

# Boletín Jurisprudencial



## Tribunal Administrativo del Magdalena

Julio – Septiembre 2020  
No. 8



**Boletín No. 8**

**Julio a Septiembre de 2020**

Editorial

Jurisprudencia Relevante:

[1. Acciones Constitucionales](#)

[1.1. Acciones de Tutela](#)

[2. Nulidad y Restablecimiento del](#)

[Derecho](#)

[3. Reparación Directa](#)

[4. Ejecutivos](#)

[5. Otros Medios De Control y Trámites Especiales](#)

### EDITORIAL

La Presidencia del Tribunal Administrativo del Magdalena, con el apoyo de la Relatoría de esta Corporación, se complace en publicar el Boletín Jurisprudencial No. 8 (Julio – Septiembre de 2020), contentivo de las decisiones judiciales de mayor impacto social y relevancia jurídica proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el Departamento del Magdalena durante este periodo.

También recordamos a los usuarios de la Corporación que debido a la situación causada por la emergencia sanitaria declarada con ocasión de la pandemia causada por el Covid-19, la atención en la Relatoría se prestará de forma virtual, por lo que los instamos a elevar sus solicitudes de jurisprudencia al correo [reltribadmsmta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:reltribadmsmta@cendoj.ramajudicial.gov.co), las cuales serán atendidas en el menor tiempo posible.

# I. Jurisprudencia Relevante

## 1. Acciones Constitucionales

### 1.1. ACCIONES DE TUTELA

**Magistrada Ponente:** Elsa Mireya Reyes Castellanos

**Providencia:** Sentencia 2ª Instancia

**Fecha:** 15/01/2020

**Accionante:** JUAN MARTÍN OLIVARES ACOSTA

**Demandado:** COMISIÓN ESCRUTADORA  
MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS

**Radicación:** 47-001-3333-007-2019-00358-01

**ACCIÓN DE TUTELA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA /** Constituye una garantía que la persona que presenta la acción le asiste un interés directo y particular respecto del amparo que solicita al juez constitucional, de tal forma que fácilmente el fallador pueda establecer que el derecho fundamental es propio del demandante.

**AGENTE OFICIOSO /** Se encuentra legitimada para actuar como tal la persona que acredite los siguientes requisitos: i) La manifestación que indique que actúa en tal calidad, ii) La circunstancia real de que el titular del derecho no se encuentra en condiciones físicas y mentales para interponer la acción, iii) La ratificación de la voluntad del agenciado de solicitar el amparo constitucional.

**Problema jurídico:** De acuerdo a lo señalado en los hechos de la demanda y en la impugnación al fallo de primer grado, el análisis a realizar se centra en determinar si la acción de tutela resulta procedente en este caso-.

**Tesis:** “En el asunto sometido a consideración de la Sala, el señor Juan Martín Olivares Acosta, promovió acción de tutela en aras de que se le amparen sus derechos fundamentales a ser elegido y a elegir, al voto, al de defensa y al debido proceso que fueron conculcados por las accionadas al no recibirle ni resolverle una reclamación, en su calidad de apoderado de uno de los candidatos del Partido Político Cambio Radical, por presunto fraude electoral en unas mesas de votación en la Zona 02 del municipio de Ciénaga- Magdalena.

“Visto hasta aquí, del contenido de la tutela la Sala deduce claramente que tales derechos fundamentales no afectan al actor, pues, nada existe en el paginario que permita inferir la transgresión de los mismos sobre su persona. Ahora bien, comoquiera que el accionante esgrimió, en el libelo de la demanda, que elevó unas reclamaciones, en su condición de representante del señor John Marlon Almarales Berdugo, (candidato a la Asamblea por el Partido Político Cambio Radical con el Tarjetón 53), por haber advertido un fraude en algunas mesas, en contra del citado candidato, para la Sala es claro que los derechos aquí alegados como vulnerados afectan directamente a esta persona y no al accionante.

“Sin embargo, en el paginario no obra el respectivo poder especial que faculte al accionante para que, en sede de esta tutela, procure la defensa de los derechos fundamentales a elegir, ser elegido, a la defensa y al debido proceso que radican en cabeza del señor John Marlon Almarales Berdugo, (candidato a la Asamblea por el Partido Político Cambio Radical con el Tarjetón 53).

