojica de Cruz con la inclusión de todos los factores salariales dando como resultado una mesada pensional para el año 2008 de \$1'812.227, suma inferior a la ya recibida con el reajuste ordinario de ley con base a las variaciones del IPC, esto es, \$1.824.987,59.
- Que de aplicar dicha variación las mesadas pensionales del 2008 en adelante resultarían menores que las efectivamente percibidas por la demandante, resultando desfavorable el reajuste.

Sostuvo que la liquidación presentada con la demanda ejecutiva era errada "...ya que si bien liquida el monto de la pensión de conformidad con lo ordenado en la sentencia, concluyendo que el valor de la pensión para 2008 sería de \$1.812.227, al calcular las posibles diferencias, sin explicación alguna toma para el año 2008 como pensión reliquidada el \$2.004.263, por lo que los valores resultantes no corresponderían con el cálculo principal de la liquidación, y por tanto tampoco con la orden dada en la sentencia".

Agregó que la suma correspondiente a las costas procesales, equivalentes a 200.554 le fueron pagados de manera integral en nómina del mes de julio de 2016 tal como lo manifestó en la demanda y se observa en la Resolución 00494 de 2016.

Concluyó entonces que, del título presentado con la demanda no se desprenden obligaciones pendientes de pago o actualmente exigibles y por tanto negó el mandamiento de pago solicitado por la señora Magda Fabiola Mojica de Cruz.

III. RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN (fl. 59-61)

La señora Magda Fabiola Mojica de Cruz, a través de su apoderado, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra el auto de 23 de noviembre de 2017, mediante el cual se negó el mandamiento de pago.

Sostuvo que en la liquidación realizada por el juez a quo, se hizo el descuento en salud sobre cada mesada como si se hubiese cancelado oportunamente en cada mes, el cual, a su juicio, no se puede realizar comoquiera que éste fue efectuado en el acto de cumplimiento y esto "...impacta sobre el valor de la indexación, la indexación se debe efectuar como lo ordena la sentencia que ordenó la reliquidación de la pensión, es decir sobre la diferencia de las mesadas no pagadas desde la fecha que se hizo exigible a la fecha de la ejecutoria de la sentencia y no sobre el valor neto a pagar en cada mes una vez descontado el aporte de salud." (fl. 60).

IV. DECISIÓN SOBRE EL RECURSO DE REPOSICION

En auto de 14 de diciembre de 2017 (fl. 63-64.), el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, conforme el artículo 318 del CGP, se pronunció sobre el recurso de reposición presentado contra el auto que negó mandamiento de pago, sin hallar razones de desacuerdo relacionadas con los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en la mencionada providencia, por tal razón, no repuso la actuación impugnada y concedió en efecto suspensivo, el recurso de apelación ante este Tribunal.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Asunto previo - Normatividad aplicable al caso.

La Ley 1437 de 2011, no contempla un procedimiento especial para efectos del trámite del proceso ejecutivo, por eso en virtud del artículo 308 ídem, para los aspectos no regulados, debe acudir al Código de Procedimiento Civil.

Ahora, como el 1 de enero de 2014¹, entró en vigencia el Código General del Proceso, las normas aplicables al presente asunto, son las de este ordenamiento procesal; comoquiera que la demanda ejecutiva, fue presentada el **12 de junio de 2017 (fl. 6)**, deben aplicarse para su trámite las normas del Código General del Proceso.

¹ El numeral 6º del artículo 627 del Código General del Proceso, establece que, los demás artículos (entre los que se cuentan los relacionados con el proceso ejecutivo), entrarán en vigencia a partir del 1º de enero de 2014.

5.2. El recurso procedente contra el mandamiento de pago:

En materia de recursos prevé el CGP:

“Artículo 318. Procedencia y oportunidades.

Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.

(...)

El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos. (...)

Parágrafo.

Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente.

Artículo 320. Fines de la apelación.

El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión. (...)

Artículo 321. Procedencia.

Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad.

También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:

(...)

4. El que niegue total o parcialmente el mandamiento de pago y el que rechace de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo.

(...)

Artículo 322. Oportunidad y requisitos.

El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:

1. (...)

La apelación contra la providencia que se dicte fuera de audiencia deberá interponerse ante el juez que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado.

2. La apelación contra autos podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición. Cuando se acceda a la reposición interpuesta por una de las partes, la otra podrá apelar del nuevo auto si fuere susceptible de este recurso.

Artículo 438. Recursos contra el mandamiento ejecutivo.

El mandamiento ejecutivo no es apelable; el auto que lo niegue total o parcialmente y el que por vía de reposición lo revoque, lo será en el suspensivo. Los recursos de reposición contra el mandamiento ejecutivo se tramitarán y resolverán conjuntamente cuando haya sido notificado a todos los ejecutados.

De las normas trascritas se infiere:

- Que todos los autos son susceptibles de reposición **salvo que exista norma en contrario;**
- Que contra la decisión que resuelve la reposición **no cabe recurso alguno,** salvo que contenga puntos nuevos;
- Que el juez está en el deber de **tramitar el recurso procedente;**
- Que el recurso de apelación exige en la sustentación la **exposición de los reparos concretos** contra la decisión.
- Que contra el auto que libra mandamiento de pago **no cabe la apelación.**
- Que contra el auto que niega el mandamiento de pago o lo libra parcialmente **cabe el recurso de apelación.**
- Que cuando por vía de reposición se niega el mandamiento de pago o se libra parcialmente, **cabe la apelación.**

Concluye esta Sala del resumen anterior que en este caso no era procedente el recurso de reposición presentado por el ejecutante por cuanto el mandamiento de pago fue **negado.**

El recurso de reposición procede contra el mandamiento de pago librado tal como lo solicitó el ejecutante, pues de no ser así, se estaría ante un mandamiento parcial frente al que procede la apelación por el ejecutante. Razonablemente, entonces, el interesado en el recurso de reposición es el ejecutado, una vez le ha sido notificado el mandamiento de forma que, si como resultado de este recurso, el mandamiento es

revocado o librado parcialmente, **el ejecutante puede interponer el recurso de apelación.**

Ahora, cuando el artículo 318 del CGP prevé la reposición, salvo norma en contrario, se advierte que si el auto que niega el mandamiento de pago o lo libra parcialmente, **es apelable** al tenor del artículo 438 CGP **esa norma ha dispuesto** el recurso procedente y, en consecuencia, no puede ser recurrido en reposición; adicionalmente porque no procede recurso alguno contra el auto que decide la reposición, salvo que contenga **puntos nuevos**, siempre sobre ellos y sólo si el recurso es pertinente.

Ahora, el numeral 2º del artículo 322 del CGP, al señalar que la apelación puede ser interpuesta directamente o en subsidio de la reposición, implica que, en efecto, la decisión **pueda ser pasible de los dos recursos**, sin embargo, como en el caso del mandamiento de pago, existe **norma especial** (art. 438) que determina los recursos procedentes, es claro que no procede reposición a menos que, como se dijo, se trate del que libró mandamiento de pago, se reitera, como medio de defensa del ejecutado; de allí que la norma señale que si se accede a la reposición será **la otra parte quien puede apelar si el recurso es procedente**, lo cual resulta concordante con lo dispuesto por el artículo 438 del mismo ordenamiento al señalar que la apelación procede si **por vía de reposición** se niega o se libra parcialmente el mandamiento de pago.

De lo expuesto entonces, como en este caso el mandamiento de pago fue negado, **únicamente era procedente el recurso de apelación** y, en consecuencia, a pesar de haber sido tramitada la reposición por el a-quo, al ser interpuesta oportunamente la apelación, la competencia de este Tribunal es plena y se desatarán todos los **reparos concretos** que el ejecutante formuló contra el auto proferido el 23 de noviembre de 2017.

Era deber del a-quo tramitar el recurso procedente y tal falla procedimental no puede perjudicar al ejecutante, a pesar de acudir, desafortunadamente, a invocar los dos recursos – reposición y en subsidio apelación –.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, de tiempo atrás, ha venido sosteniendo la tesis según la cual los autos ilegales no obligan al juez. El primer pronunciamiento al respecto, se encuentra en el auto de 19 de abril de 2001, proferido en el expediente

Radicación número: 19001-23-31-000-1999-2095-01(19369), Actor: HECTOR ARTURO CAMACHO TOVAR Y JAIRO BOLIVAR CERON. Se dijo allí:

"...Pero, si se tiene en cuenta el siguiente principio de legalidad la conclusión es distinta, porque el juez está llamado a declarar la verdad real.

En efecto, según la Constitución:

- *Los jueces, como autoridades de la República "están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares" (inciso final art. 2).*
- *Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y "con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio" (art. 29).*
- *Las actuaciones "de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe" (art. 83).*
- *En las decisiones de la justicia "prevalecerá el derecho substancial" "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares en la actividad judicial" (art. 228). Además*

Según el Código de Procedimiento Civil:

- *El juez, al interpretar la ley procesal, deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos **reconocidos** por la ley sustancial (art. 4).*
- *Es deber del juez "Prevenir, remediar y sancionar por los medios que este Código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal" (art. 37, numeral 3).*

Desde otro punto de vista, el de la jurisprudencia, la irregularidad continuada no da derecho.

Varias han sido las manifestaciones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado de que "el auto ilegal no vincula al juez"; se ha dicho que:

- *que la actuación irregular del juez, en un proceso, no puede atarlo en el mismo para que siga cometiendo errores, porque lo interlocutorio no puede prevalecer sobre lo definitivo ⁽²⁾;*
- *que el error inicial, en un proceso, no puede ser fuente de errores ⁽³⁾.*

² Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de marzo de 1981. Sala de Casación Civil. Reitera lo dicho en otras providencias, que pueden verse en la Gaceta Judicial LXX, 2; LXXVII, 51 y XC 330. Proceso Enrique A. Fuentes contra Herederos de José Galo Alzamora.

*La Sala es del criterio que las providencias ejecutoriadas que se enmarcan en **la evidente o palmaria ilegalidad**, en este caso por ausencia de requisitos para declarar la existencia de título ejecutivo y para poder ordenar seguir adelante con la ejecución, no deben mantenerse en el ordenamiento jurídico.*

Y afirma de esa manera, porque con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 la calificación de la República como un Estado de Derecho con Justicia Social tiene implicaciones, entre otros, en la Administración de Justicia.

*No es concebible que frente a un error judicial **ostensible** dentro de un proceso, no constitutivo de causal de nulidad procesal ni alegado por las partes, el juez del mismo proceso, a quo o su superior, no pueda enmendarlo de oficio.*

*Si en la actualidad, **en primer término**, los errores judiciales han sido corregidos por tutela (art. 86 C. N), cuando por una vía de hecho se quebrantó un derecho constitucional fundamental, y **en segundo término**, han sido indemnizados los perjuicios ocasionados por haberse causado un daño antijurídico (art. 86 C.C.A) por el error judicial ¿por qué no corregir el error y evitar otro juicio, si es que hay lugar a ello?*

Recuérdese que la ley Estatutaria de Administración de Justicia define el error judicial como “el cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley” (art. 65).

Por consiguiente el juez:

- *no debe permitir con sus conductas continuar la ejecución del crédito, como venía, a sabiendas de una irregularidad procesal que tiene **entidad suficiente** para variar, en absoluto, el destino o rumbo del juicio;*
- *el juez no está vendado para ver retroactivamente cuando la decisión que ha de adoptar dependería **de legalidad real**, no formal por la ejecutoria, de otra anterior...*

La Sala comparte los anteriores planteamientos y considera prudente en desarrollo de los principios señalados, de la orientación jurisprudencial reseñada e igualmente en aplicación de los principios de economía procesal, tomar medidas sobre la irregularidad de lo actuado, en primer lugar, evidenciando el yerro advertido y, en consecuencia, declarando la insubsistencia del auto que decidió la reposición; y, en segundo lugar, avocando el conocimiento pleno del recurso procedente para tomar las decisiones que en derecho corresponden.

³ Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil. Auto de febrero 4 de 1981. Proceso abreviado suscitado por Juan de la Cruz Acevedo contra Magnolia Rosa Gómez. Consejo de Estado. Sección Tercera. Autos: a) de 8 de octubre de 1987. Exp. 4686. Actor: Sociedad Blanco y Cía. Ltda. Demandado: Municipio de Funza. b) de 10 de mayo de 1994. Exp. 8.237. Actor: Comunidad Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento.

Admitir como válida la decisión del a-quo al resolver la reposición, no sólo impondría desmembrar el recurso para interpretar si todas las inconformidades fueron resueltas o no, y se llegaría al absurdo de tramitar un recurso de apelación contra el auto que resolvió la reposición, no obstante que éste no se tocaron puntos nuevos y tampoco existen reparos concretos contra el mismo. Es decir, este Tribunal se vería abocado a interpretar tanto el recurso interpuesto, como el auto que lo decidió, a riesgo de vulnerar el derecho de defensa.

5.3. De la competencia del juez ad quem:

El artículo 328 del Código General del Proceso, prevé:

“Artículo 328. Competencia del superior.

El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.”
Negrilla fuera de texto

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 9 de febrero de 2012⁴, unificó su jurisprudencia en lo concerniente a la competencia del juez ad quem con ocasión del recurso de apelación, al respecto dijo:

“Tal como en diversas oportunidades lo ha puntualizado la Jurisprudencia (sic) de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 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

⁴ Número interno 21060

superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C.

“(…).

“Así pues, por regla general, a la luz de las disposiciones legales vigentes y según la interpretación que a las mismas les ha atribuido la Jurisprudencia (sic) nacional, se tiene entonces que el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también debe justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez.

“No sobra mencionar que otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez ad quem, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatar la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la non reformatio in pejus, por virtud de la cual no resulta válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

“(…).

“De esta manera resulta claro que el límite material para la competencia del juez superior lo constituye el alcance de la apelación y los propósitos específicos que con la misma se persiguen, lo cual se complementa de manera diáfana y directa con la garantía de la non reformatio in pejus, a la cual, simultáneamente, le sirve de fundamento y explicación”. –Negrilla fuera de texto–.

En sentencia proferida por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 5 de abril de 2017, en el proceso con número interno 43592 y ponencia del Consejero Doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera, se indicó:

“...resulta claro que, para el juez de segunda instancia, su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se formulen en contra de la decisión adoptada en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos (diversos a los planteados por el recurrente) se excluyen del debate en la instancia superior, teniendo en cuenta que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio “dispositivo de las partes”⁵.

Así, entonces, conforme al artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, “la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso”. Lo anterior limita al ad quem a pronunciarse sólo sobre

⁵ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin” (LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio: “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General”, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, pág. 106).

los aspectos que perjudicaron al apelante; por tanto, le corresponde al recurrente confrontar, con sus propias razones, los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida los asuntos que se plantean en la apelación respectiva.”⁶ (Resaltado fuera de texto).

Criterio que también fue expuesto por la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 23 de febrero de 2017:

“De acuerdo con el artículo 320 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 306 del CPACA, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida «...únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.». En consecuencia, el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo. Al respecto sostuvo esta Corporación en sentencia de 5 de julio de 2007⁷:

«Ahora, entrando al fondo del asunto, debe recordarse que esta Sección ha reiterado que en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria, so pena de declararse desierto, la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia. En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente.»” Negrilla fuera de texto.

5.4. De la sustentación del recurso de apelación:

Así como el juez al momento de dictar sus providencias, debe tener en cuenta los hechos y las pruebas allegadas en el transcurso del proceso, para que su decisión responda a los problemas jurídicos que se planteen, igual exigencia cabe a las actuaciones desplegadas por las partes en sus escritos, pruebas, alegatos e impugnaciones, máxime en este último caso dado que los aspectos de desacuerdo del recurrente serán el punto de partida para que en segunda instancia se estudie la providencia objeto de controversia.

El artículo 320 del CGP, en cuanto a la apelación señala que:

⁶ Si bien los anteriores argumentos fueron esbozados en vigencia del Código de Procedimiento Civil, en la actualidad tienen plena vigencia, dado que el Código General del Proceso no introdujo cambios sustanciales en ese aspecto.

⁷ Consejo de Estado, sección Segunda, Subsección A, radicado interno No. 9708-2005, actor: Aura Isabel Rubio Morán, M.P. doctor: Jaime Moreno García.

“el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”.

El Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A" Consejera Ponente Dra. ANA MARGARITA OLAYA FORERO, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente: 17001-23-31-000-2001-00621-01(5054-03), Actor: María Rubiela Bermúdez Granada, Demandado: Departamento de Caldas, precisó al respecto: *“...El recurso de apelación es la forma como se proyecta en la práctica el derecho de impugnación a la decisión judicial que contiene una sentencia. Por ello exige que el recurrente confronte los argumentos que el juez de instancia consideró para tomar su decisión, con sus propios argumentos y solicite del juez de superior jerarquía funcional, que decida la nueva controversia que plantea en segunda instancia. En este orden de ideas, el juez de segunda instancia tiene como marco de competencia las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen contra la decisión que se adoptó en primera instancia, y cualquier asunto distinto al planteado por el recurrente se excluye del debate en la instancia superior...”.* (Resaltado fuera de texto)

Así las cosas, el juzgador de segundo grado al desatar apelación se limita a lo expuesto en la sustentación del recurso de apelación⁸, de allí que ella se exija so pena de declararlo desierto, ya que de la expresión concreta de las razones de inconformidad nacen los límites de la controversia entre el mérito de la providencia impugnada y los desacuerdos de la parte afectada, la cual sea de paso advertir, permite la aplicación de uno de los principios más caros del derecho, como lo es el debido proceso, del que se deriva dos principios aplicables: i) la “no reformatio in pejus”⁹, que se traduce, en no hacer más gravosa la situación del apelante único, y ii) la congruencia¹⁰, que implica la sujeción de las decisiones a los fundamentos y marcos

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente Dr.: NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA, sentencia de 25 de septiembre de 2003, expediente: 17001-23-31-000-1999-0951-01(1475-02). Actor: Gloria Patricia Herrera Arcila, Demandado: Universidad Nacional de Colombia: *“...En primer lugar debe precisar la Sala que, como lo ha dicho la Sección reiteradamente (ver entre otras las sentencias del 21 de julio de 1993, expediente 5943, actor Bernardo Tovar Gómez y 30 de agosto de 1994, expediente 6656, actor Luis Avelino Cabeza Paz) en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria so pena de declararse desierto, la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda...”*

⁹ Art. 31 Constitución Política.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente Dr. : RICARDO HOYOS DUQUE, sentencia de 24 de junio de 2004, expediente: 68001-23-15-000-1994-0301-01(14950)DM, Actor: Hugo A. Rodríguez Joya y Otros, Demandado: La Nación- Ministerio de Justicia -Impec: Se advierte que en el recurso de apelación opera el principio de la congruencia, de acuerdo con el cual “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”. Pero el recurrente, cuando la ley lo exija, no sólo debe señalar los asuntos que considera lesivos de sus derechos, sino que, además, deba justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez. La ley ha exigido la

de los conflictos propuestos respetando los límites que en las instancias el demandante y el impugnante en sus respectivos escritos demarcan. De manera tal, que no atender ni respetar estos principios, genera una violación concreta del derecho de defensa y por supuesto del mencionado debido proceso.

Debe entenderse que los límites del juzgador de segunda instancia están dados en el recurso de apelación **frente a la providencia recurrida lo cual impone no sólo un análisis sobre tal pronunciamiento sino también sobre las pruebas que pudieran haber sido desatendidas.** El artículo 328 del CGP señala con precisión que la competencia del superior al desatar la apelación se limita “solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante...”

Así las cosas, la sustentación del recurso de apelación es el medio procesal previsto por el artículo 243 del CPACA, para que el recurrente manifieste los motivos de inconformidad con la sentencia o el auto. En efecto, esta –la apelación–, **delimita** el pronunciamiento de la segunda instancia. Es por ello que las razones aducidas por el recurrente demarcan la competencia funcional del juez de segunda instancia. En consecuencia, si no existen los mentados motivos de discrepancia con la providencia proferida por el a quo, **el recurso carece de objeto.**

En sentencia proferida el 30 de junio de 2017¹¹, la Sección Primera se refirió a la falta de sustentación del recurso de apelación así:

*“Encuentra la Sala que de la lectura del recurso de apelación incoado por la parte acora, se observa que **no se formula ningún motivo de inconformidad respecto de los fundamentos del proveído impugnado; por el contrario, lo que se aprecia es una transcripción literal de lo expuesto en la demanda, sin que determine en modo alguno una razón jurídica que controvierta la sentencia proferida el 21 de junio de 2016 por el Tribunal Administrativo de Risaralda.**”*

Ahora bien, del estudio del contenido del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹², se advierte

sustentación del recurso de apelación, con el fin de limitar su abuso y consecuentemente, la congestión de los despachos judiciales, que en última instancia afecta el derecho de acceso a la administración de justicia (art. 229 Constitución Política)...”

¹¹ Sentencia proferida en el proceso con radicada 66001-23-33-002-2016-00291-01, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés (E1).

¹² “Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

que tal precepto obliga al memorialista a precisar los motivos de inconformidad sobre el fallo, circunstancia sin la cual el Juez de Segunda Instancia no puede entrar a hacer un estudio sobre el fondo del asunto, pues se trata de una carga que le asiste al recurrente y que constituye el sustento que sirve de base para que el Superior dirima la controversia.