“De manera que, de acuerdo con los fundamentos jurisprudenciales expuestos en párrafos que anteceden, la acción de tutela resulta improcedente debido a que el accionante no se encuentra legitimado en la causa por activa.

“También, es necesario enfatizar que el accionante tampoco cumple con las condiciones para ser considerado como agente oficioso del señor John Marlon Almarales Berdugo, toda vez que: (i) en el escrito de tutela no manifiesta que actúa en dicha, calidad, y (ii) no se demuestra que este no pueda solicitar el amparo constitucional por su propia cuenta.

“Con fundamento en lo anterior, la Sala encuentra que el accionante no está legitimado en la causa por activa para interponer la presente tutela, toda vez que: (i) los derechos fundamentales alegados como conculcados afectan directamente a otra persona y (ii) porque no se acreditó la agencia oficiosa. En tal sentido, no se encuentra alguna evidencia fáctica que justifique la intervención del juez constitucional, por lo que la acción de tutela es improcedente.

“Por las anteriores razones, este Tribunal modificará la decisión impugnada, en el sentido de que la improcedencia de la acción de tutela deviene de la falta de legitimación en la causa por activa.

**[Sentencia de 15 de Enero de 2020 . Rad. No. 47-001-3333-007-2019-00358-01. M. P. Elsa Mireya Reyes Castellanos.](#)**

**Magistrada Ponente:** María Victoria Quiñones Triana  
**Providencia:** Sentencia 2ª Instancia  
**Fecha:** 09/07/2020  
**Accionante:** RAMÓN SEGUNDO VALENCIA  
ROMERO  
**Demandado:** UARIV  
**Radicación:** 47-001-3333-004-2020-00087-00

**ACCIÓN DE TUTELA / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / Motivación de actos que deciden sobre la inclusión en el Registro Único de Víctimas/** Es parte del derecho al debido proceso administrativo, porque permite que el ciudadano conozca con certeza las razones de la decisión de la administración y se garantice la seguridad jurídica.

**ACCIÓN DE TUTELA / DERECHO DE PETICIÓN / Solicitud de información sobre el pago de la indemnización por vía administrativa /** La sola asignación de la fecha de pago no es suficiente para entender satisfecho el derecho reclamado, correspondiendo a la UARIV no solo demostrar la asignación de una fecha de pago, un turno y la aplicación para la asignación de este del método de priorización antecitado, sino el para efectivo de la indemnización por parte del accionante, lo cual, hasta el momento, no ha ocurrido.

**INDEMNIZACIÓN POR VÍA ADMINISTRATIVA / Objetivo /** Busca responder a un hecho victimizante, cuantificando el daño sufrido y otorgando una reparación por el mismo, en procura de devolver a la víctima al estado previo en que se encontraba antes del suceso que originó tal condición.

**MÉTODO TÉCNICO DE PRIORIZACIÓN PARA LA ASIGNACIÓN DE TURNOS PARA EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR VÍA ADMINISTRATIVA /** Se encuentra consagrado en la Resolución 1049 de 2019.

#### **Problemas jurídicos:**

1. Examinar, en primer lugar, si la acción de tutela es procedente, atendiendo al cumplimiento del requisito de subsidiariedad.
2. Una vez constatado lo anterior, determinar si la UARIV vulneró los derechos fundamentales a la dignidad humana y al mínimo vital del señor RAMON VALENCIA, como consecuencia de la omisión por parte de la UARIV de no asignar un turno para pagar la indemnización administrativa reconocida por dicha entidad a través de la Resolución No. 04102019-58366 del 15 de octubre de

2019, en la que se le decidió otorgar tal medida por el hecho victimizante DESPLAZAMIENTO FORZADO.

3. Establecer si la accionada en el caso particular, aplicó el Método Técnico de Priorización, establecidos en la Resolución 1049 de 2019, para asignar el turno señalado, teniendo en cuenta los criterios establecidos para ello en el artículo 4 de misma normativa, y si esto fue comunicado al señor RAMON VALENCIA en términos de satisfacción del derecho de petición y al debido proceso.

**Tesis:** “(...) En el asunto bajo examen, se estudia la acción de tutela interpuesta por el señor RAMON VALENCIA contra la UARIV, en la que se invoca la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad humana, cuya presunta vulneración se deriva del incumplimiento en el pago de la indemnización administrativa que le fue reconocida la Resolución No. 04102019-58366 del 15 de octubre de 2019, y de manera específica de la ausencia de asignación de turno, bajo la aplicación del Método Técnico de Priorización, en atención a que no se le ha tenido en cuenta el cumplimiento de los criterios de priorización establecidos en el artículo 4 de la Resolución 1049 de 2019.

“En este contexto, cabe mencionar que durante el trámite de la acción de tutela, la UARIV manifestó que no se encuentra vulnerados los derechos invocados por el accionante, en razón que se le dio respuesta a su derecho de petición, bajo los parámetros establecidos para dar solución al caso concreto, respecto al tema de priorización de turnos y condiciones para dar prelación en el pago de la indemnización invocada, en calidad a víctima del desplazamiento forzado del actor, teniendo en cuenta los términos para esa clasificación de prioridad, contenidos en la Resolución 1049 de 2019.

“(…) Frente al caso particular del accionante y la respuesta a este derecho de petición aludido, que se reiteró en similares términos en el mes de mayo de 2020 se observa que: La entidad accionada emitió respuesta a la solicitud de indemnización administrativa por el hecho victimizante de desplazamiento forzado, expidiendo la Resolución N<sup>o</sup>. 04102019-58366 - del 15 de octubre de 2019 “Por medio de la cual se decide sobre el reconocimiento de la medida de indemnización administrativa a la que hacen referencia los artículos 132 de la Ley 1448 de 2011 y 2.2.7.3.1.y siguientes del Decreto Único Reglamentario 1084 de 2015” la cual decide de fondo sobre la solicitud de indemnización administrativa, e informa a la accionante el procedimiento a seguir para que se efectúe el pago, teniendo bajo este panorama que se dio el reconocimiento al derecho pretendido.

“Sin embargo respecto a la respuesta al derecho de petición elevado por el señor Valencia, donde solicita información (...) sobre el pago y el turno asignado para cancelarle la indemnización administrativa se encuentra que la respuesta que emitió esta entidad tanto en el mes de febrero como de mayo de 2020, no se ajusta a los presupuestos de que trata la Ley 1755 de 2015 –

Estatutaria de derecho fundamental de petición-, así como a lo definido por la jurisprudencia constitucional, toda vez que, no ha resuelto de fondo la pretensión, no guarda congruencia con lo pedido y no ha sido oportuna.

“Lo anterior, toda vez que se considera que pese a que en dicha respuesta se le indica unos plazos y un procedimiento para establecer la asignación de turno para el pago de la indemnización administrativa bajo los criterios de priorización establecidos en el artículo 4 de la Resolución 1049 de 2019, aplicados a un método técnico para tal fin, que debían ser adelantados a más tardar a la fecha del primer semestre de 2020, y comunicados al peticionario, a la fecha no hay evidencia probatoria que de esta manera se hubieran adelantado las actuaciones administrativas por la UARIV, para el caso que nos ocupa.

“En la respuesta aludida se indicó que solo hasta después del 31 de diciembre de 2019 se podría identificar la totalidad de las víctimas que les fue reconocida la indemnización que no contaban con criterio de priorización, para ello se estableció que la Unidad para la Víctimas, aplicaría el Método Técnico de Priorización en el primer semestre del año 2020, para determinar las personas a las cuales se les realizará la entrega de los recursos durante dicha vigencia, conforme a la disponibilidad de recursos destinados para éste efecto, sin embargo ello no se ha cumplido respecto el señor RAMON VALENCIA, encontrándose ya iniciado el segundo semestre del año 2020.