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Corporación cuando señala:

“Al no haber expuesto el recurrente las razones que motivaron su disconformidad con las motivaciones y conclusiones de la sentencia que puso fin a la primera instancia, no le es permitido al ad quem hacer un nuevo estudio de fondo acerca de las pretensiones incoadas, sin incurrir en palmario quebranto de la norma procedimental que exige la debida sustentación del recurso de apelación.”

También la Corte Constitucional, en la sentencia T - 449 de 2004, se ocupó del tema al manifestar en su obiter dicta lo siguiente:

“...En efecto, si en el asunto que ocupa la atención de la Sala, se hace una interpretación de conformidad con los principios que orientan el recurso de apelación, se debe concluir que al establecerse la sustentación obligatoria del recurso, so pena de la deserción del mismo, se busca facilitar la tarea del juzgador, al saber más de cerca el inconformismo del apelante...” (Resaltado fuera de texto).

- 1. El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.*
- 2. Si el recurso fue sustentado oportunamente y reúne los demás requisitos legales, se concederá mediante auto en el que se dispondrá remitir el expediente al superior, quien decidirá de plano si no se hubiese pedido la práctica de pruebas. Si las partes pidieron pruebas, el superior decidirá si se decretan según lo previsto en este Código.*
- 3. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión.*
- 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. En las mismas oportunidades concedidas a las partes para alegar podrá el Ministerio Público presentar el concepto si a bien lo tiene.*
- 5. En la audiencia de alegaciones y juzgamiento se aplicarán las mismas reglas establecidas para esa audiencia en primera instancia.*
- 6. En la sentencia se ordenará devolver el expediente al juez de primera instancia para su obediencia y cumplimiento.”*

5.5. De caso en concreto

Decantado lo anterior, al revisar los argumentos expuestos con el escrito de impugnación, se advierte que el apoderado de la parte actora, cuestiona que la a-quo liquidó de manera errada lo ordenado en sentencia proferida dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, al inferir que en la misma **se hizo el descuento en salud sobre cada mesada** “como si se hubiese cancelado oportunamente cada mes”.

Aunado a ello, afirmó que **ese descuento en salud** no se podía hacer efectivo por cuanto se efectuó “acumulado y por una sola vez tal como consta en la resolución que dio cumplimiento del fallo.”

Al revisar la providencia impugnada, es decir, el auto del 23 de noviembre de 2017¹³, esta Sala advierte que la a-quo, en primer término, hizo referencia a los valores correspondientes a la pensión inicialmente reconocida, y a ellas aplicó el reajuste del IPC de cada año, desde 1998 al 2017 así:

<i>Año</i>	<i>Variación IPC del año</i>	<i>Monto de pensión</i>
1998	16,70%	\$878.747,00
1999	9,23%	\$1.025.497,75
2000	8,75%	\$1.120.151,19
2001	7,65%	\$1.218.164,42
2002	6,99%	\$1.311.354,00
2003	6,49%	\$1.403.017,64
2004	5,50%	\$1.494.073,49
2005	4,85%	\$1.576.247,53
2006	4,48%	\$1.652.695,54
2007	5,69%	\$1.726.736,30
2008	7,67%	\$1.824.987,59
2009	2,00%	\$1.964.964,14
2010	3,17%	\$2.004.263,42
2011	3,73%	\$2.067.798,57
2012	2,44%	\$2.144.927,46
2013	1,94%	\$2.197.263,69
2014	3,66%	\$2.239.890,60
2015	6,77%	\$2.321.870,60
2016	5,75%	\$2.479.061,24
2017		\$2.621.607,26

Que al momento de hacer la reliquidación con la inclusión de factores salariales tales como asignación básica, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de

¹³ Visible a folio 54-57 del expediente.

navidad devengados durante el último año de prestación de servicios, comprendido entre el 31 de diciembre de 2007 y 31 de diciembre de 2008 según la liquidación de la entidad demandada y la contenida en la demanda se arrojaron los siguientes valores:

<i>Factor Salarial</i>	<i>valor</i>
<i>Asignación básica</i>	\$2.140.766
<i>Prima de alimentación</i>	\$ 450
<i>Prima de vacaciones</i>	\$ 89.217
<i>prima de navidad</i>	\$ 185.896
<i>base de liquidación</i>	\$2.416.302
<i>valor mesada 75%</i>	\$ 1.812.227

Que para el año 2008 el valor resultante de esa reliquidación sería de \$1.812.227 conforme lo ordenado en sentencia, no obstante resultaba menor que lo ya recibido por el demandante de acuerdo al reajuste de ley para esa misma anualidad, la cual ascendía a \$1'824.987,59.

Por último, indicó que dicha variación resultaría desfavorable en la medida en que los valores devengados con posterioridad al 2008 serían menores que lo efectivamente percibido por el actor, argumento sustentado con la siguiente liquidación:

<i>Año</i>	<i>Variación IPC del año</i>	<i>Monto de la Pensión</i>	<i>Pensión según fallo desde 2008</i>
1998	16,70%	\$878,747,00	
1999	9,23%	\$1,025,497,75	
2000	8,75%	\$1,120,151,19	
2001	7,65%	\$1,218,164,42	
2002	6,99%	\$1,311,354,00	
2003	6,49%	\$1,403,017,64	
2004	5,50%	\$1,494,073,49	
2005	4,85%	\$1,576,247,53	
2006	4,48%	\$1,652,695,54	
2007	5,69%	\$1,726,736,30	
2008	7,67%	\$1,824,987,59	\$1,812,227,00
2009	2,00%	\$1,964,964,14	\$1,951,224,81
2010	3,17%	\$2,004,263,42	\$1,990,249,31
2011	3,73%	\$2,067,798,57	\$2,053,340,21
2012	2,44%	2,144,927,46	\$2,129,929,80
2013	1,94%	\$2,197,263,69	\$2,181,900,09
2014	3,66%	\$2,239,890,60	\$2,224,228,95
2015	6,77%	\$2,321,870,60	\$2,305,635,73
2016	5,75%	\$2,479,061,24	\$2,461,727,27
2017		\$2,621,607,26	\$2,603,276,58

Así entonces, resulta palmario que los argumentos expuestos en el recurso de alzada no guardan relación alguna con la providencia que se impugna por las siguientes razones:

- i.) El Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de Tunja mediante Resolución No. 00494 de 2016¹⁴ de fecha 17 de mayo de 2016, **no ordenó descuentos en salud**, toda vez que al momento de dar cumplimiento del fallo judicial advirtió que no existía diferencia entre el valor de la mesada pagada y el valor de la mesada reconocida en los términos indicados en la sentencia.
- ii.) Que, por el contrario no era posible generar pago alguno en favor de la demandante "dado que la mesada de la Pensión de Jubilación en nómina es superior a la mesada de la RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN FALLO CONTENCIOSO" y, en consecuencia, solo reconoció costas y agencias en derecho.
- iii.) La Jueza A-quo, en la providencia objeto de impugnación, al revisar si existían valores pendientes de pago en los términos de la sentencia ejecutada, confrontada ella con lo dispuesto en el acto administrativo de cumplimiento, arribó a la igual conclusión que la entidad demandada, **pero no hizo descuento alguno por salud ni antes, ni después de calcular la pensión mensual.**
- iv.) En efecto, luego de indexar las mesadas pensionales año a año, advirtió que para el 2008 el saldo pagado a la demandante era mayor que los valores arrojados con la reliquidación, por tanto, no había lugar a indexar diferencias mes a mes, **como tampoco realizar deducciones a salud**, contrario a lo afirmado por la parte recurrente.
- v.) Otro aspecto que deja ver con mayor claridad la incoherencia del recurso de apelación, es la afirmación del apelante quien señala "...Otra circunstancia que

¹⁴ Resolución No. 00494 de 2016 "por medio de la cual se da cumplimiento al fallo judicial proferido dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el número 2014-0003300 proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, confirmado por el Tribunal Administrativo de Boyacá Sala de Decisión No. 04, a favor de la señora MAGDA FABIOLA MOJICA DE CRUZ, identificada con cédula de ciudadanía número 23.268.907 de Tunja (fol. 34-37 del expediente.)

demuestra el error cometido por el Despacho en la liquidación, lo es que al momento de efectuar la liquidación de las mesadas atrasadas lo hizo desde el 09 de mayo de 2005 (efectividad) hasta el 31 de mayo de 2011 (fecha de ejecutoria de la sentencia), quedando sin liquidar las mesadas causadas y no pagadas desde el 1 de junio de 2011 hasta la fecha del pago por nómina que fue en febrero de 2013". (Resaltado fuera de texto)

- Tal afirmación es ajena a la providencia apelada, puesto que la liquidación elaborada por el juzgado se realizó **a partir de 1998**, año en el cual se hizo efectiva la pensión de vejez de la señora Magda Fabiola Mojica de Cruz¹⁵ y la reliquidación se hizo efectiva **a partir del 17 de septiembre de 2010** en razón al fenómeno de la prescripción¹⁶. Adicionalmente, la fecha de ejecutoria de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Tunja fue el **06 de agosto de 2015**¹⁷ y no la fecha indicada por el apelante.

En las condiciones señaladas anteriormente, carece esta instancia de objeto frente al cual pueda pronunciarse en relación con el auto proferido el 23 de noviembre de 2017, toda vez que la parte apelante **no cuestionó, no criticó, no censuró las motivaciones de la providencia que recurrió.**

Por lo expuesto, se **confirmará** la providencia por medio del cual se negó mandamiento de pago.

- **Costas:**

La apelación de autos en la segunda instancia impone una decisión de plano, en consecuencia, no hay lugar a desarrollos probatorios que puedan implicar gastos procesales y, tampoco hay lugar a intervención de la parte contraria que dé lugar a agencias en derecho.

Por lo expuesto, se **RESUELVE:**

1. **Dejar sin efecto** el auto de 14 de diciembre de 2017 por el cual el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Tunja resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el

¹⁵ Según resolución No. 0321 de 10 de mayo de 1999 visible a folio 7-8 del expediente.

¹⁶ Según la Resolución No. 00494 de 17 de mayo de 2016 visible a folio 35-37 del expediente.

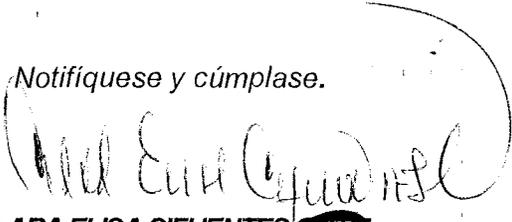
¹⁷ Según se observa en constancia de secretaría visible a folio 29 Fo.

auto de 23 de noviembre de 2017 mediante el cual se negó el mandamiento de pago solicitado por la señora Magda Fabiola Mojica de Cruz contra el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2. **Confirmar** el auto proferido el 23 de noviembre de 2017 por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja mediante el cual se negó el mandamiento de pago solicitado por la señora Magda Fabiola Mojica de Cruz contra el Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
3. Sin costas en esta instancia.
4. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

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

Notifíquese y cúmplase.


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Medio de Control: Ejecutivo
Demandante: Magda Fabiola Mojica de Cruz
Demandado: Ministerio de Educación Nacional - FNPSM
Radicación: 15001 333 010 2017 00088 01

 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto que antecede, de fecha _____ se notificó por Estado Electrónico Nro. _____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____ siendo las 8:00 A.M.
_____ Claudia Lucia Rincón Arango Secretaría



Tribunal Administrativo de Arequipa

Sala de Decisión N.º 3

Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Cortés

Tunja, ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Demandante: **Dely Barón Sánchez**
Demandado: DIAN
Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por el apoderado de la **parte demandante** (fl. 488 a 496) contra la sentencia de primera instancia proferida el **07 de abril de 2017** (fl. 471 a 484), por el Juzgado Once Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se declaró probada la **excepción de caducidad** respecto de una liquidación oficial de revisión y se negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda. (fl. 2 a 19). En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, Dely Barón Sánchez solicitó:

"1.1. Se decrete la operancia del Silencio Administrativo Positivo, respecto del Recurso de Reconsideración interpuesto el día 29 de Julio de 2013 contra la Liquidación Oficial de Revisión N° 202412013000005 que modificó la Liquidación Privada presentada por el año gravable de 2005, notificada el día 8 de febrero de 2013, por cuanto el Auto N° 002 de Septiembre 18 de 2013 que falló el Recurso de Reposición interpuesto contra el Auto inadmisorio y que confirmó la Inadmisión del recurso, no se notificó en debida forma y por lo tanto debe fallarse a favor de la actora el citado recurso." (fl. 3)

Como pretensiones subsidiarias, formuló la nulidad i) del auto N° 20201201300000 de 22 de agosto de 2013 mediante el cual, se inadmitió el recurso de reconsideración presentado contra la Liquidación Oficial de Revisión N° 202412013000005 que modificó la liquidación privada presentada por el año gravable 2005; y ii) del auto N° 002 de Septiembre 18 de 2013, mediante el cual se confirmó el auto inadmisorio del recurso de reconsideración N° 202012013000002 de 22 de agosto de 2013 presentado contra la Liquidación Oficial de Revisión N° 202412013000005.

Y, como consecuencia de lo anterior, pidió:

"1.4. (...) se falle de fondo el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Liquidación Oficial de Revisión N° 202412013000005 de Febrero 8 de 2013 que modificó la Liquidación presentada por el año gravable 2005.

1.5. A título de restablecimiento del derecho se determine la firmeza de la Liquidación Privada presentada por el año gravable de 2005 y que fuera modificada irregularmente por medio de la Liquidación Oficial de Revisión N° 202412013000005 de febrero 8 de 2013. Recurso de Reconsideración interpuesto el día 29 de Julio de 2013." (Fl. 3)

*En el título de fundamentos fácticos, adujo que la DIAN profirió requerimiento especial mediante el cual, proponía modificar la liquidación privada por el año gravable **2005**, así como Liquidación Oficial de Revisión. Que estos actos fueron notificados de forma irregular, pues se enviaron las comunicaciones al apoderado constituido para atender el proceso sancionatorio por la omisión de las declaraciones de renta de ese año, y no, a la dirección de la contribuyente.*

*Que la demandante, tuvo conocimiento de la liquidación oficial hasta el **22 de mayo de 2013** a través del Juzgado Tercero de Familia. Por ello, consideró que la notificación se llevó a cabo por conducta concluyente.*

Así entonces, que una vez enterada, interpuso recurso de reconsideración contra la liquidación oficial de revisión, pero fue inadmitido por extemporáneo.

Se lee, que contra esta decisión presentó reposición, pero fue confirmada mediante acto también notificado de forma irregular mediante edicto, comoquiera que, según su dicho, nunca recibió las citaciones.

Que, el auto que inadmitió el recurso de reconsideración y el que lo confirmó, no fue publicado en el portal WEB de la DIAN, según el artículo 568 del E.T., y por lo tanto, entiende que la decisión no está ejecutoriada.

Y finalmente, dijo que había solicitado se declarara operado el silencio administrativo positivo, pero que la DIAN, mediante Resolución N° 560 de 13 de noviembre de 2014, la negó.

Por lo expuesto, en el concepto de violación, señaló que la demandada desconoció el procedimiento tributario en relación con la notificación de los actos administrativos y en esta medida, violó el derecho al debido proceso.

Demandante: **Dely Barón Sánchez**
Demandado: DIAN
Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Que, el Jefe de la División de Gestión Jurídica de la DIAN Tunja no tuvo en cuenta el concepto 0707057387 de 27 de julio de 2007 expedido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la DIAN, según el cual no existe posibilidad de notificar a una dirección diferente de la informada en el RUT, ni tampoco notificar varias veces o a direcciones distintas cuando se está obligado a cumplir con esa inscripción, dado que el RUT es la única herramienta para obtener la información relativa a la ubicación de los sujetos contralados por la administración tributaria. Que por lo anterior, se violó el artículo **264 de la Ley 223 de 1995**.

Por otra parte, indicó que la DIAN al negar mediante la Resolución N° 560 de 2014 el silencio administrativo positivo, incurrió en una vía de hecho pues, omitió pronunciarse "sobre la forma de notificación de los Autos confirmatorios de los inadmisorios de los recursos de reconsideración que fueron peticionados para esclarecer la situación real del contribuyente frente a la existencia del títulos (Sic) ejecutoriados y en firme cuyas decisiones no fueron notificadas en debida forma y como tales no se encontraban ejecutoriadas desconociendo el precedente jurisprudencial." (fl. 15).

Concluyó que, la actuación de la DIAN desconoció la seguridad jurídica por la inaplicación de los conceptos oficiales.

1.2. Contestación de la demanda (fl. 90 a 98). Dentro del término legal, la DIAN se opuso a todas las pretensiones de la demanda.

Consideró que el apoderado de la parte demandante no tiene claro las clases de notificaciones que se surten en el proceso tributario, entre las cuales se encuentran la notificación personal, por correo, aviso y por edicto.

Que la notificación del auto que confirma la inadmisión del recurso de reconsideración está regulada en el artículo 728 del E.T., según el cual, esta debe ser personal o por edicto. Esta última, según su criterio, procede si el contribuyente no comparece dentro de los diez (10) días siguientes a la introducción al correo de la citación.

Que en el presente caso, la DIAN, envió citación para la notificación personal de la señora Dely Barón Sánchez el día 24 de septiembre de 2013, a la carrera 14 N° 18-61, apartamento 403 B. Como no se hizo presente, la entidad la notificó por edicto 120235-068, publicado por diez (10) días desde el 8 de octubre de 2013 hasta el 22 del mismo mes y año.

Iguals argumentos adujo en relación con la notificación del auto N° 002 de 18 de septiembre de 2013.

Que por lo anterior, no se vulneró el derecho de defensa o contradicción de la demandante.

Respecto al procedimiento para la liquidación oficial de revisión por el año gravable 2005, dijo que i) el Requerimiento Especial N° 202382012000022 se notificó al apoderado especial de la ahora demandante, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2° del artículo 565 del E.T.; ii) la Liquidación Oficial de Revisión 202412013000005 de febrero 7 de 2013, también se notificó a la dirección del apoderado de la contribuyente. Que, la comunicación fue recibida según la constancia de SERVIENTREGA; y iii) la demandante no presentó recurso de reconsideración contra la referida decisión, y que por tal motivo, adquirió firmeza.

Que como el apoderado de la contribuyente no interpuso el recurso de dentro del término oportuno, pretende revivir los términos, manifestando que se enteró por medio de un Juzgado de Familia.

Según su criterio, en los eventos en que no se está de acuerdo con la administración, lo procedente es una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, que debe cumplir con los términos de caducidad contemplados en el artículo 164 del CPACA, y no es acertado acudir en estos casos al silencio administrativo positivo, en tanto existe un acto material que aqotó el procedimiento en sede administrativa.

Propuso como excepciones, las siguientes (fl. 95 vto. a 97 vto.):

- ✓ **Inepta demanda:** La actora, no demandó la Resolución 560 de 7 de noviembre de 2014 por medio de la cual, la DIAN negó el silencio administrativo positivo, ni la Liquidación Oficial de Revisión 202412013000005 de 7 de febrero de 2013.
- ✓ **Presunción de legalidad de los actos que consolidaron la actuación administrativa respecto a la obligación de la contribuyente Dely Barón Sánchez por concepto de renta 2005, teniendo en cuenta que no han sido demandados ante la jurisdicción contenciosa administrativa:** reiteró los argumentos presentados para fundamentar la defensa. Dijo que al omitir demandar en forma oportuna la Liquidación Oficial de Revisión 202412013000005 de 7 de febrero de 2013, adquirió firmeza y constituye un título ejecutivo.

Demandante: **Dely Barón Sánchez**
Demandado: DIAN
Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

✓ **Excepción genérica.**

1.3. Audiencia inicial: En la audiencia inicial llevada a cabo el 25 de noviembre de 2015, el a-quo declaró probada la excepción de inepta demanda y dio por terminado el proceso (CD. fl. 298) porque se omitió demandar la Resolución 560 de 7 de noviembre de 2014 por medio de la cual la DIAN negó el silencio administrativo positivo y la liquidación oficial de revisión 202412013000005 de 7 de febrero de 2013.

Este Tribunal mediante auto de 11 de febrero de 2016 revocó esta decisión, y en su lugar, ordenó reanudar la audiencia inicial en la sub-etapa del saneamiento del proceso, para incorporar expresamente como actos demandados la Resolución 560 de 7 de noviembre de 2014 y la liquidación oficial de revisión 202412013000005 de 7 de febrero de 2013 (fl. 302 a 319).

En tal virtud, esta decisión fue cumplida en la audiencia llevada a cabo el 1 de abril de 2016 (CD. fl. 331).

1.3.1. De la contestación de la demanda en relación con los actos administrativos incorporados (fl. 347 a 356): La DIAN reiteró los argumentos propuestos en la contestación inicial.

No obstante, propuso la excepción de caducidad por considerar:

- ✓ Que la Resolución N° 560 de 7 de noviembre de 2014 es el acto con el que se finalizó en sede administrativa la solicitud de silencio administrativo positivo.

Según se lee, esta decisión, fue notificada el 13 de noviembre de 2014 e incorporada al presente proceso mediante orden del Tribunal Administrativo de Boyacá de 11 de febrero de 2016.

- ✓ La Liquidación Oficial de Revisión N° 202412013000005 de 7 de febrero de 2013, fue notificada el 8 de febrero de 2013. Sin embargo, también se incorporó como demandado hasta el 11 de febrero de 2016.