“Así las cosas se establece que en dicha respuesta, no se brindó respuesta de fondo a la solicitud del accionante, aunado que tampoco de manera posterior se emitió nuevo pronunciamiento por la UARIV, en los términos antes enunciados, no sea establecido la cuantía de la indemnización a pagar, el turno, o la fecha exacta a partir de la cual podría realizar el cobro, no se le ha comunicado los requisito para hacer efectivo el pago es presentar, quedando en evidencia que no ha iniciado el procedimiento técnico de priorización de pagos, ni los trámites pertinentes para el pago de la indemnización reconocida al señor Valencia, en su condición de víctima del conflicto armado. Bajo este panorama, esta Corporación estima, dista lo manifestado por la UARIV de encontrarnos frente a un hecho superado, por la sola razón de encontrarse en curso el proceso de pago, asignación de turno y priorización de pago, de manera contraria le asiste razón al Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Santa Marta en sus apreciaciones consignadas en el fallo de 4 de junio de 2020, sobre la insatisfacción al derecho de petición del actor, y con ello la transgresión al debido proceso, y el mínimo vital en su calidad de víctima del desplazamiento forzado, en donde las actuaciones enunciadas por la UARIV, no permiten arribar a la conclusión de que se encuentre satisfecha la pretensión de la accionante, pues no se constató que se puesto en marcha el procedimiento el pago de la indemnización administrativa, como requerimiento puntual que justifica el amparo planteado por el actor. (...) Con base en el análisis planteado, y acorde lo manifestado por la H. Corte Constitucional en casos como el que nos ocupa, huelga concluir que el pago de la indemnización administrativa que aquí se reclama, a pesar de tratarse de una suma única y de tener un contenido reparador –no prestacional–, sí guarda una relación directa con el amparo al mínimo vital y a la

dignidad humana de la accionante, pues no se observa que, por sus condiciones personales y de salud, tenga en la actualidad un ingreso distinto del cual pueda obtener recursos para asegurar su subsistencia. De ahí que, este Tribunal estime adecuada en este sentido la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia cuya orden se estima orientada a que se torne efectivo el pago del derecho reclamado.

“Sin embargo se ordenará ADICIONAR el numeral tercero de dicho fallo, en el sentido de imponer a la accionada, límite de tiempo y forma para adelantar las la aplicación del Método Técnico de Priorización, y los criterios de priorización establecidos en el artículo 4 de la Resolución 1049 de 2019, para la asignación de turno y pago de la indemnización administrativa al accionante”.

**[Sentencia de 09 de Julio de 2020 . Rad. No. 47-001-3333-004-2020-00087-00. M. P. María Victoria Quiñones Triana.](#)**

**Magistrado Ponente:** Adonay Ferrari Padilla  
**Providencia:** Sentencia 2ª Instancia  
**Fecha:** 03/08/2020  
**Accionante:** FANNY SALGADO DE CADAVID  
**Demandado:** NUEVA EPS Y OTROS  
**Radicación:** 47-001-3333-002-2020-00074-01

**ACCIÓN DE TUTELA / DERECHO A LA SALUD /** Aunque por razón de la pandemia, la actora no haya podido adelantar los trámites pertinentes para el reconocimiento de la sustitución pensional requerida –cuestión no imputable a la accionada-, y aun cuando no sea procedente ordenar a través de la presente solicitud de amparo lo propio, en aras de proteger el derecho a la salud de la accionante, quien es adulta mayor, se revela como necesario confirmar la ordenación impartida por el *a-quo* en el sentido de ordenar a la NUEVA EPS SA que garantice a la accionante la prestación de los servicios de salud hasta tanto ésta pueda adelantar los trámites correspondientes.

**Problema jurídico:** Determinar si le asistió razón o no al A-quo en tanto ordenó amparar el derecho fundamental a la salud invocado por la señora FANNY SALGADO DE CADAVID

**Tesis:** “(...) Así, pues, en el caso sub-júdice la señora FANNY SALGADO DE CADAVID, actuando en nombre propio, instauró acción de tutela a fin de que le fuesen protegidos sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital y que, como consecuencia de ello, se ordenara a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES) que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la expedición de la sentencia correspondiente, procediera a reconocer y pagar la sustitución pensional, en su condición de

cónyuge supérstite del señor JOSE DEL CARMEN MORALES TORRES; así como también, que se ordenara a la NUEVA E.P.S. habilitar la prestación de los servicios de salud en su favor, hasta tanto COLPENSIONES efectúe el reconocimiento pensional deprecado.

(...)

“Consecuentemente, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Santa Marta, mediante sentencia de calenda veintitrés (23) de junio de dos mil veinte (2020) dispuso TUTELAR el derecho fundamental a la salud de la señora FANNY SALGADO DE CADAVID, ordenando a la NUEVA E.P.S. S.A., como consecuencia de ello, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de dicha providencia realizara todas las gestiones pertinentes y necesarias para garantizar la prestación de los servicios de seguridad social en salud requeridos por la actora; precisándose además que, los mismos debían prestarse en los mismos términos en que se le venían prestando a la misma cuando figuraba como beneficiaria de su fenecido cónyuge JOSE DEL CARMEN MORALES TORRES y, hasta tanto culminaran los trámites administrativos de reconocimiento la plurimentada sustitución pensional.

(...)

“Puntualizado lo anterior y descendiendo al fondo de la cuestión litigiosa, advierte esta Colegiatura que el problema jurídico a dilucidar dentro del asunto sub lite se circunscribe en determinar si le asistió razón, o no, al A-quo en tanto ordenó amparar el derecho fundamental a la salud invocado por la señora FANNY SALGADO DE CADAVID. (...) En este sentido, advierte esta Corporación que se encuentra acreditado que al señor JOSE DEL CARMEN MORALES TORRES mediante Resolución No. 12509 del 21 de octubre de 1992, le fue reconocida una pensión de vejez, en cuantía inicial de \$65.190, efectiva a partir del 30 de octubre de 1992.

“Asimismo, se vislumbra que los señores FANNY BEATRIZ SALGADO SEGRERA y JOSE DEL CARMEN MORALES TORRES, contrajeron nupcias por el rito católico en calenda diecisiete (17) de agosto de dos mil catorce, conforme se desprende de la Partida de Matrimonio No. 177097, allegada al plenario por la accionante.

“Del mismo modo, se observa que el señor JOSE DEL CARMEN MORALES TORRES falleció el pasado veintitrés (23) de marzo de dos mil veinte (2020), en la ciudad de Santa Marta, de conformidad con el Certificado de Defunción No. 72217548-2.

“Aunado a lo anterior, se avizora que la accionante se encontraba afiliada a la NUEVA E.P.S. S.A., en calidad de Beneficiaria de su fenecido cónyuge, esto es, el señor MORALES TORRES.

“Finalmente se observa que la señora FANNY BEATRIZ SALGADO SEGRERA nació el día veintidós (22) de octubre de mil novecientos sesenta y dos (1962), circunstancia de la cual emerge que la actora cuenta en la actualidad con cincuenta y siete (57) años de edad, por lo cual ostenta la calidad de adulto mayor.

“En este sentido, esta Corporación procederá a CONFIRMAR la sentencia de calenda diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Santa Marta, por las razones que seguidamente se exponen.

“Pues bien, como en efecto lo señaló el A-Quo, el artículo 7° del Decreto Legislativo Número 491 del veintiocho (28) de marzo de dos mil veinte (2020), “Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, preceptúa:

*“Artículo 7. Reconocimiento y pago en materia pensional. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social para el reconocimiento en materia pensional y en aquellos casos en los que la normativa aplicable exija documento original o copia auténtica, bastará con la remisión de la copia simple de los documentos por vía electrónica. En todo caso, una vez superada la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social el solicitante dispondrá de un término de tres (3) meses para allegar la documentación en los términos establecidos en las normas que regulan la materia.*

*“Durante la Emergencia Sanitaria no se exigirá el requisito de acreditación del certificado de invalidez para efectos del pago de las mesadas pensionales de invalidez de los pensionados y beneficiarios del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales - FOMAG-.”*

“Colofón de lo anterior, tiénese que le corresponde a la accionante elevar solicitud ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES), tendiente a obtener el reconocimiento de la sustitución pensional a la cual estima tener derecho en su calidad de cónyuge supérstite del señor JOSE DEL CARMEN MORALES TORRES, a efecto de que dicho ente se pronuncie en torno a la procedencia de tal reconocimiento, sin que le sea dable a este ente exigirle a la accionante documentos auténticos u originales, en los términos señalados en la norma precitada; razón por la cual resultaría contrario a derecho ordenar en sede de tutela, el reconocimiento pensional deprecado por la parte actora, cuando ni siquiera se ha elevado ante dicha entidad solicitud en tal sentido.