Así concluyó, que en ambos casos, se superó el término de cuatro (4) meses para acudir a la jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164 del CPACA.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 471 a 484)

El Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante sentencia proferida el 7 de abril de 2017, declaró probada la excepción de caducidad, únicamente respecto de la Liquidación Oficial de Revisión, y negó las demás pretensiones de la demanda.

Contrajo el problema jurídico a determinar la legalidad de los actos administrativos demandados por indebida notificación.

Se refirió a la violación del debido proceso en sede administrativa, a las generalidades del impuesto a la renta, a la integralidad del proceso de determinación del impuesto de renta y a la imposición de sanciones.

De otra parte, abordó el estudio de los requisitos del recurso de reconsideración, y dijo que para que sea admitido, es necesario que cumpla con lo dispuesto en el artículo 722 del E.T., y que, ante su inadmisión procede el recurso de reconsideración.

Señaló que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la notificación de las decisiones oficiales es un elemento esencial del derecho al debido proceso.

Que, según el artículo 565 del E.T., la liquidación oficial debe notificarse por correo o personalmente.

Destacó que en el artículo 564 del E.T. se establece que también puede ser válida la notificación efectuada a la dirección procesal, si durante el proceso de determinación y discusión del tributo, el contribuyente señala expresamente una dirección para que se le notifiquen los actos correspondientes.

A continuación, se refirió a la notificación personal y a su concepto.

Al descender al caso en concreto, transcribió las pruebas aportadas. Concluyó que el apoderado de la contribuyente contaba con poder suficiente para actuar dentro del proceso de determinación de la obligación de declarar renta, y que en tal sentido "la administración tributaria no podía limitar el poder conferido, cuando en su tenor literal se expresa que se autoriza al abogado para representar sus intereses en todos los procesos de determinación de la referida obligación sustancial" (fl. 480 vto.).

Demandante: **Dely Barón Sánchez**
Demandado: DIAN
Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Que, comoquiera que al abogado Rafael Eduardo Gutiérrez le fue reconocida personería, en virtud del parágrafo 2º del artículo 565 la notificación debía surtirse en la última dirección que había registrado en el RUT, es decir carrera 12 N° 2 A -54 de Tunja. Que, aunque la facultad para notificarse de los actos administrativos no fue conferida de forma expresa en el poder, se otorgó mandato para todas las actuaciones necesarias, "máxime si se tiene en cuenta que en la respuesta al emplazamiento por medio de la cual anexó poder, se refiere que "**Para efectos del proceso informo como dirección la carrera 12 N° 2ª -54 de la ciudad de Tunja**" (fl. 21 anexo 1), presupuesto éste, que obliga a la Dirección Seccional a tenerla como dirección procesal en los términos del artículo 564 del E.T (...) " (Resaltado del texto original) (Fl. 481).

En relación con la forma de notificación, expresó que no es posible acoger la postura propuesta por la parte demandante, porque el auto confirmatorio de la inadmisión del recurso no podía notificarse por conducto del artículo 568 del E.T., comoquiera que esta norma solo es aplicable a los actos administrativos enviados por correo, situación diferente a la notificación personal o por edicto.

Que por lo anterior, no evidencia violación al debido proceso.

Sobre la excepción de caducidad, explicó que la Resolución N° 560 de 7 de noviembre de 2014 por la cual se decidió la petición de silencio administrativo positivo, fue notificada el 13 de noviembre de 2014, y como la demanda se presentó el 12 de marzo de 2015, no se configuró la caducidad.

Que lo mismo no ocurre frente a la liquidación oficial, pues esta quedó en firme en el momento en que se notificó el auto que confirmó el inadmisorio del recurso de reconsideración el 22 de octubre de 2013, y para la fecha en que se presentó la demanda, ya habían transcurrido más de cuatro (4) meses.

III. RECURSO DE APELACION (fl. 488 a 496)

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte **demandante**, por medio de apoderado judicial, presentó recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

Dijo que los deberes tributarios de índole formal son el instrumento que le permite al fisco verificar el pago de los impuestos y contribuciones y determinar qué personas están obligadas y la cuantía, de tal forma, que incide en el control de la evasión y contrabando. En cambio, afirmó que la obligación sustancial hace referencia a tributar y pagar un impuesto.

Que los procesos de determinación del impuesto y sancionatorio son diferentes, pues aquel, tiene por objeto establecer el tributo que debe pagar el contribuyente, y este, busca castigar las infracciones a las normas tributarias.

Que lo anterior también se irriere de la orden marco N° 001 de 1999 expedida por la DIAN. Sobre el particular, agregó:

“En el Capítulo relativo al CONTROL DE GESTION numeral 8 GESTION POR OMISOS Y CORRECCIONES, establece que son metas o programas independientes, es decir, que así el proceso sea integral, cada uno de los Programas es independiente y corresponde a acciones diferentes que requieren la apertura y cierre de expedientes, con la notificación de la conclusión de acciones y/o las determinaciones adoptadas dentro del respectivo proceso¹. (Negrillas son mías)

Es de esta forma que concluyó el proceso sancionatorio, con la notificación de la resolución que aceptó la reducción de la sanción.

La iniciación de un nuevo proceso, como podrá determinarlo el Tribunal, obedeció a una nueva investigación enmarcada dentro del PROGRAMA DE CONTROL, abierto con número de expediente VR20052012000158 encaminado a la Fiscalización Tributaria, por la presunta inexactitud en la declaración presentado dentro el (Sic) de omiso (...)” (fl. 490) (Negrillas del texto original)

Que por esta razón, no se presentó continuidad en el mandato conferido por Dely Barón Sánchez en el proceso de liquidación oficial, pues este se otorgó para el trámite sancionatorio.

Entonces, aseveró que, como el abogado Rafael Eduardo Gutiérrez solo tenía poder para el proceso sancionatorio, los requerimientos surgidos en el nuevo proceso de determinación, debían notificarse directamente a la contribuyente en la dirección informada en el RUT.

Según la apelante, la sentencia C-1201 de 2003, hace referencia al establecimiento de la obligación tributaria de manera solidaria respecto a las sociedades, por lo tanto, no es aplicable al presente asunto.

Que el a-quo se limitó a la transcripción de algunas normas del E.T. que regulan las notificaciones, pero no desplegó una actividad proactiva para establecer bajo el principio de la sana crítica, la legalidad de las notificaciones. Que efecto, no se

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTECIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTE
Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ Bogotá, D.C., nueve (9) de noviembre de dos mil uno (2001)
Radicación número: 08001-23-31-000-1996-1676-01(12315). Actor: ALFONSO MARIA MEZA HOLGUIN.

pronunció sobre la indebida notificación del auto inadmisorio del recurso de reconsideración.

Asimismo, se lee en el recurso:

“De otra parte, el haber notificado la citación a la dirección de la contribuyente, y que esta sin mediar responsabilidad, no la haya recibido, hizo procedente que, al notificar indebidamente la devolución de la citación de comparecencia -operara el silencio administrativo positivo-, pues no se le atribuye a la parte actora responsabilidad por el indebido procedimiento de notificación cumplido por la administración.

*Igualmente debe traerse a referencia que la actora solicitó la operancia del silencio administrativo positivo, toda vez que los procedimientos de notificación de los Autos Inadmisorios que aparentemente confirmaban el rechazo de los recursos de reconsideración, en primer término, no agotaron la vía administrativa por las deficiencias que fueron observadas y puestas de manifiesto en el libelo de demanda, y en segundo término porque la notificación realizada a través de la página WEB de la entidad, al ser irregular no agotó la vía administrativa, pues toda irregularidad procesal viene centrada en el respeto y acatamiento de los términos que la DIAN, debió observar, **al momento de disponer la publicación en el Portal Web de la DIAN DEL Edicto y no de la citación como lo ordena el artículo 58 del Decreto Ley 19 de Enero 19 de 2012** y proceder posteriormente a la notificación por Edicto tal como lo autoriza el artículo 568 del Estatuto Tributario, que en sí protocolizaba el acto de notificación dándole publicidad y oponibilidad – no a la citación- sino a la determinación contenida en los autos confirmatorios del rechazo de los recursos que origina que los Actos Administrativos de Determinación de Impuestos no hayan adquirido la ejecutoriedad que se predica de las Liquidaciones Oficiales de Impuestos y que mucho menos, la caducidad del medio de control incoado.” (Resaltado del texto original) (fl. 493).*

Además, consideró que el a-quo no tuvo en cuenta el precedente citado en la demanda, en especial, las siguientes sentencias:

- (15294) Ocho (8) de noviembre de dos mil siete (2007) Sección Cuarta Consejera Ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ;
- 2012-00238-01(AC) veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012) Sección Segunda Subsección A Consejero Ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN;
- (16919) quince (15) de julio de dos mil diez (2010) Sala de lo Contencioso Administrativo Consejero Ponente: HUGO FERENTADO BASTIDAS BÁRCENAS
- (16604) diecisiete (17) de junio de dos mil diez (2010) Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera Ponente: CARMEN TERESA ORTIZ RODRÍGUEZ” (fl. 495). (fl. 495)

Asimismo, indicó que la Juez de primera instancia tampoco se refirió a i) la planilla de correo que estaba encaminada a demostrar la indebida notificación de los autos

inadmisorios de la actora; ii) los conceptos de la DIAN; y iii) la orden marco N° 001 de 1999, que determina la independencia de los procesos que adelanta la DIAN.

También, atacó el fallo de primera instancia en relación con la caducidad, porque en su criterio, no procede cuando lo que se debate es la indebida notificación. Para fundamentar su dicho, citó el auto proferido el 28 de noviembre de 1997 en el proceso 8692 –sin más datos–.

Finalmente, sobre la condena en costas expresó que de conformidad con el artículo 365 del CGP, hasta tanto termine la instancia, el a-quo no puede liquidarlas.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

4.1. Admisión del recurso de apelación

Por auto de 20 de junio de 2017 (fl. 504), este Despacho resolvió admitir el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia.

4.2 Traslado alegatos de conclusión

En firme el auto que admitió el recurso de apelación, sin que se hubiese presentado solicitud alguna, el 18 de julio de 2017 se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presentaran sus alegatos de conclusión, vencido el cual, se ordenó correr traslado al Ministerio Público por diez (10) días para que presente concepto si a bien lo tiene (fl. 509).

4.2.1. Demandante (fl. 514 a 521): Reiteró los argumentos del recurso de apelación (fl. 526 a 535).

4.2.2. Demandado (fl. 511 a 513): Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

Agregó que, "teniendo en cuenta la no prosperidad de sus pretensiones, pues como se expresó en líneas anteriores la liquidación oficial de revisión 2022412013000005 de febrero 7 de 2013 se encontraba en firme, plantea un nuevo argumento como es la operancia de Silencio Administrativo Positivo respecto del recurso de reconsideración interpuesto el día 29 de julio de 2013 contra la liquidación oficial de revisión 202412013000005, por cuanto el

Demandante: **Dely Barón Sánchez**
Demandado: DIAN
Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

auto N° 002 de Septiembre 18 de 2013, confirmatorio del auto inadmisorio, según ella no se notificó en debida forma" (fl. 512)

Reiteró que está probado que las notificaciones se surtieron de acuerdo con el E.T.

4.2.3. Ministerio Público: No rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la **parte demandante** contra la sentencia proferida el 7 de abril de 2017 por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito de Tunja.

Los aspectos que motivan la apelación contra la sentencia se contraen, en síntesis, a determinar si i) el profesional del derecho Rafael Eduardo Gutiérrez Muñoz contaba con poder suficiente para representar a Dely Barón Sánchez en el proceso de determinación oficial de impuestos; ii) se notificó de forma indebida los actos administrativos demandados; iii) la a-quo omitió valorar pruebas y los precedentes judiciales.

Lo anterior, será el objeto de estudio en esta instancia, en atención a que el *ad-quem*, solo puede pronunciarse sobre los argumentos expuestos por el apelante según lo dispone el artículo 328 del CGP y en armonía con los principios de congruencia y de del derecho dispositivo².

5.1. De la diferencia entre el proceso de determinación oficial de impuestos y el de sanciones por no declarar

La DIAN, goza de amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar la correcta y oportuna determinación de los impuestos (Art. 684 E.T.).

La determinación oficial de impuestos tiene por objeto modificar la declaración privada cuando la Administración Tributaria establezca que ésta no es correcta. En contraste, los procesos sancionatorios buscan reprimir la infracción de las normas tributarias, así como prevenir que se incurra en éstas con posterioridad.

² Sobre el particular, se puede consultar la sentencia proferida el 18 de mayo de 2017, por la Subsección "C" de la Sección Tercera del Consejo de Estado, C.P. Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación número: 76001-23-31-000-1999-02529-01(35635). Actor: VISITACIÓN LONDOÑO Y OTROS. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD - SERVICIO SECCIONAL DE SALUD DEL CAUCA Y HOSPITAL LOCAL DE MIRANDA (CAUCA)

Ahora bien, el Estatuto Tributario estableció como sanción por no declarar la siguiente³:

"ARTÍCULO 643. La sanción por no declarar será equivalente:

1. En el caso de que la omisión se refiera a la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios, al veinte por ciento (20%) del valor de las consignaciones bancarias o ingresos brutos de quien persiste en su incumplimiento, que determine la Administración por el período al cual corresponda la declaración no presentada, o al veinte por ciento (20%) de los ingresos brutos que figuren en la última declaración de renta presentada, el que fuere superior.

2. En el caso de que la omisión se refiera a la declaración del impuesto sobre las ventas, al diez por ciento (10%) de las consignaciones bancarias o ingresos brutos de quien persiste en su incumplimiento, que determine la Administración por el período al cual corresponda la declaración no presentada, o al diez por ciento (10%) de los ingresos brutos que figuren en la última declaración de ventas presentada, el que fuere superior.

3. En el caso de que la omisión se refiera a la declaración de retenciones, al diez por ciento (10%) de los cheques girados o costos y gastos de quien persiste en su incumplimiento, que determine la Administración por el período al cual corresponda la declaración no presentada, o al ciento por ciento (100%) de las retenciones que figuren en la última declaración de retenciones presentada, el que fuere superior.

4. En el caso de que la omisión se refiera a la declaración del impuesto de timbre, la sanción por no declarar será equivalente a cinco (5) veces el valor del impuesto que ha debido pagarse.

PARAGRAFO 1o. Cuando la Administración de Impuestos disponga solamente de una de las bases para practicar las sanciones a que se refieren los numerales de este artículo, podrá aplicarla sobre dicha base sin necesidad de calcular las otras.

PARAGRAFO 2o. Si dentro del término para interponer el recurso contra la resolución que impone la sanción por no declarar, el contribuyente, responsable o agente retenedor, presenta la declaración, la sanción por no declarar se reducirá al diez por ciento (10%) del valor de la sanción inicialmente impuesta por la Administración, en cuyo caso, el contribuyente, responsable o agente retenedor, deberá liquidarla y pagarla al presentar la declaración tributaria. En todo caso, esta sanción no podrá ser inferior al valor de la sanción por extemporaneidad, liquidada de conformidad con lo previsto en el artículo 642."

Para imponer esta sanción se requiere, que la Administración compruebe que al contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, le asiste la obligación de presentar la declaración tributaria y mediante un **emplazamiento previo**, le pide que cumpla con la obligación en el término perentorio de un (1) mes, con la advertencia de las consecuencias legales en caso de persistir su omisión (Art. 715 E.T.).

³ Sin la reforma del artículo 284 de la Ley 1819 de 2016, en tanto para la fecha en que ocurrieron los hechos, no se encontraba vigente

Demandante: **Dely Barón Sánchez**
Demandado: DIAN
Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Vencido el anterior término, sin que se hubiere presentado la declaración respectiva, la DIAN debe proceder a aplicar la sanción prevista en el artículo 643 del E.T. (Art. 716 E.T.).

En contraste, para modificar la liquidación privada mediante la liquidación de revisión, el Estatuto Tributario contempla el siguiente procedimiento:

- ✓ La Administración enviará por una sola vez al contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, un requerimiento especial con todos los puntos que se proponga modificar, y con explicación de las razones en que se sustenta (Art. 703). En efecto, este requerimiento debe contener la cuantificación de los impuestos, anticipos, retenciones y sanciones que se pretenden adicionar a la liquidación privada (Art. 704).
- ✓ Dentro de los tres (3) meses siguientes, contados a partir de la fecha de notificación del requerimiento especial, el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, deberá formular por escrito sus objeciones, solicitar pruebas, subsanar las omisiones que permita la ley, solicitar a la Administración se alleguen al proceso documentos que reposen en sus archivos, así como la práctica de inspecciones tributarias, siempre y cuando tales solicitudes sean conducentes, caso en el cual, éstas deben ser atendidas (Art. 707).
- ✓ Dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vencimiento del término para dar respuesta al Requerimiento Especial, la Administración deberá notificar la liquidación de revisión, si hay mérito para ello (Art. 710)

En efecto, se infiere que este procedimiento dista del contemplado para la imposición de sanciones por no declarar renta. Lo anterior tiene razón de ser porque la finalidad, causa y las normas aplicables en uno y otro, no coinciden.

Contrario a lo alegado por la parte actora, a pesar de la diferencia de procedimientos, no es posible concluir que un apoderado no tenga facultades para actuar en varios de estos, comoquiera que las facultades conferidas en un poder, como una forma de mandato, **depende del acuerdo las partes**.

Así, el apoderado únicamente podrá actuar en los procesos que indique el acto de apoderamiento, y según las facultades otorgadas en este. De ello, depende su gestión profesional en el proceso administrativo.

Ahora bien, se dirá que el Capítulo relativo al Control de Gestión numeral 8 Gestión por Omisos y Correcciones de la Orden Marco 001 de 1999, citado por el apelante,

nada aporta al debate, en tanto, se refiere al cumplimiento de metas de los servidores públicos de la DIAN.

En efecto, se lee en la referida norma, lo siguiente:

“8. GESTIÓN POR OMISOS Y CORRECCIONES

Cada uno de estos conceptos tiene una meta independiente y su razón de ser está dada en el nivel de cubrimiento o cobertura de las acciones efectivas en un periodo de tiempo y sobre un número de contribuyentes, dependiendo del potencial de las Administraciones. Se contabiliza el número de declaraciones presentadas por omisos y las correcciones presentadas por contribuyentes inexactos, de acuerdo a lo reportado en los formatos 901, 902, 903 y 904, tanto para los programas de la División de Fiscalización Tributaria o Tributaria y Aduanera, como para los de la División de Liquidación.” (Fl. 273)

Se trata de una política para determinar la productiva de los empleados, situación que en modo alguno se identifica con el objeto de debate en este proceso.

5.2. De la forma de notificación en el proceso administrativo adelantado por la DIAN cuando se actúa por medio de apoderado

El artículo 565 del E.T., prevé:

“ARTICULO 565. FORMAS DE NOTIFICACIÓN DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS. <Artículo modificado por el artículo 45 de la Ley 1111 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los requerimientos, autos que ordenen inspecciones o verificaciones tributarias, emplazamientos, citaciones, resoluciones en que se impongan sanciones, liquidaciones oficiales y demás actuaciones administrativas, deben notificarse de manera electrónica, personalmente o a través de la red oficial de correos o de cualquier servicio de mensajería especializada debidamente autorizada por la autoridad competente.

Las providencias que decidan recursos se notificarán personalmente, o por edicto si el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no compareciere dentro del término de los diez (10) días siguientes, contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación. En este evento también procede la notificación electrónica.

<Inciso adicionado por el artículo 135 de la Ley 1607 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El edicto de que trata el inciso anterior se fijará en lugar público del despacho respectivo por el término de diez (10) días y deberá contener la parte resolutive del respectivo acto administrativo.

PARÁGRAFO 1o. *La notificación por correo de las actuaciones de la administración, en materia tributaria, aduanera o cambiaria se practicará mediante entrega de una copia del acto correspondiente en la última dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante en el Registro Unico Tributario - RUT. En estos eventos también procederá la notificación electrónica.*

Demandante: **Dely Barón Sánchez**
Demandado: DIAN
Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Cuando el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no hubiere informado una dirección a la administración tributaria, la actuación administrativa correspondiente se podrá notificar a la que establezca la administración mediante verificación directa o mediante la utilización de guías telefónicas, directorios y en general de información oficial, comercial o bancaria. Cuando no haya sido posible establecer la dirección del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, por ninguno de los medios señalados, los actos de la administración le serán notificados por medio de publicación en un periódico de circulación nacional.

Cuando la notificación se efectúe a una dirección distinta a la informada en el Registro Único Tributario, RUT, habrá lugar a corregir el error dentro del término previsto para la notificación del acto.