“Ahora bien, no puede soslayarse que, conforme lo puso de presente el mandatario judicial de la accionante, tal solicitud no ha podido ser elevada, dado que no cuentan con el Registro Civil de Matrimonio correspondiente, por cuanto si bien el día diecisiete (17) de agosto de dos mil catorce, entre los señores FANNY BEATRIZ SALGADO SEGRERA y JOSE DEL CARMEN MORALES TORRES se celebró un matrimonio católico; lo cierto es que se omitió efectuar el registro del mismo en su oportunidad y, a causa de la actual emergencia sanitaria, la autoridad eclesiástica encargada de expedir el acta parroquial correspondiente no estaría prestando sus servicios.

“En este sentido y, habida consideración que el Decreto 1260 del veintisiete (27) de julio de mil novecientos setenta (1970) *“Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas”*, contempla como requisito sine qua non para efectuar tal registro la copia fidedigna de la respectiva acta de la partida parroquial, se colige la imposibilidad de la accionante de efectuar el plurimentado registro; omisión que no resulta endilgable a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

“En este sentido, advierte esta Corporación que si bien en la acción de amparo sub examine no resulta procedente ordenar el reconocimiento de la sustitución pensional deprecada, por las razones expuestas en párrafos precedentes; surge irrefragable la necesidad de ordenar a la NUEVA E.P.S. S.A. –como en efecto lo dispuso el A-quo en la providencia bajo estudio-, de garantizar a la accionante la prestación de los servicios de salud hasta tanto la misma pueda adelantar los trámites correspondientes; en aras de garantizarle a la misma la protección del derecho fundamental a la salud; atendiendo, principalmente, a la edad con la cuenta.

“En efecto, de arribarse a una inferencia distinta, se estaría obrando en claro desmedro de las garantías mínimas que pregona la Carta Fundamental, a más de que implicaría desconocer la existencia del actual estado de emergencia y, por ende, las distintas normas y actos administrativos expedidos con ocasión de este.

“De tal suerte que, habrá lugar a CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Santa Marta en calenda veintitrés (23) de junio de dos mil veinte (2020), como en efecto se hará constar en la parte resolutive del presente proveído.

**[Sentencia de 03 de Agosto de 2020 . Rad. No. 47-001-3333-002-2020-00074-01. M. P. Adonay Ferrari Padilla.](#)**

**Magistrada Ponente:** Maribel Mendoza Jiménez

**Providencia:** Sentencia 2ª Instancia

**Fecha:** 12/08/2020

**Accionante:** LEONOR NOGUERA DE CUZA  
(AGENTE OFICIOSO DE LEONOR  
CUZA NOGUERA)

**Demandado:** PORVENIR AFP, NUEVA EPS,  
SEGUROS ALFA S. A.

**Radicación:** 47-001-3333-001-2020-00054-01

**ACCIÓN DE TUTELA / DERECHO AL DEBIDO PROCESO** / Encierra múltiples garantías, una de ellas determinada a partir de la notificación del acto o dictamen que se predique.

**ACCIÓN DE TUTELA / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL EN CASOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE CONTENIDO PRESTACIONAL** / Aunque en principio no es procedente cuando se trata de asuntos que encierren el reconocimiento y pago de acreencias pensionales, existen ciertos requisitos que lo permiten, de acuerdo al caso que se encuentre en controversia y cuando el mecanismo para el reconocimiento del derecho que se pretenda no resulte idóneo y oportuno.

**DICTAMEN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL** / Uno de los requisitos esenciales para su firmeza es la notificación del mismo, especialmente a las entidades a cargo del eventual reconocimiento prestacional y a la aseguradora que asuma el riesgo de invalidez, vejez o muerte.

**Problemas jurídicos: 1.** ¿Las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, a la salud, al mínimo vital y vida digna, de la señora Leonor Paola Cuza Noguera, con ocasión a la falta de notificación del dictamen que calificó la pérdida de capacidad laboral de la misma en un 70%?