PARÁGRAFO 2o. *Cuando durante los procesos que se adelanten ante la administración tributaria, el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, actúe a través de apoderado, la notificación se surtirá a la última dirección que dicho apoderado tenga registrada en el Registro Único Tributario, RUT.*

PARÁGRAFO 3o. *Las actuaciones y notificaciones que se realicen a través de los servicios informáticos electrónicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como certificadora digital cerrada serán gratuitos, en los términos de la Ley 527 de 1999 y sus disposiciones reglamentarias.*

De esta norma, se infiere que la notificación de los requerimientos y liquidaciones oficiales, **depende de si el contribuyente actúa directamente en el proceso administrativo, o a través de apoderado debidamente facultado**, pues en este último caso ésta, por regla general, debe surtirse en la dirección de notificaciones registrada en el RUT del apoderado, y a la administración, **no le asiste la obligación de enviar el correo al poderdante. Es decir, que la notificación al apoderado es excluyente.**

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 6 de septiembre de 2017 con ponencia del Consejero Doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez en el proceso radicado bajo el N° 17001-23-33-000-2013-00362-01 (21282) promovido por DCP Auditores y Revisores Fiscales S.A. contra la DIAN, al referirse a la norma traída en cita, dilucidó:

“Tratándose de la notificación por correo, que es la que interesa en el caso concreto, esta misma norma señala varias reglas, a saber⁴:

Cuando el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante ha informado dirección en el Registro Único Tributario – RUT⁵, la notificación

⁴ Parágrafos 1 y 2 del artículo 565 del ET.

⁵ Conforme con el artículo 555-2 del ET, creado por el artículo 19 de la Ley 863 de 2003, el “Registro Único Tributario, RUT, administrado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, constituye

Demandante: **Dely Barón Sánchez**

Demandado: DIAN

Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

por correo de los actos administrativos expedidos por la administración tributaria se debe surtir mediante entrega de una copia del acto correspondiente en la última dirección informada por estos en el RUT⁶.

Cuando el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no hubiere informado una dirección a la administración tributaria, la actuación administrativa correspondiente se podrá notificar a la que establezca la administración mediante verificación directa o mediante la utilización de guías telefónicas, directorios y en general de información oficial, comercial o bancaria.

Cuando el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, actúe a través de apoderado en el proceso que se adelante ante la administración tributaria, la notificación se surtirá a la última dirección que dicho apoderado tenga registrada en el Registro Único Tributario, RUT⁸.

Conforme con lo anterior, se infiere que si el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, en el curso de una actuación administrativa, actúa asistido por los servicios profesionales de un abogado y este tiene dirección registrada en el RUT, la notificación por correo del correspondiente acto administrativo se debe llevar a cabo en dicha dirección y de manera preferente respecto de la informada por su representado en el RUT. A menos, claro está, que se haya informado dirección procesal⁹, caso en el cual, esta prima sobre las demás¹⁰. (Subrayado fuera de texto original)

Para determinar si en este caso, la actora actuaba directamente o través de apoderado judicial y si se configuró una indebida notificación de la Liquidación Oficial de Revisión, analizará las siguientes pruebas documentales:

- ✓ Declaración de Renta y Complementarios por el año 2005, presentado por Dely Barón Sánchez, en el que se incluye como valor por sanciones novecientos quince mil pesos (\$915.000) (fl. 115 y 149).

el mecanismo único para identificar, ubicar y clasificar las personas y entidades que tengan la calidad de contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y no contribuyentes declarantes de ingresos y patrimonio: los responsables del Régimen Común y los pertenecientes al régimen simplificado; los agentes retenedores; los importadores, exportadores y demás usuarios aduaneros, y los demás sujetos de obligaciones administradas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, respecto de los cuales esta requiera su inscripción.

(...)"

⁶ Cfr. el parágrafo primero del artículo 565 del ET.

Ibidem.

⁸ Cfr. el parágrafo segundo del artículo 565 del ET.

⁹ "Artículo 564. Dirección procesal. Si durante el proceso de determinación y discusión del tributo, el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, señala expresamente una dirección para que se le notifiquen los actos correspondientes, la Administración deberá hacerlo a dicha dirección".

¹⁰ Esta Sala, mediante auto de 3 de agosto de 2016, radicado Nro. 05001 23 33 000 2014 02275 01 (22377), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez expuso que "el artículo 564 del Estatuto Tributario permite que el sujeto pasivo del tributo suministre de forma expresa una dirección para que se surtan las notificaciones de los actos proferidos en determinado procedimiento administrativo, la cual denomina la ley como dirección procesal y tendrá preferencia sobre cualquier otra dirección de notificación". En oportunidad anterior, mediante sentencia de 30 de abril de 2014, radicado Nro. 13001-23-31-000-2007-00251-01 (19553), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, afirmó que "la dirección que haya registrado el contribuyente en el RUT o en la actualización del mismo, solamente podría ser utilizada por la Administración en defecto de la dirección procesal, esto es, en aquellos casos en que no se hubiere informado dirección alguna dentro de la actuación administrativa correspondiente".

Demandante: **Dely Barón Sánchez**

Demandado: DIAN

Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

- ✓ Resolución Sanción por no declarar N° 202412010000027, por medio de la cual se impone una sanción de conformidad con el artículo 63 del E.T. y el anexo explicativo (fl. 116 a 126).
- ✓ Guía de correo para notificación de la Resolución Sanción (fl. 127).
- ✓ Resolución N° 202012010000002, por medio de la cual se acepta la solicitud de reducción de la sanción por no declarar, y anexo explicativo (fl. 128 a 135).
- ✓ Guía de Correo para notificar decisión de la administración (fl. 136)
- ✓ RUT de Dely Barón Sánchez (fl. 137)
- ✓ Plan de auditoría (fl. 139)
- ✓ Auto de apertura de investigación contra Dely Barón Sánchez (fl. 440).
- ✓ Poder especial otorgado por Dely Barón Sánchez al abogado Rafael Eduardo para que actuara en el proceso de determinación de la obligación (fl. 148).
- ✓ Informe de la acción de fiscalización (fl. 151 a 152)
- ✓ Requerimiento especial N° 202382012000022 para la modificación de la declaración de renta del año 2005 y anexo (fl. 155 a 161)
- ✓ Guía N° 1057635848 de Servientrega (fl. 163).
- ✓ Liquidación Oficial de Renta N° 202412013000005 (fl. 167 a 178)
- ✓ Guía correo Servientrega (fl. 180)
- ✓ Escrito de 22 de mayo de 2013 dirigido al Jefe de la División de Gestión de Liquidación de la DIAN Tunja suscrita por Dely Barón Sánchez, mediante la cual informa que no tuvo conocimiento de las liquidaciones oficiales (fl. 181).
- ✓ Oficio 202412013-068 de 28 de mayo de 2013 suscrito por la Jefe de División de Gestión de Liquidación de la DIAN, mediante el cual le informan a la ahora demandante que los actos fueron notificados a su apoderado (fl. 184)
- ✓ Recurso de reconsideración contra la Liquidación Oficial de Revisión (fl. 186 a 190)
- ✓ Auto inadmisorio del recurso de reconsideración (fl. 191 a 192)
- ✓ Recurso de reposición contra auto inadmisorio (fl. 194 a 198)
- ✓ Guía de correo de Servientrega (fl. 199)
- ✓ Edicto mediante el cual, se notificó la decisión que confirmó el auto inadmisorio del recurso de reconsideración (fl. 205)
- ✓ Citación para notificación (fl. 206)
- ✓ Auto confirmatorio del auto inadmisorio N° 002 de 18 de septiembre de 2013 (fl. 207 a 210)
- ✓ Solicitud de silencio administrativo positivo (fl. 215 a 216)

Demandante: **Dely Barón Sánchez**

Demandado: DIAN

Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

- ✓ Resolución N° 560 de 7 de noviembre de 2014, por la cual se decide la petición de silencio administrativo positivo (fl. 219 a 227)
- ✓ Recurso de reposición (fl. 243)
- ✓ Oficio N° 120201403-0445 de 28 de noviembre de 2014, mediante el cual la DIAN "contesta" el recurso de reposición (fl. 245 a 247).

Analizadas las pruebas en su conjunto, bajo las reglas de la sana crítica, concluye la Sala que la División de Fiscalización Tributaria de la DIAN Tunja, en desarrollo del programa "OMISOS INGRESOS POR INFORMACIÓN EXÓGENA" (fl. 117) en septiembre de 2008 inició investigación en contra de la contribuyente Dely Barón Sánchez por considerar que le asistía la obligación de declarar renta por el año gravable 2005.

Una vez emplazada la contribuyente de conformidad con el artículo 715 del E.T., y transcurrido el término otorgado sin que presentara la declaración de renta del año 2005, fue sancionada mediante la Resolución N° 202412010000027 (fl. 116 a 126).

Sin embargo, la señora Barón renunció a su derecho de interponer recurso de reconsideración, y presentó la declaración de renta con la sanción reducida. Por lo tanto, mediante Resolución N° 202012010000002 de 16 de septiembre de 2010, la DIAN aceptó la reducción (fl. 128 a 135).

En esta actuación, Dely Barón Sánchez, otorgó poder especial a Rafael Eduardo Gutiérrez Muñoz (fl. 148). En tal virtud, las notificaciones de las decisiones allí adoptadas fueron enviadas a la dirección del apoderado especial.

Con posterioridad, en abril del año 2014, la Gestión de Fiscalización de la DIAN, profirió auto de apertura en contra de la aquí demandante con el objeto de determinar oficialmente el impuesto por declaración de renta del año 2005 (fl. 140 y ss.).

En el informe de la acción de fiscalización, se indicó que las notificaciones en este proceso se debían realizar a la dirección del profesional del derecho Rafael Eduardo Gutiérrez Muñoz porque observó "que la contribuyente otorgó poder amplio y suficiente, con facultades para el examen de expedientes, solicitar y presentar pruebas, contestar emplazamientos, pliegos de cargos, requerimientos ordinarios y especiales, suscribir oficios aclaratorios, interponer y recibir recursos, sustituir, reasumir, transigir, desistir y en general adelantar y representar todas las actuaciones necesarias relacionadas con procesos de carácter tributario que cursen o puedan cursar en esta administración" (fl. 152 vto.).

Demandante: **Dely Barón Sánchez**
Demandado: DIAN
Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

En consecuencia, en el anexo del requerimiento especial para la modificación de la declaración de renta, se indicó que ese acto administrativo debía notificarse en la dirección informada en RUT del profesional del derecho (fl. 160 vto.).

En cumplimiento de lo anterior, la notificación se surtió a través de correo enviado a la Carrera 12 N° 2ª-54, recibido el 15 de mayo de 2012, tal como consta a folio 163.

Y, la liquidación oficial de revisión, también fue remitida a la misma dirección el 8 de febrero de 2013 (fl. 180).

No obstante, mediante oficio radicado en la DIAN Tunja, el 22 de mayo de ese mismo año, Dely Barón Sánchez manifestó no tener conocimiento de los referidos actos administrativos, así:

"De acuerdo al Oficio N° 120242448-1521 de fecha 2 de mayo proferido por la JEFF G.I.T de Gestión de Cobranzas, dirigido al Juzgado Tercero de Familia de Tunja, donde cursa el proceso de Liquidación de la Sociedad Conyugal de ARTURO IVAN DUARTE OSORIO (...) y DELY BARON SANCHEZ (...), da cuenta de la existencia de unas Liquidaciones Oficiales proferidas por esa División de Liquidación.

Como quiera que la suscrita no ha tenido conocimiento de la existencia de las presuntas Liquidaciones Oficiales ni a qué años gravables se refiere en la comunicación, comedidamente me permito solicitar que se me expida la copia o las copias de los actos administrativos a que hace referencia en la comunicación de la dependencia de Cobranzas. (...)" (fl. 181)

Respecto de esta manifestación, la DIAN contestó que la "circunstancia de no conocer usted los actos administrativos ya referidos, se sustrae a nuestro resorte, toda vez que los mismos fueron notificados en su oportunidad al Dr. RAFAEL EDUARDO GUTIERREZ MUÑOZ, a quien usted otorgó poder especial para atender todas las actuaciones tributarias relacionadas con los procesos de carácter tributario que cursen o puedan cursar en esta administración." (fl. 184).

A pesar de lo manifestado por la entidad, la ahora demandante presentó recurso de reconsideración contra la Liquidación Oficial de Revisión por el año gravable 2005, con fundamento en que se presentó una indebida notificación comoquiera que el señor Rafael Eduardo Gutiérrez no tenía poder para actuar (fl. 186 a 190). Este recurso fue inadmitido por extemporáneo.

Revisado el poder otorgado por Dely Barón Sánchez al referido profesional del derecho, concluye la Sala que sus facultades en modo alguno se limitaban al trámite

Demandante: **Dely Barón Sánchez**

Demandado: DIAN

Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

sancionatorio por la omisión de declarar renta por el año gravable 2005. En efecto, en el mismo se lee:

"Señores

**DIVISIÓN DE GESTIÓN DE FISCALIZACIÓN TRIBUTARIA
DIVISIÓN DE GESTIÓN DE LIQUIDACIÓN
ADMINISTRACIÓN LOCAL DE IMPUESTOS NACIONALES
CIUDAD**

DELY BARON SANCHEZ (...) obrando en mi propio nombre y representación ante ese despacho, manifiesto que por medio del presente escrito confiero poder especial al doctor **RAFAEL EDUARDO GUTIERREZ MUÑOZ**, abogado titulado, portador de la Tarjeta Profesional N° 152.909 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura (...), para que en mi nombre y representación actúe dentro de los procesos de determinación de las obligaciones formales sustanciales de la suscrita por todas las vigencia fiscales que determine la Administración tributaria.

El presente poder es amplio y suficiente, con facultades para el examen de expediente, solicitar y presentar pruebas, contestar emplazamientos, pliegos de cargos, requerimientos ordinarios y especiales, suscribir oficios aclaratorios, interponer y recibir recursos, sustituir, resumir, transigir, desistir y en general adelantar y representar mis intereses en todas las actuaciones necesarias relacionadas con los procesos de carácter tributario que cursen o puedan cursar en esa administración" (Resaltado fuera de texto original) (fl. 148)

De la lectura del texto traído en cita, se concluye que Rafael Eduardo Gutiérrez Muñoz estaba facultado para actuar como apoderado de Dely Barón en cualquier proceso de determinación de obligaciones tributarias que adelantara la División de Fiscalización Tributaria de Tunja y de Gestión de Liquidación, pues allí no se determinó la clase de trámite o el periodo gravable, al contrario es diáfana la intención de la poderdante de otorgarle facultades de representación para **cualquier asunto de carácter tributario**.

Para tal efecto, también precisó que ese poder no sólo estaba dirigido a los procesos que ya existían, sino los que "puedan cursar en esa administración", es decir para los que con posterioridad al otorgamiento del poder, adelantara la Administración Tributaria de Tunja.

Por otra parte, como la notificación es un acto mediante el cual se pone en conocimiento la existencia de una decisión así como su contenido, y constituye el requisito para contestar, solicitar pruebas e interponer recursos, deviene razonable, que el poder traído en cita, también fue conferido al profesional del derecho para notificarse de los actos administrativos, máxime cuando allí se aclaró que las facultades se referían a todas las necesarias para "adelantar y representar mis intereses en todas las actuaciones necesarias relacionadas con los procesos de carácter

Demandante: **Dely Barón Sánchez**
Demandado: DIAN
Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

tributario". Precisamente, el poder no fue restringido a ciertos actos, al contrario, incluyó todos.

Ahora bien, el Requerimiento Especial de Rentas N° 202382012000022 (fl. 155 a 161) y la Liquidación Oficial de Renta N° 20241201300000 (fl. 167 a 178) dentro del expediente VR 2005 2012 000158, fueron proferidos por la **DIAN-TUNJA, dependencias de Gestión de Fiscalización y Liquidación**, respecto de la declaración de renta presentada por Dely Sánchez Barón por el **año gravable 2005**.

Comoquiera que se trata de un trámite relacionado con la determinación oficial de un impuesto y la contribuyente había otorgado un poder a Rafael Eduardo Gutiérrez Muñoz para que la representara ante estas dependencias, era obligación de la DIAN enviar la notificación a la dirección física del apoderado consignada en su RUT, tal como lo hizo.

Es huérfano el expediente sobre medio de convicción alguno que permitiera inferir que el poder fue revocado o ya no se encontraba vigente.

Como corolario, no encuentra la Sala que la demandada notificara de forma irregular la Liquidación Oficial. Los argumentos de la alzada en este punto, no prosperan.

5.3. De la falta de valoración probatoria

Sostiene el apoderado de la parte actora que el juez de primera instancia no valoró las planillas de correo en relación con la notificación del auto inadmisorio del recurso de reconsideración y de la decisión que resolvió el recurso de reposición contra la inadmisión.

La motivación de las sentencias está instituida en el ordenamiento procesal¹¹ como el deber del juez de exponer las razones de su decisión, de acuerdo con los hechos, **las pruebas** y las normas jurídicas aplicables al caso, con el objeto de garantizar el contenido mínimo del derecho al debido proceso y limitar los poderes de quien administra justicia.

¹¹ Código General del Proceso. Artículo. 42. Son deberes del juez:
(...)

7. Motivar la sentencia y las demás providencias, salvo los autos de mero trámite.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 187. La sentencia tiene que ser motivada. (...)
La sustentación de las providencias deberá también tener en cuenta lo previsto en el artículo 7 sobre doctrina probable.

La justificación, interna y externa de la sentencia está vinculada de forma inescindible con las pruebas del supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que las partes persiguen. Así, el juez para arribar a la conclusión que le permite resolver el conflicto, debe fundarse en los elementos de convicción existentes en el proceso.

De ahí que las pruebas deban ser apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (Art. 176 CGP) y en la sentencia se exija hacer un análisis crítico de las mismas. La pacífica jurisprudencia¹² del máximo órgano de cierre en materia constitucional, ha considerado que la omisión en la valoración del acervo probatorio para efectos de fundamentar la decisión respectiva, configura un defecto fáctico que vulnera los derechos fundamentales de las partes, siempre y cuando, de haberse realizado su análisis, el asunto jurídico debatido hubiese variado sustancialmente.

Todo ello, sin desconocer los principios de autonomía e independencia judicial (Art. 228 y 230 Constitución Política), que le permiten al juez gozar de cierta discrecionalidad para apreciar las pruebas y el derecho discutido, dentro de los límites de la legalidad.

En el sub-lite, se observa que la Juez de primera instancia valoró en conjunto las pruebas y tuvo en cuenta las planillas de correo para concluir, que si bien se había devuelto la comunicación, la notificación por edicto se surtió de forma correcta.

A continuación la Sala, estudiará las pruebas que obran en el expediente para determinar si esa conclusión es acertada, atendiendo a las inconformidades expuestas en el recurso de apelación.

5.4. De la indebida notificación del auto inadmisorio del recurso de reconsideración

En el sub-lite, considera el demandante en el recurso de alzada, que el a-quo no tuvo en cuenta que para la notificación del auto inadmisorio del recurso de reconsideración, se debía publicar en el portal web de la DIAN la citación, de acuerdo como lo dispone el artículo 569 del E.T.¹³.

¹² Ver entre otras, las sentencia T-902 de 2005 con ponencia del doctor Marco Gerardo Monroy Cabra y SU-424 de 2012, Magistrado Ponente, doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹³ Se lee en el recurso:

"El juez de primera instancia, no se pronunció sobre la indebida notificación del auto inadmisorio del recurso de reconsideración, ya que la administración tributaria trastocó el procedimiento tergiversando la publicación del edicto pues previamente se debía publicar la citación en el PORTAL WEB de la DIAN, tal como lo dispuso el artículo 569 del Estatuto Tributario (modificado por el

Sobre la notificación de los recursos, es imprescindible distinguir el procedimiento del que se trata.

El artículo 565 del Estatuto Tributario, contempló que las providencias que decidan recursos contra decisiones de la administración –la norma no indica cuáles-, se deben **notificar personalmente**, es decir, la practicada por un funcionario de la Administración, en el domicilio del interesado, o con su presencia en la oficina de impuestos respectiva (Art. 569 E.T.).

Si transcurridos diez (10) días contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación, sin que el interesado se presente a notificarse personalmente, ésta se debe realizar por **edicto** que “se fijará en un lugar público del despacho respectivo por el término de diez (10) días y deberá contener la parte resolutive del respectivo acto administrativo”¹⁴

La notificación personal es de **carácter principal**, y solo en el evento en que no se pueda practicar, procede la notificación por edicto, la cual, por lo tanto, es **supletoria**.

Así, la Administración Tributaria no puede elegir cuál de las dos practicar, pues debe sujetarse de forma estricta a lo dispuesto por la ley, en consideración a que se encuentra involucrado el principio de publicidad de los actos administrativos que le permite a los administrados conocer las decisiones que los afectan y de esta forma, se garantiza el derecho constitucional a la defensa.

Ahora bien, el artículo 728 del E.T., regula en similar sentido la notificación de la providencia que **resuelve el recurso de reposición contra el auto que inadmite el de reconsideración**, pues indica que esta es personal o por edicto.

En el evento que el correo sea devuelto porque la dirección no existe, el contribuyente no haya informado su dirección y la DIAN no pueda determinar el domicilio del contribuyente para enviar la comunicación, debe realizar una publicación en el portal web de la entidad tal como lo dispone el artículo 563 del E.T.

artículo 58 del Decreto Ley 019 de 2012) y lo ratifico la DIAN mediante Memorando N° 021 del 17 de enero de 2012. (con ocasión de esa modificación hecha por el artículo 58), al instituir a las diferentes dependencias sobre la forma como se debía surtir la notificación personal previa citación al contribuyente en el evento que esta fuera devuelta por correo” (fl. 492 a 493)

¹⁴ Último inciso del artículo 565 del E.T.