**2.** ¿Es procedente ordenar a las entidades accionadas al reconocimiento de la pensión de invalidez deprecada por la actora, con ocasión a la falta de notificación del dictamen que calificó la pérdida de capacidad laboral de la misma en un 70% mediante la acción de tutela?

**Tesis:** "(...) Descendiendo al caso concreto se advierte que en el escrito de la acción de tutela presentada por la señora Leonor Cecilia Noguera Cuza quien actúa en calidad de agente oficioso de su hija Leonor Paola Cuza Noguera, la accionante pretende que le sean amparados sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la salud.

"Solicitó que le sea ordenado a la entidad prestadora del servicio de salud Nueva E.P.S emitir el acta ejecutoria del dictamen N° 4154183 de fecha 16 de diciembre de 2019, y la vinculación de su

hija a los servicios de salud por su estado de invalidez. Adicional a ello, pretende que le sea ordenado al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, una vez recibida la ejecutoria del dictamen, reconocer y pagar la pensión de invalidez de la señora Leonor Paola Cuza Noguera correspondiente al dictamen de pérdida de capacidad laboral del 70 % emitido por la empresa prestadora del servicio de salud Nueva E.P.S.

“El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Marta, mediante providencia del 24 de junio del 2020, amparó el derecho al debido proceso de la actora, negando las demás pretensiones incoadas en la tutela de la referencia, y ordenó a la NUEVA EPS que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, si aún no lo ha hecho, notifique en debida forma el Dictamen No. 4154183 de 16 de diciembre de 2019, que determinó y calificó la pérdida de capacidad laboral de la señora Leonor Paola Cuza Noguera en un 70%.

(...)

“La parte accionante, inconforme con la decisión, impugnó la sentencia de primera instancia proferida el día veinticuatro (24) de junio del año 2020 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Marta, manifestando que se debe ordenar al Fondo Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a que efectúe el reconocimiento de la pensión de invalidez de su hija, como consecuencia del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral del 70% el cual fue notificado a dicho fondo mediante oficio de fecha 17 de diciembre del 2019, y así mismo, solicitó la afiliación de la joven Leonor Paola Cuza Noguera al régimen subsidiado en la entidad promotora de salud NUEVA E.P.S. con el fin de que le sean brindados todos los tratamientos médicos requeridos.

“(…) En esta instancia, resulta importante indicar que se vislumbra que la decisión tomada por el A-quo no se encuentra enfatizada en reconocer de plano la pensión de invalidez de la señora Leonor Paola Cuza Noguera, pero sí a proteger el debido proceso al interior del trámite de calificación de pérdida de la capacidad de la joven Leonor Paola Cuza Noguera calificado en un porcentaje del 70%, Para analizar el tema en concreto, la Sala encuentra pertinente desarrollar el mismo en diferentes puntos:

“Lo plasmado encuentra fundamento en que uno de los requisitos y procedimientos esenciales para controvertir y garantizar el debido proceso en el dictamen de pérdida de capacidad laboral que calificó a la señora Leonor Paola Cuza Noguera en un 70%, es el cumplimiento de la notificación del mismo a las partes interesadas. Como lo estipulado en el artículo 41 de la ley 100 de 1993, quien le otorga el carácter de obligatoriedad a las notificaciones, incluyendo al Fondo de Pensiones y Cesantías como a la Aseguradora (...) Si bien es cierto, la notificación del dictamen de la referencia no solo se encuentra cumplida con la realización del mismo hacia la accionante, sino que también

se debe garantizar para las entidades accionadas como lo es el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Aseguradora Seguros de Vida Alfa S.A.

“Ahora bien, la decisión de primera instancia en donde se ordenó la notificación por parte de la Nueva E.P.S al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, se encuentra superada a partir de las pruebas aportadas en el proceso, pues la Nueva E.P.S realizó la respectiva notificación del dictamen de pérdida de capacidad laboral de la señora Leonor Paola Cuza Noguera al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en la fecha veinte (20) de diciembre del año 2019. Pese a lo anterior, no se evidencia la notificación del mencionado dictamen de calificación a la aseguradora Seguros de Vida ALFA S.A, quien, de acuerdo a las pruebas aportadas en la tutela de la referencia, tiene una relación de afiliación con la señora Leonor Paola Cuza Noguera, siendo la compañía de seguros que asume el riesgo de invalidez y muerte.