Demandante: **Dely Barón Sánchez**

Demandado: DIAN

Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

ARTICULO 563. DIRECCIÓN PARA NOTIFICACIONES. <Artículo modificado por el artículo 59 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> La notificación de las actuaciones de la Administración Tributaria deberá efectuarse a la dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, en su última declaración de renta o de ingresos y patrimonio, según el caso, o mediante formato oficial de cambio de dirección; la antigua dirección continuará siendo válida durante los tres (3) meses siguientes, sin perjuicio de la validez de la nueva dirección informada.

Cuando el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante no hubiere informado una dirección a la Administración de Impuestos, la actuación administrativa correspondiente se podrá notificar a la que establezca la Administración mediante verificación directa o mediante la utilización de guías telefónicas, directorios y en general de información oficial, comercial o bancaria.

Cuando no haya sido posible establecer la dirección del contribuyente, responsable, agente retenedor, o declarante, por ninguno de los medios señalados en el inciso anterior, los actos de la Administración le serán notificados por medio de la publicación en el portal de la web de la DIAN, que deberá incluir mecanismos de búsqueda por número identificación personal."

En el sub-examine, se observa en el expediente, que la señora Dely Barón Sánchez mediante escrito de 29 de julio de 2013, presentó recurso de reconsideración contra la Liquidación Oficial de Revisión N° 20242013000005 por el año gravable 2005. Allí, informó que para "efectos del proceso informo a Ud. que recibiré notificaciones y comunicaciones en la carrera 14 N° 18-61 apto 403B de la ciudad de Tunja, dirección informada en mi Registro Único Tributario" (fl. 190).

La DIAN-Tunja, mediante auto N° 202012013000002, resolvió inadmitir el recurso de reconsideración por extemporáneo y en el numeral segundo, ordenó:

"Notificar al interesado personalmente, por edicto o en forma electrónica de conformidad con el Artículo 726 del Estatuto Tributario, en concordancia con los artículos 565 y 569, ibídem, advirtiéndole que contra la presente providencia únicamente procede el recurso de reposición, el cual debe interponerse ante este despacho, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación." (fl. 197 a 198).

En cumplimiento de lo anterior, se envió comunicación por correo físico a la dirección informada, **la cual fue recibida por la contribuyente el 3 de septiembre de 2013, según obra a folios 199 y 203.**

Y, dentro del término otorgado, el **11 de septiembre de 2013**, la señora Barón interpuso recurso de reposición contra el auto inadmisorio (fl. 194 a 196).

Demandante: **Dely Barón Sánchez**
Demandado: DIAN
Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

De manera que, no le asiste razón al apelante en relación con los argumentos de la publicación del edicto, pues en este caso, la notificación no se realizó por ese medio, sino fue **personal**.

En efecto, la Administración Tributaria no incurrió en violación al debido proceso pues el **auto que inadmitió el recurso de reconsideración** contra la Liquidación Oficial del Impuesto, fue notificado de conformidad con el artículo 726 del E.T., y además cumplió con su finalidad, consistente en garantizar el derecho de defensa de la contribuyente, a tal punto, que la contribuyente presentó recurso de reposición contra el auto inadmisorio dentro del término legal.

Ahora bien, en relación con la notificación del auto mediante el cual se confirmó la inadmisión del recurso de reconsideración, ordenó la DIAN:

"Notificar personalmente o por edicto el presente auto a la señora DELI BARÓN SANÉHEZ (...), de conformidad con lo establecido en el artículo 726, en concordancia con los artículos 565 inciso 2 y 569 del Estatuto Tributario, advirtiendo que contra la presente providencia no procede recurso alguno" (Negrilla fuera de texto original) (fl. 208).

Sobre este hecho, obran en el expediente los siguientes documentos:

- ✓ Reporte envía dependencia y archivo, en el que se indica que la contribuyente fue notificada por edicto el día 22 de octubre de 2013 (fl. 204)
- ✓ Edicto en el que se incluyó la parte resolutive del auto mediante el cual se confirmó el auto inadmisorio (fl. 205)
- ✓ Citación para notificación dirigida a Dely Sánchez Barón a la carrera 14, N° 18-61, AP 403 B (fl. 206)
- ✓ Planilla de remisión N° 126
- ✓ Planilla para la consignación de correspondencia (Fl. 34)
- ✓ Guía de correo N° 108513407 (fl. 248)
- ✓ Devolución al remitente (fl. 249)
- ✓ Remisión de devoluciones de notificaciones DIAN (fl. 253)

Al examinar estas pruebas, se infiere que el funcionario notificador de la DIAN, envió citación de fecha 24 de septiembre de 2013 a la dirección procesal de la contribuyente para que compareciera ante la **GESTIÓN ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA** de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales, ubicada en la Calle 20 N° 9-40 de la ciudad de TUNJA en el horario de 8:00 A.M. A 4:00 P.M., en el término de 10 días hábiles, contados a partir de la fecha de introducción al correo de esta comunicación" (fl. 206).

En dos (2) oportunidades se intentó entregar la correspondencia en la dirección procesal suministrada por la contribuyente pero "NO HUBO NADIE QUIEN RECIBIERA" (Fl. 249). En tal virtud, la Administración Tributaria publicó el edicto por diez (10) días en la entidad.

Sostiene la demandante, en la demanda así como en el recurso de apelación, que ante esta situación, la DIAN **debía disponer la publicación en el portal web del edicto** como lo ordena el artículo 58 del Decreto Ley 19 de Enero de 2012¹⁵.

Sea lo primero advertir que dicha norma modificó el artículo 568 del E.T., así:

"Los actos administrativos enviados por correo, que por cualquier razón sean devueltos, serán notificados mediante aviso, con transcripción de la parte resolutoria del acto administrativo, en el portal web de la DIAN que incluya mecanismos de búsqueda por número identificación personal y, en todo caso, en un lugar de acceso al público de la misma entidad. La notificación se entenderá surtida para efectos de los términos de la administración, en la primera fecha de introducción al correo, pero para el contribuyente, el término para responder o impugnar se contará desde el día hábil siguiente a la publicación del aviso en el portal o de la corrección de la notificación. Lo anterior no se aplicará cuando la devolución se produzca por notificación a una dirección distinta a la informada en el RUT, en cuyo caso se deberá notificar a la dirección correcta dentro del término legal." (Resultado fuera de texto original)

La norma traída en cita es aplicable únicamente para aquellas decisiones que de conformidad con el artículo 565 del E.T., **deben notificarse por correo**, pues en ese evento, ésta se practica mediante **entrega de una copia del acto correspondiente** en la última dirección informada por el contribuyente en el RUT¹⁶.

En contraste, cuando la notificación es personal, se envía por correo una **citación** para que el interesado comparezca a la entidad. Y si no es posible llevarla a cabo, se publica el edicto en la sede física de la DIAN.

¹⁵ "Igualmente, debe tratarse a referencia que la actora solicitó la operancia del silencio administrativo positivo, toda vez que los procedimientos de notificación de los Autos Inadmisorios que aparentemente confirmaban el rechazo de los recursos de reconsideración, en primer término, no agotaron la vía administrativa por las deficiencias que fueron observadas y puestas de manifiesto en el libelo de demanda, y en segundo término, porque la notificación realizada a través de la página WEB de la entidad, al ser irregular no agoto la vía administrativa, pues toda la ritualidad procesa viene centrada en el respeto y acatamiento de los términos que la DIAN, debió observar, al momento de **disponer la publicación en el Portal WEB de la DIAN del Edicto y no de la citación como lo ordena el artículo 58 del Decreto Ley 19 de Enero 19 de 2012**, y proceder posteriormente a la notificación por Edicto tal como lo autoriza el artículo 565 del Estatuto Tributario, que en si protocolizaba el acto de notificación dándole publicidad y oponibilidad -no a la citación-, sino a la determinación contenida en los autos confirmatorios del rechazo de los recursos lo que origina que los Actos Administrativos de Determinación de Impuestos no hayan adquirido la ejecutoriedad que se predica de las Liquidaciones Oficiales de Impuestos y que mucho menos, la caducidad del medio de control ordinario" (fl. 493).

¹⁶ Parágrafo 1 del artículo 565 del E.T.

Demandante: **Dely Barón Sánchez**

Demandado: DIAN

Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

En efecto, el inciso segundo del artículo 565 del E.T. contempla que las "providencias que decidan recursos se notificarán personalmente, o por edicto si el contribuyente, responsable o agente retenedor o declarante, no compareciere dentro del término de los diez (10) días siguientes, contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación"

Y a su vez, el artículo 569 del E.T. previó que "La notificación personal se practicará por funcionario de la administración, en el domicilio del interesado, o en la oficina de impuestos respectiva, en este último caso, cuando quien deba notificarse se presente a recibirla voluntariamente, o se hubiere solicitado su comparecencia mediante citación" (Resaltado fuera de texto original).

Lo expuesto, ha sido precisado por el Consejo de Estado-Sección Cuarta, así:

"El envío de la citación por correo no puede confundirse con la "notificación por correo" de los actos definida en el artículo 566¹⁷ del E.T., pues la finalidad es distinta. En efecto, aquel es sólo un mecanismo que utiliza la Administración para invitar al afectado a que comparezca a la entidad con el fin de notificarle personalmente una actuación, en otras palabras, es el medio que posibilita la notificación personal de la decisión¹⁸.

La "notificación por correo" es una de las formas en que la Administración pone en conocimiento sus actuaciones, de manera material, se practica remitiéndole al interesado copia del acto a la dirección informada por el contribuyente.

(...)

Así, enviado la citación al interesado a la dirección correcta para que comparezca a notificarse personalmente del acto que decide el recurso gubernativo se inicia el conteo del término legal, vencido el cual si no ha sido posible la notificación personal, la Administración procederá a notificar dicho acto mediante edicto.¹⁹

En tal virtud, como la notificación del auto que resolvió el recurso de reposición contra el auto inadmisorio del recurso de reconsideración debía surtirse **personalmente**, no resulta aplicable el artículo 568 del E.T.

Únicamente la administración hubiese podido realizar la notificación por medio de la publicación en el portal web de la DIAN, en el evento de no contar con la dirección

¹⁷ Artículo derogado por el artículo 78 de la Ley 1111 de 2006.

¹⁸ En providencia del 5 de mayo de 2011, Exp. 18367. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas señaló: "La citación que envía la administración distrital es sencillamente un requerimiento para que el interesado comparezca a notificarse personalmente del acto administrativo que le define una situación particular y concreta. Empero, no es una forma que reemplaza las formas tradicionales de notificación de los actos administrativos".

¹⁹ Sentencia del 12 de abril de 2012. C.P. Dra. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Radicación: 25000-23-27-000-2010-00037-01. Actor: **Asociación Alianza Educativa**. Demandado Distrito Capital – Secretaría de Hacienda

de la contribuyente, tal como lo dispone el artículo 563 del E.T., pero como en el recurso de reconsideración se indicó la dirección en la cual recibiría notificaciones (fl. 190), esta debía surtirse **personalmente o por edicto**.

Precisamente, en un caso de similares contornos, en sentencia la Alta Corporación, manifestó:

“3.2. En el caso bajo examen, la parte demandante alega que la DIAN incurrió en dos defectos al momento de notificarle la Resolución No. 900.051 del 26 de febrero de 2014, estos son: (i) que una vez fue devuelto el aviso de citación la autoridad tributaria debió iniciar una labor de verificación de la dirección de notificación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 563 del Estatuto Tributario; y (ii) que no era posible notificar el acto mediante edicto porque previamente no fue surtida la publicación en la página web de la entidad demandada como lo establece el inciso tercero Ibidem.

Para estudiar el cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la notificación de los actos administrativos acusados, la Sala evidencia que en el expediente consta lo siguiente:

(...)

- *Liquidación Oficial de Revisión No. 112412013000023 del 12 de febrero de 2013, en el cual la DIAN ordenó notificar personalmente el acto administrativo a la Carrera 43 A No. 1 A sur - 69 Oficina 701 Edificio Tempo de Medellín²⁰.*
- *Recurso de reconsideración formulado por el apoderado de la parte demandante en el cual no suministra una nueva dirección de notificación²¹.*
- *Auto Admisorio del Recurso de Reconsideración No. 900425 del 5 de junio de 2013 proferido por la DIAN, en el cual ordenó notificar personalmente en la Carrera 43 A No. 1 A sur - 69 Oficina 701 Edificio Tempo de Medellín²².*
- *Resolución No. 900.051 del 26 de febrero de 2014 mediante el cual la DIAN resolvió el recurso de reconsideración y ordenó su notificación personal en la Carrera 37 No. 8-05 de Medellín²³.*
- *Constancia de devolución del correo enviado a la Carrera 37 No. 8-05 de Medellín con fecha del 28 de febrero de 2014, en el cual fue señalada como causal que el destinatario se trasladó²⁴.*
- *Edicto No. 62 fijado por la DIAN para notificar la Resolución No. 900.051 del 26 de febrero de 2014²⁵.*
- *Impresión de la consulta de la Página Web de la DIAN en donde consta que al momento en que fue proferida la Resolución No. 900.051 del 26*

²⁰ Folios 53 a 66 del Tomo IV del Expediente Administrativo.

²¹ Folios 70 a 77 del Tomo IV del Expediente Administrativo.

²² Folio 85 del Tomo IV del Expediente Administrativo.

²³ Folios 89 a 100 del Tomo IV del Expediente Administrativo.

²⁴ Folio 102 reverso del Tomo IV del Expediente Administrativo.

²⁵ Folio 101 del Tomo IV del Expediente Administrativo.

Demandante: **Dely Barón Sánchez**
Demandado: DIAN
Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

de febrero de 2014, el apoderado de la sociedad Minera el Roble S.A. había actualizado su RUT por última vez el 25 de diciembre de 2012²⁶.

- *Formulario del RUT No. 14206247483 del 25 de diciembre de 2012, en el cual consta que la dirección inscrita por el apoderado de la parte actora es la Carrera 37 No. 8-05 de Medellín²⁷.*

(...)

3.4. En cuanto al segundo cargo, según el cual la DIAN no podía publicar el Edicto No. 62 sin que previamente hubiere hecho la publicación en el portal web de la entidad demandada, se considera que tampoco existe tal obligación.

En efecto, el inciso tercero del artículo 563 del Estatuto Tributario ordena dicha publicación “[c]uando no haya sido posible establecer la dirección del contribuyente, responsable, agente retenedor, o declarante, por ninguno de los medios señalados en el inciso anterior (...)”, es decir cuando de la verificación hecha por la DIAN no fue posible determinar la dirección de notificación.

Como fue expuesto en el numeral 3.3. de esta providencia, el apoderado de la parte demandante suministró en varias oportunidades la dirección de notificación, por lo que en ningún momento la DIAN debió verificarla. Así pues, la DIAN no tenía la obligación de realizar ninguna publicación en la página web previo a fijar el Edicto No. 62 para notificar la Resolución No. 900.051 del 26 de febrero de 2014.

En consecuencia, no prospera ninguno de los cargos planteados por la parte demandante en el recurso de apelación. Sin embargo, la Sala continuará con el análisis del cumplimiento de las disposiciones legales para la notificación de la Resolución No. 900.051 del 26 de febrero de 2014, para efectos de determinar si operó el fenómeno de la caducidad del medio de control.”²⁸ (Resultado fuera de texto original)

Ahora, en relación con la devolución del correo porque no se encontró quien recibiera, dirá la Sala que, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha admitido que procede la notificación por edicto.

La Sección Cuarta con ponencia de la Consejera doctora Martha Teresa Briceño de Valencia en sentencia proferida el 12 de abril de 2012, en el proceso promovido por la Asociación Alianza Educativa contra Bogotá D.C., en el proceso radicado bajo el N° 25000-23-27-000-2010-00037-01, al abordar un caso con supuestos fácticos similares a los sometidos a consideración de esta Sala, expuso:

(...) El 14 de marzo de 2008, la actora interpuso recurso de reconsideración²⁹, el cual fue decidido por Resolución N° D.D.L. 286560 del 29 de diciembre de 2008³⁰ en el sentido de confirmar la liquidación recurrida.

²⁶ Folio 251 del Expediente.

²⁷ Folio 253 del Expediente.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Auto de 3 de agosto de 2016, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Radicación número: 05001-23-33-000-2014-02275-01(22377). Actor: MINERA EL ROBLE S.A. Demandado: DIAN

²⁹ Fl. 898 c.d.

³⁰ Fl. 921 c.d.

Demandante: **Dely Barón Sánchez**

Demandado: DIAN

Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Con fecha **30 de diciembre de 2008** fue enviada la "Citación" al Representante Legal de la Asociación Alianza Educativa a la "CI 16 6-66 PS 9 TO 1" de esta ciudad, en la que se lee: "... le solicitamos comparecer dentro de los DIEZ (10) días hábiles siguientes, contados a partir de la fecha de introducción al correo de la presente citación, con el fin de Notificarse personalmente en la Oficina de Cuentas Corrientes (...), de la RESOLUCIÓN 286560 de fecha 29 DE DICIEMBRE DE 2008"³¹.

La mencionada dirección a la que fue enviada la citación concuerda exactamente con la informada por el contribuyente en las declaraciones cuestionadas y en el recurso de reconsideración, de lo cual se colige que, la citación fue remitida a dirección correcta³².

Posteriormente, la Dirección Distrital de Impuestos procedió a notificar, por edicto, al Representante Legal de la Asociación Alianza Educativa la RESOLUCIÓN DDI-286560 del 29 DE DICIEMBRE DE 2008. Según consta en el documento oficial correspondiente, el edicto fue fijado por el término de diez (10) días hábiles, el "16 de ENERO de 2009, a las 8:00 a.m. desfijándose 29 de ENERO de 2009 a las 5:30 p.m."³³.

Cabe destacar que si bien la citación enviada a la dirección correcta fue devuelta por el correo por la causal "cerrado", hecho no discutido por las partes, conforme al régimen legal de la notificación de las actuaciones tributarias (art. 563 a 570 del Estatuto Tributario), los motivos de la devolución resultan indiferentes para efecto del mecanismo subsidiario de notificación por edicto de los actos que resuelven recursos.

En efecto, como se indicó, el inciso 2º del artículo 565 faculta la notificación por edicto o supletoria siempre que, introducida la citación al correo, el citado no comparezca en el término legal, independientemente de si el aviso de citación fue o no devuelto por el correo." (Resaltado fuera de texto original)

La misma Subsección, con ponencia de la Consejera Stella Jeannette Carvajal Basto, en sentencia proferida el **20 de septiembre de 2017**, en el proceso radicado bajo el N° 15001-23-33-000-2013-00035-01(20890), promovido por Morteros y Concretos S.A. contra la DIAN, explicó:

"(...) Como se ve, por regla general, la notificación del acto que decida el recurso de reconsideración debe realizarse personalmente. La notificación por edicto solo procede cuando no pueda realizarse la notificación personal. En ese contexto, también queda claro que no es procedente que el acto que decide el recurso de reconsideración sea notificado según lo dispuesto en el artículo 566 del Estatuto Tributario, esto es, mediante notificación por correo.

En los eventos en que la oficina postal devuelva la citación, la Sala ha estimado que «dos motivos de la devolución resultan indiferentes para efecto del mecanismo subsidiario de notificación por edicto de los actos que resuelven recursos». Por consiguiente, una vez es devuelta por el correo la

³¹ Fl. 920 c.a.

³² Cfr. fl. 82 a 108 y 898 del c.a.

³³ Cfr. fl. 933 c.a.

Demandante: **Dely Barón Sánchez**
Demandado: DIAN
Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

citación enviada para la notificación personal, la ley autoriza la notificación supletoria³⁴.

Debe diferenciarse la notificación de la resolución que decide el recurso de reconsideración y el envío de la citación para que el contribuyente tenga conocimiento de la decisión de la administración. Una cosa es la notificación personal del acto que decide el recurso de reconsideración y otra el envío del aviso para surtir esa notificación personal.

El envío del aviso para notificación personal no puede asimilarse a una notificación por correo. En efecto, la notificación por correo solo se aplica para los casos previstos en el inciso 1° del artículo 565 del Estatuto Tributario, mientras que el envío del aviso para notificación personal está previsto en el inciso 2° ibídem y corresponde al medio que utiliza la Administración para que el interesado se acerque a las oficinas de impuestos a fin de darle a conocer de manera personal el contenido de la decisión del recurso.³⁵

Conviene decir que según lo dispuesto en el artículo 565 del Estatuto Tributario, el administrado debe comparecer a notificarse personalmente de la resolución que resuelve el recurso de reconsideración dentro del término de los diez (10) días siguientes, contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación. Debe precisarse que la Sala, en sentencia del 8 de septiembre de 2016³⁶, hizo la siguiente precisión:

3.3. En sentencia C-929 de 2005, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión "contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación" del artículo 565 del Estatuto Tributario.

Lo anterior, porque consideró que con la introducción al correo del aviso de citación, no se entiende surtida la notificación personal, pues "el aviso de citación [...], tiene por finalidad enterar al destinatario que el recurso interpuesto ya fue resuelto a fin de que comparezca para ser notificado personalmente, con lo cual se garantiza el derecho al debido proceso, y sólo en defecto de su no comparecencia se procede a la notificación por edicto".

(...)" (Resaltado fuera de texto original)

Este criterio, ha sido atenuado por la Alta Corporación en el sentido que, es necesario que la administración verifique la razón de devolución del correo previo a la notificación por edicto, porque puede suceder que la dirección esté errada, no exista o el interesado se haya trasladado, casos en los cuales, ya no se contaría con la dirección de notificaciones y no podría notificarse a través de ese medio—edicto—. La hipótesis aplicable entonces, es la prevista en los incisos segundo y tercero del artículo 563 del E. T.

³⁴ En ese sentido se pronunció la Sala en sentencia del 12 de abril de 2012 (expediente 18613).

³⁵ Sentencia de 21 de febrero de 1992, expediente 3767, C.P. Dr. Guillermo Chaín Lizcano.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Bogotá, D. C., ocho (08) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). RADICACIÓN No. 760012331000200603700 01 (18945). ACTOR: COLOMBINA S.A. DEMANDADO: U.A.E. DIAN

³⁷ Auto de 15 de junio de 2017, con ponencia del doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez en el proceso radicado bajo el N°23001-23-33-000-2016-00014-01(22917). Actor: EC'OGAS. Demandado: DIAN

Comoquiera que en el *sub-lite*, la dirección a la que fue enviada la citación corresponde a la suministrada por la señora Barón Sánchez (fl. 190 y 206) y **nadie recibió**, era procedente llevar a cabo la notificación por edicto, tal como lo hizo la DIAN. Obsérvese que en efecto, la dirección a la que se remitió la citación es la misma en la que la contribuyente recibió posteriores notificaciones y además, fue la proporcionada en el proceso de la referencia (fl. 19). Circunstancias que permiten reputar su existencia.

En conclusión, no observa la Sala irregularidad alguna en la práctica de la notificación de los actos administrativos demandados.

Por lo expuesto, huelga estudiar la configuración del silencio administrativo positivo.

5.5. De la falta de valoración del precedente

Sostiene el apoderado de la parte demandante que la Juez de primera instancia, al proferir la sentencia no tuvo en cuenta los siguientes pronunciamientos del Consejo de Estado:

- (15294) Ocho (8) de noviembre de dos mil siete (2007) Sección Cuarta Consejera Ponente: **LIGIA LÓPEZ DÍAZ**;
- 2012-00238-01(AC) veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012) Sección Segunda Subsección A Consejero Ponente: **ALFONSO VARGAS RINCÓN**;
- (16919) quince (15) de julio de dos mil diez (2010) Sala de lo Contencioso Administrativo Consejero Ponente: **HUGO FERENTADO BASTIDAS BÁRCENAS**
- (16604) diecisiete (17) de junio de dos mil diez (2010) Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera Ponente: **CARMEN TERESA ORTIZ RODRÍGUEZ**” (Fl. 495). (fl. 495)

Contienen supuestos fácticos diferentes en relación el *sub-lite*, las sentencias proferidas el i) **22 de noviembre de 2012** por la Sección Segunda, Subsección “A”, con ponencia del doctor Alfonso Vargas Rincón en la acción de tutela radicada bajo el N° 85001-23-33-000-2012-00238-01(AC) promovido por Sandra Yolima Porras Dueñas contra el Tribunal Administrativo de Casanare; ii) el **17 de junio de 2010** con ponencia de la Consejera Carmen Teresa Ortiz Rodríguez en el proceso radicado bajo el N° 66001-23-31-000-2004-01102-02(16604); y iii) el **8 de noviembre de 2007** en el proceso radicado bajo el N° 25000-2327-000-2002- 0912 (15294).

La primera se refiere a una indebida notificación porque la dirección a la que se enviaban las comunicaciones estaba **errada**. La segunda, trata de un caso en el que se suspendió el término de notificación del requerimiento especial por una inspección tributaria. Y la tercera, sobre sustitución de las normas de Estatuto Tributario por las del CPC.

En contraste, como quedó claro en los acápites anteriores, en el presente caso, la comunicación para la notificación de la Resolución que confirmó el auto inadmisorio, fue devuelta porque "SE FUERON EN DOS OCASIONES Y NO HUBO NADIE QUIEN RECIBIERA" (Fl. 249).

Recuérdese que el precedente ha sido definido como el conjunto de decisiones judiciales con fuerza de cosa juzgada, que contienen reglas jurisprudenciales aplicables al caso a resolver por su semejanza fáctica o con los problemas jurídicos planteados; en este sentido deben ser observados por quienes administran justicia con el objeto de garantizar el derecho a la igualdad y los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica. Cabe señalar el siguiente pronunciamiento que ilustra al respecto:

"Por **precedente**³⁸ se ha entendido, por regla general, aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.³⁹ La anterior noción, se ha adoptado en sentencias, como la **T-794 de 2011**,⁴⁰ en la que la Corte indicó los siguientes criterios a tener en cuenta para identificar el precedente:

"(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o de una

³⁸ Según el doctrinante Pierluigi Chiassoni en su libro "Desencanto para abogados realistas", el precedente judicial puede ser entendido en cuatro acepciones: (i) precedente-sentencia, (ii) precedente-ratio, (iii) precedente-ratio autoritativo y (iv) precedente-ratio decidendi consolidada o precedente orientación. Este último hace referencia a "es la ratio decidendi por hipótesis común a y repetida en una serie (considerada) significativa de sentencias pronunciadas en un arco de tiempo anterior (...) cuya ratio tienen que ver con la decisión sobre hechos y cuestiones del mismo, o similar tipo, con hechos y cuestiones sobre las cuales se trata decidir ahora (...)". Esta acepción es el precedente entendido en el sentido más restringido según el autor. Las demás acepciones hacen referencia similar al concepto propuesto por la Corte Constitucional en el sentido en que debe ser una sentencia anterior que trata de hechos cuestiones y elemento muy similares al caso que se pretende resolver.

³⁹ El precedente, se diferencia del antecedente en que este último se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximían del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad. (Sentencia T-830 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

⁴⁰ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

ciestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente."⁴¹
(...)

De otra parte, el precedente además de ser criterio orientador resulta **obligatorio** para los funcionarios judiciales, por las razones que se indicaron de manera clara en la sentencia **T-830 de 2012** y que a continuación se transcriben:

“La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 superior. De acuerdo con este precepto de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Particularmente, el concepto de “ley” ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción⁴².

La segunda razón se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe⁴³. El precedente es una figura que tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica⁴⁴, igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad⁴⁵, en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales⁴⁶. En palabras de la Corte Constitucional:

⁴¹ Cfr. sentencia T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio. Ver también las sentencias T-1317 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴² En palabras de la Corte Constitucional: “La misma Corte Suprema de Justicia también ha señalado que la adaptación de la Constitución de 1991 produjo un cambio en la percepción del derecho y particularmente del sentido de la expresión “ley”, pues la Constitución se convierte en una verdadera norma jurídica que debe servir como parámetro de control de validez de las decisiones judiciales y como guía de interpretación de las normas de inferior jerarquía”. Cfr. Sentencia C-372 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴³ En este sentido, entre muchas otras, pueden verse las sentencias SU-049 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, SU-1720 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-820 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-162 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

⁴⁴ Sobre este principio, es posible afirmar que el respeto del precedente se funda, principalmente, en el deber de un juez de fallar casos que presenten elementos fácticos y puntos en derecho similares, de manera igual, y no sorprender a los ciudadanos que acuden a la justicia, en virtud del respeto del principio de igualdad y la coherencia y estabilidad en el ordenamiento jurídico. Por ello, un juez, en el caso en que lo encuentre necesario, si se aparta de una decisión anterior aplicable al caso que tiene bajo conocimiento, debe justificar la nueva postura y descalificar las otras consideraciones que han sido base de anteriores decisiones.

⁴⁵ La sentencia C-104 de 1993 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, estableció el punto de partida jurisprudencial en relación con el derecho a la igualdad y las decisiones judiciales en los siguientes términos: “El artículo 229 de la Carta debe ser considerado con el artículo 13 idem, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de los jueces y tribunales en situaciones similares”.

⁴⁶ Ver sentencia T-683 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. “La actividad judicial supone la interpretación permanente de las disposiciones jurídicas, aspecto que implica que el funcionario determine en cada proceso la norma que se aplicará al caso concreto. En ese sentido los diversos

"(...)

*La tercera razón es que la respuesta del precedente es la solución más razonable que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: "tratar las decisiones previas como **enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes**" y "exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como **una razón vinculante**"⁴⁷. (énfasis de la Sala).⁴⁸*

Comoquiera que no hay identidad de situaciones fácticas, no es posible concluir que para este caso, las sentencias del 17 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2012 y 8 de noviembre de 2007, constituyan un precedente obligatorio.

Ahora, en relación con la sentencia proferida el **15 de julio de 2010** por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, en el proceso radicado bajo el N° 76001-23-25-000-2003-00496-01(16919), promovido por Almacenes Éxito S.A. contra el Municipio de Santiago de Cali, se dirá que apoya la tesis del a-quo, y la sostenida en ésta sentencia, **en el sentido de la diferencia que existe entre la notificación por correo y la personal**. En efecto, en la misma se lee:

"En efecto, conforme con el artículo 11 del Decreto 523 de 1999, en el municipio de Cali las liquidaciones oficiales se deben notificar por correo certificado o personalmente. La notificación por correo se practica mediante envío de una copia del acto correspondiente a la dirección informada por el contribuyente (artículo 12 ibídem)⁴⁹, mientras que la notificación personal se

jueces pueden tener comprensiones diferentes del contenido de una misma prescripción jurídica y derivar de ella, por esta razón, efectos distintos".

⁴⁷ Ver J. Bell. "Sources of Law", en P. Birks (ed.) English Private Law, J. Oxford University Press, pp. 1-29 (2000). Citado por Bernal Pulido, Carlos. "El precedente en Colombia", Revista de derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia, páginas 81-94 (2008). Ver en el mismo sentido, "American Law In a Global Context. The Basics", Sheppard, Steve, Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005). "Casos que establecen una regla en la interpretación de una norma o situación concreta. Esto se identifica con los hechos, el problema jurídico, las consideraciones que sustentan y son relevantes para la decisión, y la solución que se declara para el caso. Para identificar un caso como precedente: stare decisis (casos previos que vinculan como precedente), ratio decidendi (la razón de ser de la decisión), obiter dicta (argumentos por decir que no son la razón de ser de la decisión ni son vinculantes para decisiones posteriores)" (traducción libre). "American Law In a Global Context. The Basics", Sheppard, Steve, Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005)

⁴⁸ Sentencia T-360 de 10 de junio de 2014. M.P. Dr. Jorge Ignacio Prételt Chaljub

⁴⁹ En el Estatuto Tributario la notificación por correo estaba prevista en el artículo 566 del Estatuto Tributario y antes de la modificación introducida por la Ley 788 de 2002, esta notificación se entendió surtida en la fecha de introducción al correo de la copia del acto, sin embargo, esto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-096 de 2001, pues, "la simple introducción de la copia al correo no es un medio idóneo para darle cumplimiento a tal exigencia".

practica por el servidor público que la Administración Municipal designe en el domicilio del interesado o en la oficina de la Administración. El servidor público pone en conocimiento del interesado la providencia respectiva, le entrega un ejemplar y deja constancia de la fecha de la respectiva entrega a continuación de la providencia (artículo 15 *ibidem*). Es decir, en este caso la notificación que se surtió de la liquidación de revisión fue de manera personal como lo señaló la Administración y lo estableció el Tribunal.

También tiene la forma de contar el término para interponer recurso:

Por las razones expuestas, para la Sala, los dos meses para interponer el recurso de reconsideración no iniciaron el día siguiente al de la notificación, porque no es un plazo fijado en días. El artículo 720 del Estatuto Tributario y la norma local expresamente disponen que el término inicia el día de la notificación del acto.

Como la notificación de la liquidación oficial se efectuó el 25 de abril de 2002 la sociedad podía interponer el recurso hasta el 25 de junio de 2002, de manera que al haberlo hecho el 26 de junio de ese año, lo fue por fuera del término legal y, en consecuencia, la inadmisión del recurso se ajustó a derecho.

Finalmente, la Sala advierte que si bien el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo permite demandar directamente los actos cuando las autoridades "no hubieren dado oportunidad de interponer los recursos procedentes", en este caso no se dio ese supuesto⁵⁰, pues la contribuyente sí hizo uso del recurso. Tampoco es aplicable el parágrafo del artículo 720 del Estatuto Tributario y parágrafo del artículo 128 del Decreto 523 de 1999 que permiten acudir a la jurisdicción sin que sea necesario interponer previamente el recurso de reconsideración. Para el efecto, la demanda se debe presentar dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la liquidación oficial, que en este caso no se cumplió, pues la demanda se presentó el 19 de febrero de 2003, es decir, por fuera del término legal.

En los anteriores términos, como la presentación extemporánea del recurso de reconsideración tiene el mismo efecto de no haberse interpuesto, la Sala encuentra que falta el presupuesto procesal del agotamiento de la vía gubernativa, el cual no es subsanable. En consecuencia, la Sala revocará la sentencia apelada que accedió a las pretensiones de la actora y, en su lugar, se declarará inhibida para hacer un pronunciamiento de fondo por falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Las anteriores, son razones suficientes para no considerar que se desconoció el precedente judicial por parte de la juez de primera instancia.

5.6. De la falta de valoración de conceptos de la DIAN

Sostiene el apelante que la DIAN violó el artículo 264 de la Ley 223 de 1995, porque a pesar que la contribuyente actuó con fundamento en los conceptos de la DIAN transcritos en la demanda, la entada no los tuvo en cuenta (fl. 495).

En la actualidad ya no rige el artículo 566, pues fue derogado por el artículo 78 de la Ley 1111 de 2006.

⁵⁰ En este sentido ver sentencia de 10 de febrero de 2005, Exp. 14054, C.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié.

Demandante: **Dely Barón Sánchez**

Demandado: DIAN

Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Para fundamentar su tesis, citó el concepto 4019576 de 4 de abril de 2002, según el cual los contribuyentes que actúen con base en conceptos escritos de la DIAN podrán sustentar sus actuaciones en vía gubernativa y judicial, sin que la autoridad tributaria pueda desconocerlos (fl. 16).

Ahora bien, en el título de concepto de violación del libelo introductorio, se transcribió el concepto 0707057387 de 27 de julio de 2007, en el cual, se lee:

“En aquellos casos excepcionales en los que sea directamente la persona natural que actúa como apoderado y en su condición de omiso en el cumplimiento de la obligación de inscripción no tiene registrada una dirección en el registro único tributario “RUT” lo que imposibilita notificarlo, resultaría procedente notificar directamente al contribuyente, responsable o agente retenedor. Así con la notificación a éstos se cumple de manera eficaz con este principio de publicidad al garantizar el efectivo conocimiento de los actos de la Administración por parte del afectado conforme a las formas de notificación previstas en el artículo 565 del Estatuto Tributario.

Adicionalmente debe indicarse que respecto de los obligados a la inscripción en el Registro Único Tributario, dicho mecanismo es el único procedente para efectos de su ubicación. En consecuencia, cuando un contribuyente actúa por intermedio de apoderado, éste tiene la obligación de inscribirse en el RUT y debe efectuarse la notificación de las actuaciones administrativas a la dirección de éste, sin que proceda la notificación del contribuyente, responsable o agente retenedor.

En cuanto a su segundo interrogante, se recuerda lo dispuesto en el artículo 555-2 del estatuto tributario y sus reglamentaciones posteriores, en virtud de las cuales no existe posibilidad alguna de notificar a una dirección diferente de la informada en el RUT, ni tampoco notificar varias veces o a direcciones distintas, cuando se está obligado a cumplir con esta inscripción, dado que el RUT es la única herramienta para obtener la información relativa a la ubicación e identificación de los clientes, responsables, usuarios aduaneros, informantes y demás sujetos de obligaciones administradas y controladas por la DIAN.

Cuando en desarrollo de un proceso y previamente a la notificación de un acto administrativo se establezca que la información contenida en el Registro Único Tributario no está actualizada, antes de la notificación del respectivo acto administrativo y con el fin de garantizar la publicidad de la actuación, procede la actualización de oficio en Registro Único Tributario, con fundamento en lo dispuesto por el numeral segundo del artículo 8º de la Resolución 01887 del 22 de febrero de 2007.” (fl. 10)

En el concepto traído en cita, se plantean dos situaciones. La primera, cuando el contribuyente actúa en el proceso adelantado por la DIAN a través de un apoderado no registrado en RUT. Y la segunda, sobre la imposibilidad de informar las decisiones a una dirección diferente a la informada en el RUT.

No encuentra la Sala que la contribuyente fundamentara su actuación en este concepto, en tanto su defensa en sede administrativa y judicial, se dirigió a atacar las decisiones de la Administración Tributaria porque unas fueron notificadas a su apoderado y otras, a la dirección procesal. Sobre este hecho específico, no trajo en cita concepto alguno que la apoyara.

En el sub-lit, para notificar el Requerimiento Especial y la Liquidación Oficial del año gravable 2005 a la señora DELY SANCHEZ, la DIAN envió la notificación a la dirección informada en el RUT por el apoderado de la contribuyente, según obra a folio 161 vto. y 180.

Y, para notificar personalmente el auto inadmisorio del recurso de reconsideración, así como el que resolvió el recurso contra éste, la administración tributaria remitió las comunicaciones a la dirección informada por la contribuyente, quien en esa oportunidad, actuaba en nombre propio.

Así entonces, se reitera que la Administración Tributaria en modo alguno, desconoció lo dispuesto en la ley o en sus propios conceptos.

5.5. De la caducidad

Sostiene el apoderado de la parte demandante que de acuerdo con el auto proferido en el expediente 8692 de 28 de noviembre de 1997 –si más datos- no procede caducidad cuando lo que se debate es la indebida notificación de los actos administrativos (fl. 496):

Sobre el particular, bastará con decir que el precedente al que se refiere el apelante hace alusión a la imposibilidad de **inadmitir la demanda** por caducidad cuando se alega una indebida notificación. En esa providencia, se lee:

“Ahora bien, estima la recurrente que debido a la indebida notificación de las resoluciones demandadas, fue violado su derecho de defensa, impidiéndole hacer uso de los recursos por la vía gubernativa, argumentación que se observa ha sido alegada como motivo de inconformidad no sólo en la mencionada vía sino en la demanda ante la jurisdicción.

Dicha circunstancia impone de manera obligada que el juzgador de lo contencioso administrativo realice el estudio pertinente de las normas aducidas por las partes, con la observancia de las pruebas allegadas a través del trámite ordinario previsto en el Código Contencioso Administrativo y hacer un pronunciamiento definitivo según las results del proceso.

En consecuencia, cuando se solicita la nulidad de unos actos administrativos con fundamento, entre otros, en la indebida notificación o irregularidad en el procedimiento adelantado por la Administración, no procede la inadmisión de la demanda por caducidad de la acción y por indebido agotamiento de la vía gubernativa, pues en primer lugar, para el conteo del término de caducidad de cuatro meses establecido en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, debe establecerse la fecha desde la cual debe contarse dicho término y que al ser materia de litis en la demanda, sólo procede su determinación en el momento de dictar sentencia como se explicó anteriormente.

De igual forma se puede pregonar para establecer si la Administración permitió o no el debido agotamiento de la vía gubernativa, que depende de la correcta y oportuna notificación de los actos definitivos practicados a la actora.

Demandante: **Dely Barón Sánchez**
Demandado: DIAN
Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

*Si ello no fuese así, estaría el juzgador considerando desde la etapa procesal de la admisión de la demanda que la discutida notificación de los actos acusados fueron conforme a derecho, privando con su proceder a los particulares del acceso a la justicia y violando el debido proceso a que deben sujetarse las actuaciones administrativas y judiciales.*⁵¹

En el caso que convoca la atención de la Sala, se le otorgó la posibilidad al demandante de discutir los actos administrativos, y solo hasta la sentencia, se declaró la caducidad del medio de control en relación con la Liquidación Oficial de Revisión.

En consecuencia, tampoco se observa el desconocimiento de la tesis sostenida por la Sección Cuarta en el auto traído en cita.

Corolario de lo expuesto, se confirmará la sentencia apelada.

5.8. De las costas

En el numeral cuarto de la sentencia apelada, se condenó, en costas a la parte demandante de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, y se ordenó que se liquidaran por Secretaría (fl. 483 vto.).

Sobre el particular, afirmó el apoderado de la parte actora:

"Para efectos de la condena en costas debe observarse las previsiones contenidas en el artículo 365 del Código General del Proceso, y hasta tanto no termine la instancia el Juez a-quo no puede ordenar que estas se liquiden pues al no (Sic) le corresponde tasarlas has (Sic) que se defina la Litis." (fl. 496) (Resaltado fuera de texto original)

La inconformidad del apelante radica exclusivamente, en la liquidación de costas, pues guardó silencio sobre la condena.

Sobre el particular, el artículo 366 del CGP establece que las "costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior (...)"

Comoquiera que la sentencia de primera instancia fue apelada, y el recurso fue concedido en efecto suspensivo, la competencia del a-quo quedó suspendida.

⁵¹ Sección Cuarta, C.P. Dr. Julio Enrique Correa Restrepo. Auto de 28 de noviembre de 1997. Radicación número: 8692. Actor: ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. Demandado: DIAN

En efecto, no obra en el expediente constancia alguna que permita inferir que el Juzgado Once Administrativo de Tunja haya liquidado las costas, razón por la cual, no le asiste razón al apelante.

Ahora bien, en materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en **sentencia de 7 de abril de 2016**, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" -CCA- a uno "objetivo valorativo" -CPACA-*

b) *Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*

c) *Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*

d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida: el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*

e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*

f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁵², previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*

g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia".*

⁵² **ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** *Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"*

Demandante: **Dely Barón Sánchez**

Demandado: DIAN

Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

En ese orden de ideas, al expedirse la Ley 1437 de 2011, se dejó de lado el régimen subjetivo del Decreto 01 de 1984, que determinaba la condena en costas a la parte vencida en el proceso pero con el ingrediente de tener en cuenta su conducta procesal, ya fuera ésta dilatoria, abusiva o temeraria.

Precisamente, mediante el artículo 188 del CPACA se acogió el régimen objetivo de la condena en costas establecido para el Procedimiento Civil (actualmente regulado por el Código General del Proceso, artículo 365), quedando pues, sujeta su imposición al hecho de ser vencido en juicio, siempre y cuando "en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación" (Numeral 8º Art. 365 CGP).

Ahora bien, al tenor del artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de **expensas y gastos** sufragados durante el curso del proceso, y por las **agencias en derecho**.

Por una parte, las expensas se refieren a "todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.)"⁵³. Y, las agencias en derecho, aluden a las erogaciones económicas por concepto del **apoderamiento judicial**.

En el sub-lite, en cuanto se refiere a la segunda instancia, no aparecen demostradas las expensas, pero sí las agencias en derecho en tanto, la parte actora, a través de apoderado judicial, presentó alegatos de conclusión (fl. 511 a 513).

En efecto, no queda duda que debe condenarse en costas a la demandante atendiendo el numeral 3.1.3. del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura⁵⁴ en la suma de quinientos mil pesos (\$500.000).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO. Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Tunja el 7 de abril de 2017, en el proceso iniciado por Dely Barón

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁵⁴ "Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia."

Demandante: **Dely Barón Sánchez**

Demandado: DIAN

Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Sánchez contra la DIAN por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

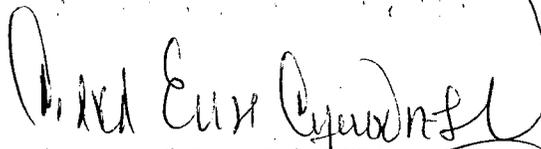
SEGUNDO. Condenar en costas a la parte **demandante**, liquidense por la primera instancia y sígase el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO. Fijar como agencias en derecho en favor de la DIAN y cargo de la demandante, la suma de quinientos mil pesos (\$500.000) moneda corriente para esta instancia.

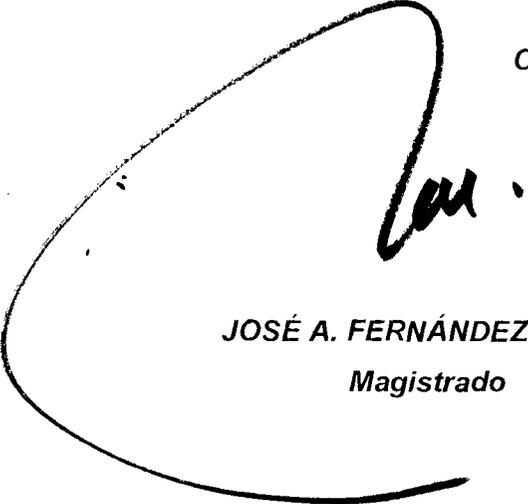
CUARTO. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 3, de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada



JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



OSCAR GRANADOS NARANJO
Magistrado

Hoja de Firmas

Demandante: **Dely Barón Sánchez**

Demandado: DIAN

Expediente: 15001 3333 011 2015 00061 02

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, febrero ocho (8) de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: **Myriam Pulido Pardo**

Demandado: Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Expediente: 15001 3333 012 **2015 00197 01**

El 1 de diciembre de 2017, la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado profirió sentencia de tutela de segunda instancia en el proceso con radicación número 11001-03-15-000-2017-01451-01, que modificó la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2017 por la Sección Primera de esa Corporación; dejó sin efecto la sentencia proferida por esta Sala el 27 de abril de 2017 y ordenó que se profiriera nueva decisión **en relación con la condena en costas proferida en contra de la señora Myriam Pulido Pardo** en sede de primera instancia. La sentencia fue notificada el **22 de enero de 2017**.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de primera instancia proferida el 26 de octubre de 2016 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por MYRIAM PULIDO PARDO contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1.1. De la sentencia de primera instancia:

EL Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la sentencia proferida el 26 de octubre de 2016, resolvió condenar en costas a la parte demandante y fijó como agencias en derecho la suma correspondiente al 1% de las pretensiones a favor del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, al respecto indicó:

“Se fija como Agencias en Derecho, a favor de esta entidad demandada, en el presente asunto la suma correspondiente al 1% del valor de las pretensiones negadas en la presente providencia. Por secretaría liquidense las costas” (f. 105 c.2)

1.2. De la sentencia de segunda instancia.

La Sala de Decisión No. 3 de esta Corporación, confirmó las costas de primera instancia con fundamento en los artículos 361 y 365 del CGP y las sentencias C-157 de 2013 y T-625-16 proferidas por la Corte Constitucional y la sentencia proferida el 7 de abril de 2016 proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 3001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014.

Consideró que, al expedirse la Ley 1437 de 2011, se dejó de lado el régimen subjetivo del hoy derogado Decreto 01 de 1984, que determinaba la condena en costas a la parte vencida en el proceso, pero con el ingrediente de tener en cuenta su conducta procesal, ya fuera esta dilatoria, abusiva o temeraria. Dijo que mediante el artículo 188 del CPACA se acogió el régimen objetivo de la condena en costas, establecido para el Procedimiento Civil, actualmente regulado por el Código General del Proceso, artículo 365, quedando sujeta su imposición al hecho de ser vencido en juicio.

Concluyó que el factor subjetivo no es el que debe analizarse sino que, por el contrario, al juez corresponde **disponer** sobre la imposición de costas, siempre que ellas se hayan demostrado, además, precisó que tampoco influye que la gestión judicial no se haya extendido en tiempo, para que el juez de conocimiento adopte la decisión de condenar en costas, pues, para su imposición debe prevalecer el criterio objetivo, de modo que, al proferir sentencia y hallarse vencida una de las partes, aquél debe proceder conforme a derecho y condenar a dicha parte.

VI. CONSIDERACIONES

Da cumplimiento la Sala a la sentencia proferida el 1 de diciembre de 2017 por la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el proceso con radicación número 11001-03-15-000-2017-01451-01, siendo accionante la señora Myriam Pulido Pardo y accionado este Tribunal.

La sentencia citada resolvió:

“MODIFICAR la sentencia de 21 de septiembre de 2017 proferida el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, la cual queda así:

PRIMERO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales de la señora Myriam Pulido Pardo dentro de la acción de tutela por ella presentada contra el Tribunal Administrativo de Boyacá, en lo que negativa de devolución de aportes se refiere.

SEGUNDO: AMPARAR el derecho de acceso a la administración de justicia de la señora Myriam Pulido Pardo, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el 27 de abril de 2017, únicamente, en lo que respecta a la confirmación de la condena en costas realizada por el Juzgado Doce Administrativo de Tunja, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho con radicado 2015-00197-00.

TERCERO. ORDENAR al Tribunal Administrativo de Boyacá que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente providencia, emita nueva decisión en relación con la condena en costas proferida en contra de la señora Myriam Pulido Pardo, en sede de primera instancia, dentro del asunto contencioso identificado en el numeral anterior.”

Como fundamento sostuvo:

“De la condena en costas.

La Sala procede ahora, a estudiar lo pertinente respecto a la condena en costas impuesta por la autoridad judicial de primera instancia a la actora, la cual se mantuvo por el Tribunal de Boyacá en la providencia controvertida a través de la acción de amparo, pese a que en la misma no se impusieron, por cuanto la parte demandada no intervino en la segunda instancia.

(...)

Así, una vez revisados en conjunto los requisitos anteriormente señalados, concluye la Sala que la norma es clara en determinar que la condena en costas procede respecto de la parte vencida en toda sentencia, salvo en aquellas donde se ventile un interés público, siempre y cuando “en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

Retomando el contenido de la decisión cuestionada emitida por las autoridades judiciales dentro del proceso ordinario objeto de la litis, anteriormente transcritos en su parte pertinente, se observa que el único fundamento que se tuvo en cuenta para condenar en costas en primera instancia a la señora Myriam Pulido Pardo, fue el tenor del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, pero nada se dijo acerca de los gastos y/o agencias en derecho en que se pudo haber incurrido y menos, que los mismos estuvieren acreditados en el proceso.

(...)

*Se concluye que la interpretación del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, que señala que “la sentencia dispondrá sobre la condena en costas” no debe ser de manera literal, ya que dicha labor debe hacerse de manera armónica junto con las disposiciones del Código General del Proceso pertinentes, tal y como lo previó el legislador, lo cual permite concluir que **el juez está facultado para condenar o no en costas a la parte vencida, siempre y cuando las mismas estén acreditadas en el proceso.***

Por lo expuesto, la Sala considera que el hecho de que el Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Tunja haya condenado en costas a la señora Myriam Pulido Pardo, y el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Decisión 3, haya mantenido tal decisión, sin advertir que las mismas, posiblemente, no se encuentren causadas ni debidamente acreditadas en el expediente, vulnera su derecho de acceder a la administración de justicia. (Subrayado del original y negrillas fuera de texto)

En la sentencia de primera instancia dijo la jueza a-quo “Se fija como Agencias en Derecho, a favor de esta entidad demandada, en el presente asunto la suma correspondiente al uno (1%) del valor de las pretensiones negadas en la presente providencia...”

Es decir, no se observa que la providencia se haya ocupado de explicar las razones de la condena en costas, en consecuencia, se revocará en este aspecto.

En consecuencia, en cumplimiento a la sentencia proferida por el Consejo de Estado, se modificará el numeral segundo de la sentencia proferida el 27 de abril de 2017 por esta Sala para revocar los numerales tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia para en su lugar, señalar que no habrá condena en costas en la primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

- 1. Dar cumplimiento** a la sentencia proferida el 1 de diciembre de 2017 por la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el proceso con radicación número 11001-03-15-000-2017-01451-01, siendo accionante la señora Myriam Pulido Pardo y accionado este Tribunal.
- 2. Modificar** el numeral **tercero** de la sentencia proferida el 27 de abril de 2017 por esta Sala, en su lugar se dispone:

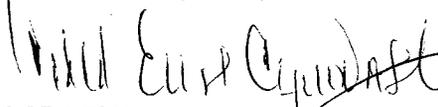
“Se confirma la sentencia de 26 de octubre de 2016 proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por MYRIAM PULIDO PARDO contra el Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, excepto los numerales tercero y cuarto que se revocan. En su lugar se dispone:

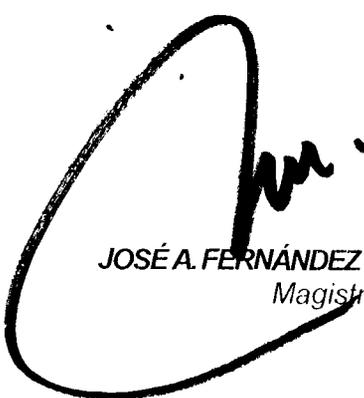
Tercero: Sin costas en la primera instancia.”

3. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

Notifíquese y cúmplase,


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada


JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Hoja de firmas

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE CONJUECES

Conjuez Ponente: Dr. DIEGO MAURICIO HIGUERA JIMÉNEZ

Tunja, 09 FEB 2018

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIA TERESA GALINDO TORRES
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE
ADMINISTRACION JUDICIAL
RADICACIÓN: 15001233310014201200099-01

Se procede a proferir sentencia de Segunda instancia dentro del proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1

La doctora MARTHA LUCIA RUEDA CAMARGO, a través de apoderado judicial, presentó demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL, que en primera instancia mereció un fallo inhibitorio, por ineptitud sustantiva de la demanda. El día 15 de Octubre de 2013 la demandante por medio de su apoderado interpuso recurso de apelación contra dicho fallo

1.1.1 Declaraciones y condenas

El objeto de la demanda es:

1.1.1.1 Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio DESTJ11-2783 DEL 28 de Octubre de 2011, suscrita por el Director Seccional de Administración Judicial de Tunja mediante el cual se resuelve el derecho de petición presentado por su poderdante

1.1.1.2 Se declare la Nulidad de la resolución No 6723 del 30 de diciembre de 2011, expedida por el Director Ejecutivo de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura – sala administrativa – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación presentado por la demandante y se confirma el acto administrativo -- referencia DETJJ11-2783 del 28 de octubre de 2011.

1.1.1.3 Como consecuencia de la nulidad que solicita, se restablezca su derecho, se declare que la demandante tiene derecho a que los demandados le re-liquiden y paguen su remuneración y prestaciones sociales a partir del 1 de enero de 2009, al tenor de lo ordenado en el Decreto 1251 de 2009 incluyendo lo que por todo concepto percibe anualmente un Magistrado de una Alta Corte, todos los ingresos laborales totales anuales de carácter permanente que devenga, que son: asignación básica, gastos de representación, prima de navidad, auxilio de cesantía, y la prima

especial de servicio liquidada con base en la totalidad de los ingresos laborales anuales de carácter permanente que devengan los congresistas, es decir: sueldo básico, gastos de representación, prima de localización y vivienda, prima de salud, prima de servicios, prima de navidad y cesantía conforme la normatividad y la jurisprudencia administrativa que así lo ordena.

1.1.1.4 Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se condene a la parte demandada a cancelar a la demandante las diferencias adeudadas por concepto de su remuneración y sus prestaciones sociales a partir del 1 de enero de 2009, de acuerdo al decreto 01251 de 2009, estableciendo lo que por todo concepto percibe anualmente un magistrado de las altas cortes, incluyendo todos los ingresos laborales totales anuales de carácter permanente que devenga

1.1.1.5 Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se Condene a la NACIÓN - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja, a cancelar a la demandante las diferencias adeudadas por concepto de su remuneración y sus prestaciones sociales a partir del 1º de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2013, al tenor de lo dispuesto por los art. 2º y 3º del Decreto 1251 de 2009, estableciendo lo que por todo concepto percibe anualmente el Magistrado de las Altas Cortes, incluyendo todos los ingresos laborales totales anuales de carácter permanente que devenga, que son: asignación básica, gastos de representación, prima de navidad, auxilio de cesantía y la prima especial de servicio, liquidada con base en la totalidad de los ingresos laborales anuales de carácter permanente que devengan los Congresistas, es decir: sueldo básico, gastos de representación, prima de localización y vivienda, prima de salud, prima de servicios, prima de navidad y cesantía, conforme la normatividad y la jurisprudencia administrativa lo ordena.

1.1.1.6 Que se ordene a la NACIÓN, RAMA JUDICIAL, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL a que el pago de la diferencia salarial y las prestaciones sociales adeudados a mi representado desde el 1 de enero de 2009, se imputen con cargo al ordinal otros - otros conceptos de servicios personales autorizados por ley, como lo ordena el Decreto 01251 de 2009"

1.1. 2 Hechos

Los hechos que sustentan las anteriores pretensiones¹ son los siguientes:

1.1.2.1 Relató, que MARIA TERESA GALINDO TORRES presta sus servicios en la Rama Judicial como Jueza Promiscua Municipal de Viracachá (Boy.).

1.1.2.2 Señaló, que en razón a su cargo tiene derecho a que en su remuneración se cancele teniendo en cuenta el valor correspondiente al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto perciba anualmente el Magistrado de las Altas Cortes en el porcentaje indicado en el Decreto 1251 de 2009.

¹ Folios 2 a 5

1.2.2.3 Indicó, que según lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 4 de 1992, los Magistrados de las Altas Cortes tienen derecho al pago mensual de la prima especial de servicios que sumada a los demás ingresos laborales, igualen a los percibidos en su totalidad, por los miembros del Congreso, sin que en ningún caso los supere.

1.2.2.4 Que el Decreto 10 de 1993 por el cual se reglamentó el artículo 15 de la Ley 4 de 1992 determinó que para establecer la prima especial de servicios de los magistrados de las Altas Cortes se debe liquidar teniendo en cuenta los ingresos laborales totales anuales permanentes percibidos por los miembros del Congreso y que las normas antes señaladas refieren que los ingresos laborales totales anuales de los Congresistas y los Magistrados de las Altas Cortes deben corresponder a sumas iguales.

1.2.2.5 Aseguró, que la prima especial de servicios a que tiene derecho el Magistrado de las Altas Cortes debe liquidarse tomando todos los ingresos laborales totales anuales de carácter permanente devengados por el Congresista los cuales son sueldo básico, gastos de representación, prima de localización y vivienda, prima de salud, prima de servicios, prima de vejez y cesantía.

1.2.2.6 Manifestó, que al establecerse el monto de la prima especial de servicios que percibe el Magistrado de Altas Cortes inexplicablemente no se tuvo en cuenta el valor referente a la cesantía, que corresponde a un ingreso total anual de carácter permanente que perciben los congresistas, siendo necesario computar dicho valor para establecer el valor a cancelar por concepto de prima especial de servicios.

1.2.2.7 Aseveró, que la jurisdicción Contencioso Administrativa en diferentes sentencias sostiene que el artículo 15 de la Ley 4 de 1992 es de tal claridad y contundencia que no amerita discusión o análisis y que indica que se debe pagar a los Magistrados de las Altas Cortes de la diferencia adeudada por concepto de prima especial de servicios teniendo en cuenta para su respectiva liquidación la totalidad de los ingresos laborales totales anuales de carácter permanente que devenguen los congresistas incluyendo el auxilio de cesantías.

1.2.2.8 Que al no haberse tenido en cuenta el valor correspondiente a las cesantías devengadas por los Congresistas, la cancelación que por todo concepto percibe anualmente el Magistrado de las Altas Cortes no correspondía a la realidad, siendo necesario que se entablaran demandas para que se les cancelara la diferencia adeudada por concepto de prima especial de servicios, teniendo en cuenta para su liquidación y pago todos los ingresos laborales totales anuales de carácter permanente percibidos por el Congresista como es el auxilio de cesantía.

1.2.2.9 Mencionó, que la jurisdicción administrativa en diferentes fallos reconoció este derecho innegable que tienen los Magistrados de las Altas Cortes a "que el monto total anual que por todo concepto de ingresos laborales permanentes reciben estos funcionarios, sea idéntico".

1.2.2.10. Alegó, que el no pago de la prima especial de servicios en la forma ordenada por el ley y reconocida en múltiples sentencias proferidas por la

Jurisdicción Administrativa frente a manera directa la remuneración de la demandante desde el 1 de enero de 2009 en adelante, toda vez que es sobre el valor correspondiente al sistema porcentual (70%) de lo que por todo concepto perciba anualmente el Magistrado de las Altas Cortes, que se debe liquidar su remuneración como lo ordena el Decreto 1251 de 2009.

1.2.2.11 Indicó, que la sentencia del 14 de septiembre de 2007 que profirió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha sido que devenga como Magistrado del H. Consejo de Estado, hace parte de un ingreso laboral que se causa de manera permanente y se liquida año a año, y dicho factor hace parte de los ingresos totales anuales”

1.2.2.12 Mencionó, que no obstante las normas legales y los diferentes fallos que especifican como liquidar y pagar la prima especial de servicios a los Magistrados de las Altas Cortes, la Entidad demandada continúa rebajándola al no computar el monto cancelado al Congresista por concepto de cesantía, razón por la cual la remuneración de la accionante desde el 1 de enero de 2009 no se efectúa como lo establece el Decreto 1251 del 14 de abril de 2009 respecto de lo que por todo concepto perciba anualmente el Magistrado de las Altas Cortes desconociéndose que la referida prima especial ya se pagó correctamente a varios Magistrados de Altas Cortes

1.2.2.13 Aseguró, que mediante demanda de petición solicitó a la demandada que se le reconozca y cancele la diferencia adeudada al tenor de lo normado en el Decreto 1251 de 2009, por la omisión de pagar de las cesantías devengadas por los Congresistas al liquidar la prima especial de servicios que devenga el Magistrado de las Altas Cortes, de conformidad con la normatividad que regula la liquidación de la prima especial de servicios y los citados fallos.

1.2.2.14 Que dicha petición se negó por escrito del oficio DESTJ11-2783 del 28 de Octubre de 2011 que expidió el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Tunja, que interpuso recursos de apelación contra el mismo y que fue resuelto de manera desfavorable mediante Resolución N. 6723 del 30 de Diciembre de 2011 que profirió el Director Ejecutivo de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura.

1.2.2.15 Señaló, que de acuerdo a la información que se allega y que expidió la Entidad Demandada, la diferencia entre los ingresos laborales totales anuales de los Congresistas y los Magistrados de las Altas Cortes, incluyendo la cesantía devengada por ambos funcionarios, para el año 2009 es de \$14.509.560.75 y para el año 2010 de \$14.799.756.33, con lo que se demuestra que los ingresos laborales totales anuales de los congresistas y los Magistrados de las Altas Cortes no son iguales violándose las disposiciones que establecen que deben ser idénticos.

1.1.3 Normas violadas y concepto de citación²

² Folios 5 a 9.

Considera que las decisiones contenidas en los actos administrativos demandados violan las siguientes normas de la Constitución Política y de las leyes y decretos que la han desarrollado:

Constitucionales: Artículos 2, 4, 6, 13, 25, 83, 58 y 230

Legales: artículo 2, literal a) y el artículo 15 de la Ley 4 de 1992

Artículo 27 del Código Civil

Artículo 5 de la Ley 153 de 1887

Artículo 115 de la Ley 1395 de 2010

Artículo 4 de la Ley 169 de 1869.

Decreto 1251 de 2009

Decreto 10 de 1993

Como **concepto de violación** expongo que los actos acusados de nulidad vulneran derechos fundamentales de la demandante, como la igualdad, el trabajo y los derechos adquiridos, que es deber del Estado garantizar la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y que no pueden desconocer la normatividad vigente y la jurisprudencia administrativa que dispone como se debe liquidar la prima especial de servicios devengada por los Magistrados de las Altas Cortes afectando de manera evidente la remuneración a la que tiene derecho la accionante.

Que el artículo 15 de la Ley 4 de 1992, los artículos 1 y 2 del Decreto 10 de 1993 determinó que los Magistrados de las Altas Cortes devenguen una prima especial de servicios, la cual tiene como finalidad que los ingresos laborales totales anuales que perciben estos funcionarios correspondan de manera igual a los ingresos laborales totales anuales de los Congresistas de la República, igualdad que por expresa disposición legal debe realizarse por medio de la prima especial de servicios.

Refirió, que la prima que devenga el Magistrado de las Altas Cortes debe ser liquidada con base en los ingresos totales laborales anuales establecidos para los congresistas, para estos efectos, se debe tener en cuenta que cuando los mencionados preceptos se refieren a los ingresos laborales totales anuales, indican de manera indiscutible que para determinar la prima especial de servicios que percibe el Magistrado de las Altas Cortes, es necesario tener en cuenta todo tipo de ingresos laborales de carácter permanente establecidos para los congresistas.

Que al tenor de lo ordenado en el artículo 27 del C.C. cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal e ineluctablemente se consultará su espíritu, que esta disposición fue ignorada por la Entidad Demandada al no liquidar correctamente la prima especial de servicios a los Magistrados de las Altas Cortes e interpretar con un alcance restrictivo la ley 4 de 1992 en su artículo 15 y el Decreto 10 de 1993, desconociendo que el auxilio de cesantía que devenguen los congresistas hace parte de sus ingresos laborales totales anuales como lo sostiene el Consejo de Estado.

Adujo, que no cabe razonamiento legal alguno que la demandada no tenga en cuenta dicho valor en la liquidación de la prima especial de servicios que perciben

los Magistrados de las Áreas Funcionales para establecer la remuneración de la comerciante, de conformidad con el Decreto 1251 de 2009.

Considero que la denuncia de la gaceta es infundamental, que al existir normas exactamente aplicables al caso en estudio (Ley 4 de 1992, artículo 15, Decreto 10 de 1998, Decreto 1251 de 2009) se emiten sentencias condenatorias a favor de varios Magistrados de las Áreas Funcionales, es innegable el derecho que tienen todos los Magistrados de las Áreas Funcionales a la remuneración de la prima especial de servicios, así surgir un derecho administrativo para los mismos, lo que implican un derecho inextinguible de la Administración, la obligación a lo dispuesto en el Decreto 1251 de 2009 no ocasiona ningún perjuicio a lo que por todo concepto percibe anualmente un Magistrado de las Áreas Funcionales como consecuencia de la correcta liquidación de la prima especial de servicios devengada por dichos funcionarios, y así liquidar su remuneración.

1.2 el fallo en primera instancia

Considera el Despacho el caso un caso inibitorio por existir una "inepta demanda" en razón a lo siguiente:

De acuerdo al artículo 133 del CCA, según el cual se deben individualizar las pretensiones, infiere en tal que no la Resolución No 6723 del 30 de diciembre de 2011, que resuelve un recurso de apelación respecto del Oficio DESTJ11-1933 del 11 de agosto de 2011 que a su vez da lugar a la al derecho de petición que presentó la demandante en 16 de mayo de 2011, circunstancia que necesariamente obligaba a atacar la legalidad tanto de dicho Oficio de la resolución precitadas, o, en su defecto del Oficio DESTJ11-1933 del 11 de agosto de 2011 y del que agotó vía gubernativa respecto a esta, pero como no hizo así, la demanda se torna inepta por una inerte individualización del objeto litigado.

1.3 la apelación

Solicita la revocatoria de lo emanado en primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda interpuesta en nombre de la doctora MARIA TERESA GALINDO TORRES, especialmente en lo que concierne al reconocimiento del reajuste salarial a favor de la demandante, de conformidad a lo establecido en el decreto 1251 de 2009.

Argumentó que con la sentencia no se vulnera la ley 446 de 1998 artículo 45, puesto que la demanda fue admitida y en la oportunidad procesal para ello el juzgador omitió exponer los defectos alegados, por lo que no es garantía para la parte demandante un fallo inibitorio.

También aduce que la no verificación de la Resolución No 6723 de 2011, expedida por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, generó el desconocimiento del derecho de que goza la actora procesal, por lo que al no haber conocido correctamente lo que por todo concepto recibe el magistrado de las Áreas Funcionales y liquidar la base de la prima especial de servicios conforme el artículo 15 de la ley 4 de 1992, y el decreto 10 de 1992 y la jurisprudencia que así lo ordena, infiere el apelante que por tal razón la mentada Resolución lo que hace es confirmar el Oficio Administrativo DESTJ11. 2783 de 28

de octubre de 2011, por el cual se revoca el derecho de petición presentado por su poderdante.

Anota además, que el acto administrativo por el cual se profiere la decisión inhibitoria DESTJ 11 1933 del 11 de agosto de 2011, no aparece en el expediente, por lo que considera la determinación se adopta sobre un documento que ni siquiera se allegó al plenario por lo que es procedente revocar la sentencia recurrida, actuando la primera instancia en contra de múltiples principios del derecho probatorio, como la prohibición de acudir al conocimiento particular, la unidad y necesidad de la prueba, entre otros; así tal caso infringiendo el artículo 53 Constitucional.

1.4. DEL TARMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 5 de febrero de 2014, la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Boyacá, avocó conocimiento del recurso y ordenó su admisión, conforme las reglas del artículo 212 del C.D.A. la anterior decisión en cuanto, esta entidad es competente para resolver la demanda.

Acabada la descongestión y una vez surtido el trámite legal, respecto a los impedimentos que presentaren los Magistrados de esta Corporación llegó el asunto a la actual sala de decisión de Conjuacod, recalcoando que mediante auto de fecha 18 de julio de 2017, se corrió traslado por allegar de conclusión en esta instancia. Las partes procedieron así:

ALEGATOS DE CONCLUSION

LA DEMANDANTE: una vez más solicita que revoque la sentencia impugnada, y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda que instauró la señora demandante, con el fin de obtener la paridad de los oficios y resoluciones mencionados en el escrito de demanda y se condene a la demandada a realizar el reconocimiento del reajuste salarial a favor de la demandante, conforme al decreto 1251 de 2009. El sustento de la petición planteada constituye una reiteración de los argumentos en derecho plasmados en el escrito de la demanda.

La accionada y el Ministerio Publico guardaron silencio.

2. CONSIDERACIONES

2.1. PROBLEMA JURIDICO

¿Se debe revocar la sentencia de primera instancia, conforme los argumentos planteados en el recurso de apelación, en pos de la garantía de efectivo acceso a la administración de justicia?

2.2. TESIS QUE DESPAREJA

La sentencia impugnada de la instancia superior en aplicación del precedente vertical sobre la materia.

2.2.1. SUSTENTO DE LA RESOLUCIÓN DE CASO

2.2.1.1 MARCO JURÍDICO

Establece el Código Contencioso Administrativo³ (decreto 01 de 1984), los siguientes artículos de especial relevancia para el sub-judice:

ARTÍCULO 66. AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA. Los actos administrativos quedan agotados en:

1. Cuando contra ellos se interponga recurso.
2. Cuando las solicitudes que piden su anulación hayan decaído.
3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.
4. Cuando haya lugar a la extinción, o cuando se acepten los desistimientos.

ARTÍCULO 67. AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA. El agotamiento de la vía gubernativa ocurrirá en los casos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo anterior, y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido impugnado en el término de oposición o de queja.

ARTÍCULO 135. POSIBILIDAD DE DEMANDA ANTE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA ACTOS PARTICULARES. La demanda por la que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término al proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, agota definitivamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio administrativo.

El silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa.

Sin embargo, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente ante los correspondientes actos.

ARTÍCULO 136. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES. Cuando se demande la nulidad de un acto, se debe individualizar con toda precisión.

³ Norma aplicable retrospectivamente en virtud de lo establecido en el artículo 903 de la ley 1437 de 2011.

Cuando se pretendan declarar nulos o condes diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

Si se alega el silencio administrativo en la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren.

Del análisis sistemático de la fuente de derecho transcrita concluye la sala que:

- A. En tratándose la declaratoria de nulidad de un acto particular, deberá, en todo caso, agotarse la vía gubernativa, como requisito previo al accionar jurisdiccional.
- B. Que se agota vía gubernativa cuando se han decidido los recursos interpuestos o simplemente no queda ninguno.
- C. Que al agotarse la vía gubernativa deberán ser demandados los actos administrativos que resolvieron los recursos, si eran estos procedentes, conforme fue expuesto.

Respecto a la regla enunciada en el literal c), ha dicho el H. Consejo de Estado⁴, ha sentado sub reglas, en torno a las situaciones que pueden presentarse:

“ En primer lugar “que se revoca totalmente el acto administrativo impugnado, en cuyo caso, éste desaparece del ámbito jurídico, subsistiendo únicamente el acto revocatorio; la determinación de dejar sin efectos una decisión anterior de la administración, puede a su vez causar un daño a un tercero, evento en el cual podrá interponerse recursos de vía gubernativa en su contra y demandario independientemente sin que en tal caso haya necesidad de citar en su demanda como acto demandado aquel que fue objeto de la revocatoria, puesto que precisamente, ya no existe, no es el que produjo el supuesto daño ni es al respecto de lo que se cuestiona. A esto es a lo que se refiere el artículo 112 al decir que “si el acto fue revocado, solo procede demandar la última decisión”.

En segundo lugar, “que se revoca o confirme el acto administrativo impugnado, caso en el cual la decisión es emanante en una unidad jurídica completa contenida en dos pronunciamientos separados físicamente y expedidos en distinto tiempo por componentes de un solo querer de la administración, que se toma íntegramente. En este caso, el afectado con la decisión de la administración, debe ser oírse si prefiere que se declare su

⁴ Consejo de Estado Sección Tercera Subsección Cuarta C. 2011, Expediente Rolón Baturovich R: 11001-03-26-000-2001-00030-01(2011)

...... para resolver tanto el acto administrativo
... de la ejecución administrativa resolviendo
... de una situación jurídica particular,
... resolvió el recurso en su contra,
... que quede correctamente
... de la impugnación judicial. Tal y
... alternativa en el sistema colombiano no
... situaciones individuales o concretas;
... con los mismos y con miras a lograr
... que los actúe, modifique o revoque;
... para formar así una unidad
... para efectos de una futura
... administrativa.

Finalmente ... que expresa la administración para
... una decisión particular, aquella
... relacionado con el asunto sometido
... las cuales corresponderán, en tal
... respecto del cual el afectado podrá a
... ante la jurisdicción contencioso
... sólo dirigirá sus pretensiones
... nuevas disposiciones". Sub-raya
fuera del texto original.

Respecto a la segunda sub-regla se ha determinado por el organo de cierre en la Jurisdicción De Lo Contencioso Administrativo, lo siguiente:

... de nulidad de actos administrativos,
... que se demanda exige la inclusión de
... contengan la totalidad de la voluntad
... de la máxima Corporación: "dicha
... a la necesidad de mantener la
... que permanezcan vigentes en
... un fallo judicial. No se compadece
... luego de emitida una sentencia, se
... contrarios a lo allí decidido⁶" y
... consecuencia del incumplimiento
... cuando no se ha observado al
... de improba demanda, lo que
... del fondo del asunto⁷" negrilla y
sub raya fuera del texto original.

⁵ Consejo de Estado Sección 2 Subsección B Verdad, 10 de mayo de 2008, Jesús María Lemos Bustamante R: 20001-23-31-000-2002-01522-01(10007-05).

⁶ Ibíd.

⁷ Ibíd.

Entonces, conforme lo tiene establecido la Superioridad de esta Corporación y sin que se vislumbren causales objetivas para apartarse del precedente, habrá de concluirse que la ineptitud de la demanda advertida al momento de emitir sentencia, genera un fallo inhibitorio, en tanto, no se encuentran satisfechos los requisitos procesales necesarios para una decisión al fondo del asunto.

2.2.1.2. DEL CASO CONCRETO

La pretensión primera tiene por objeto la declaratoria de Nulidad del acto administrativo Oficio N° DESTJ11-2783 de fecha 28 de octubre de 2011, expedido por la Dirección Ejecutiva Seccional de la Administración Judicial de Tunja; el cual según se vislumbra a folio 20 concedió en tanto procedentes, “*los recursos de ley*”; entendiéndose los de vía gubernativa.

Contrario a lo afirmado por el recurrente, no aparece probado en el plenario que la accionante haya agotado vía gubernativa, pues, no se evidencia interposición de recurso de apelación en contra de Oficio N° DESTJ11-2783 de fecha 28 de octubre de 2011.

Para esta Sala no resulta menos que contradictoria la afirmación en torno a que se trata de un error mecanográfico de la Resolución 5723 del 30 de diciembre de 2011, pretendiendo indicar que auténticamente resolvió el recurso de apelación de un oficio y no de otro⁸; en tanto, conforme se conserva a folio 22 el recurso de apelación se presenta en fecha 16 de agosto de 2011 en contra del Oficio DESTJ11-1933 de fecha 11 de agosto de 2011, mientras que el Oficio N° DESTJ11-2783, solo fue notificado (conforme se vislumbra a folio 4) el día 4 de noviembre de 2011, es decir, conforme las máximas de la sana crítica, es posible entender que se ha puesto un recurso de apelación contra un acto administrativo que no se ha emitido. Menester es concluir que no se trata de error mecanográfico, conforme se afirma y que se está presentando como prueba, por lo tanto, se está demandando un recurso de apelación no asociado al acto administrativo enunciado en la pretensión primera.

En virtud de lo anterior, resulta claro que en lo que atañe al Oficio N° DESTJ11-2783, no se encuentra demostrado el agotamiento de la vía gubernativa, consecuentemente no se encuentran justificados los presupuestos para acudir a la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Respecto a la pretensión segunda, se afirma que tiene como eje central la declaratoria de Nulidad del acto administrativo Resolución N° 6723 DE 2011 mediante la cual se resuelve un recurso de apelación.

⁸ Esto es, pronunciarse respecto al Oficio N° DESTJ11-1933 de fecha 11 de agosto de 2011, en lugar de lo que literalmente se lee, cual es, Oficio N° DESTJ11-2783 de fecha 28 de octubre de 2011.

Conforme los fundamentos a méritos, en los corantes artículos 22 a 31, de la Ley Orgánica de plena presunción de veracidad de los documentos que resuelve respecto a la autenticidad del DEST.014-1938 de fecha 17 de agosto de 2011, aportados por la entidad accionada en el proceso probatorio, desde ya se indica que el recurso no quebrantado la presunción de veracidad, como se alega al acto administrativo que sirven al proceso.

Emerge en esta vista que la acción es compleja⁹, por lo que no puede demandarse y aportarse el objeto de la acción por que al no haberse enjuiciado en su totalidad, se encuentra dotado de los atributos que harían inoportunas las costas.

La justicia procesal administrativa es esencialmente dispositiva en cuanto al inicio de la acción, por lo tanto, no puede emitir fallos como un juez natural que delimita de forma directa la causalidad judicial que actúa como juez natural, en imposibilidad de emitir un fallo que requeira el Honorable Consejo de Estado.

En virtud de lo expuesto, no cabe de aplicarse el fallo emitido por el Juzgado Primero Administrativo de Manabí.

3. De las costas

En el criterio de esta Sala al momento de rayar con la temeridad, al proferir un fallo "error mecanográfico" cuando no existía tal error, se trató de un recurso interpuesto en fecha anterior a la emisión del fallo que no podía existir tal.

Sin embargo, conforme se evidenciará en la menor gestión en esta instancia que permite concluir la causación de costas,

como se evidencia de las documentales allegados de falsos, por lo tanto que gozan de plena presunción de veracidad, que el recurso se interpone y de hecho sustancial que se deriva del Oficio 014-1938. Vale la pena resaltar que son documentos que alientan el alicado principio de unidad de la prueba que se alega al acto que la ha aportado; ergo, el recurso no vulnera tal principio, tampoco, ha quebrantado el principio de veracidad, pues, el documento particular al asunto, pues, no aparece creado en las pruebas que

se alega al acto que la ha aportado; ergo, el principio de la proposición jurídica que se alega al acto que la ha aportado, ha debido ser considerado en la sentencia de fecha 11 de agosto de 2011, que sigue surtiendo efectos jurídicos, en virtud de su legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad;

por lo tanto, el principio de la proposición jurídica que se alega al acto que la ha aportado, ha debido ser considerado en la sentencia de fecha 11 de agosto de 2011, que sigue surtiendo efectos jurídicos, en virtud de su legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad;

por lo tanto, el principio de la proposición jurídica que se alega al acto que la ha aportado, ha debido ser considerado en la sentencia de fecha 11 de agosto de 2011, que sigue surtiendo efectos jurídicos, en virtud de su legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad;

por lo tanto, el principio de la proposición jurídica que se alega al acto que la ha aportado, ha debido ser considerado en la sentencia de fecha 11 de agosto de 2011, que sigue surtiendo efectos jurídicos, en virtud de su legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad;

por lo tanto, el principio de la proposición jurídica que se alega al acto que la ha aportado, ha debido ser considerado en la sentencia de fecha 11 de agosto de 2011, que sigue surtiendo efectos jurídicos, en virtud de su legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad;

⁹ Derivado del hecho temerario del actor, como lo indica el artículo 103 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

aunado a que la negativa a imponerlas en primera instancia no fue objeto de alzada, se dispondrá, según lo preceptuado por el artículo 171 del CCA que no haya condena en costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjueces del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar en todas y cada una de sus partes la sentencia emitida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Tunja en sentencia de fecha 30 de septiembre de 2013.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Previas constancias del caso, devuélvase el expediente al despacho que en la actualidad supla al de origen.

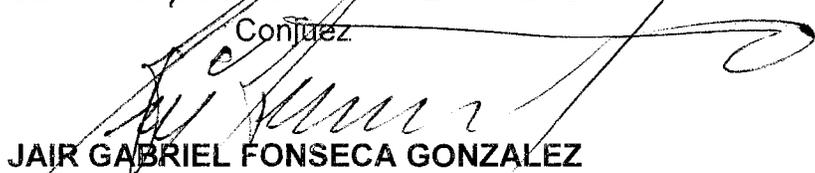
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.



DIEGO MAURICIO HIGUERA JIMENEZ
Conjuez Ponente



SULMA CLEMENCIA TORRES GALLO
Conjuez



JAIR GABRIEL FONSECA GONZALEZ
Conjuez

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE CONJUECES

Tunja, 09 FEB 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: IVAN ORLANDO FONSECA ROJAS
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE
ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Radicación: 150012333000201600053-00

Ingresa el expediente al despacho, informando que se aceptó la renuncia al conjuez ponente de este proceso.

Efectivamente fue allegada al expediente copia del Acuerdo No. 0002 del 29 de enero de 2018, mediante el cual la Sala Plena de esta corporación acepta la renuncia de la Conjuez Ponente Dra. DEISY JOANNA FORERO, en consecuencia se ordenará realizar diligencia de sorteo para reemplazarla.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: Por secretaría de la corporación realícese el sorteo del conjuez que habrá de reemplazar a la doctora DEISY JOANNA FORERO quien era la conjuez ponente en este proceso. Comuníquesele y désele posesión en legal forma.

SEGUNDO: realícese la diligencia de sorteo ordenada mediante auto de fecha 04 de octubre de 2017.

Notifíquese y cúmplase


SULMA CLEMENCIA TORRES GALLO

Conjuez

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE CONJUECES

Tunja, 30 FEB 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: JAIME ALBERTO PULIDO ALAYON
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE
ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Radicación: 150012333000201600355-00

Ingresas el expediente al despacho, informando que se aceptó la renuncia al conjuez ponente de este proceso.

Efectivamente fue allegada al expediente copia del Acuerdo No. 0002 del 29 de enero de 2018, mediante el cual la Sala Plena de esta corporación acepta la renuncia de la Conjuez Ponente Dra. DEISY JOANNA FORERO, en consecuencia se ordenará realizar diligencia de sorteo para reemplazarla.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: Por secretaría de la corporación realícese el sorteo del conjuez que habrá de reemplazar a la doctora DEISY JOANNA FORERO quien era la conjuez ponente en este proceso. Comuníquesele y désele posesión en legal forma.

SEGUNDO: realícese la diligencia de sorteo ordenada mediante auto de fecha 30 de octubre de 2017.

Notifíquese y cúmplase


SULMA CLEMENCIA TORRES GALLO

Conjuez