“Respecto a la pretensión de la accionante de solicitar la vinculación de su hija Leonor Paola Cuza Noguera a los servicios de salud por su estado de invalidez, se deberá confirmar la negativa por parte del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Marta, quien desestimo dicha pretensión, por las razones que se exponen a continuación:

“Si bien es cierto, la señora Leonor Paola Cuza Noguera se encuentra en estado retirado del servicio; puesto que su última cotización de aportes se generó en el mes de julio del año 2019, fecha a partir de la cual no se reportaron más pagos de sus aportes, generando así, el retiro y la suspensión del mismo. (...)Sin embargo, es importante aclarar que a pesar de que la señora Leonor Paola Cuza Noguera se encuentra actualmente sin gozar del servicio de salud, no debe olvidarse que este es un procedimiento que se debe realizar ante las EPS si es del régimen contributivo o EPS-S, para el régimen subsidiado. Es decir, que, dentro de las garantías para salvaguardar el derecho fundamental de acceso a la salud de toda la población, se crearon los regímenes, dentro de los cuales se encuentra el régimen subsidiado que tiene como objetivo velar por el derecho fundamental a la salud y la vida de la población más vulnerable.

“Por ende, existe un procedimiento llamado movilidad de regímenes, en donde la usuaria puede solicitar el cambio al régimen subsidiado ante la entidad en este caso directamente en la Nueva E.P.S., ante la imposibilidad de seguir realizando aportes en el sistema de salud.

“Es importante indicar que, en la impugnación realizada por la accionante, la señora Leonor Cecilia Cuza Noguera solicitó que se ordene de forma inmediata el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de su hija derivado del dictamen que determinó la pérdida de capacidad laboral de la misma en un porcentaje de 70%, y pese a que en varias ocasiones la Corte Constitucional ha accedido a pretensiones similares, lo cierto es que en el presente asunto no existe un dictamen definitivo ante la falta de notificación del mismo a todas las partes interesadas.

(...)

“Teniendo en cuenta lo manifestado en líneas anteriores, pese a que la señora Leonor Paola Cuza Noguera se encuentra en una condición especial determinada por la calificación de la pérdida de capacidad laboral; no se debe olvidar la existencia de la vulneración al debido proceso por la falta de notificación de dicho acto, pues es notorio que el dictamen que calificó la pérdida de capacidad laboral de la señora Leonor Paola Cuza Noguera, no se encuentra en firme, ante la falta de notificación del mismo, es decir, que carece de uno de los requisitos esenciales para su firmeza.

“En tal virtud, esta Sala modificará la decisión de primera instancia, en el sentido que ordenará la notificación del Dictamen N° 4154183 de fecha dieciséis (16) de diciembre de 2019, a la Aseguradora Seguros de Vida Alfa S.A a efectos de que este sea oponible y cobre firmeza, entre otras órdenes y así mismo ordenará a la Nueva EPS, que atendiendo a la situación especial en que se encuentra la joven Leonor Paola Cuza Noguera una vez la accionante solicite su vinculación o cambio de Régimen, le dé trámite preferente (...).

[Sentencia de 12 de Agosto de 2020 . Rad. No. 47-001-3333-001-2020-00054-01. M. P. Maribel Mendoza Jiménez](#)

## 2. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**Magistrada Ponente:** MARÍA VICTORIA QUIÑONES TRIANA

**Providencia:** Sentencia 2ª Instancia

**Fecha:** 15/07/2020

**Demandante:** MARÍA DE JESÚS CEBALLOS MOYA

**Demandado:** DISTRITO DE SANTA MARTA

**Radicación:** 47-001-3333-007-2016-00081-01

**SOBRESUELDO DOCENTE /** Hay lugar al reconocimiento y pago del mismo cuando medie acto administrativo por el cual se designe al docente para el desempeño de cargos directivos en los establecimientos educativos, en aquellos establecimientos educativos que tengan el nivel de educación básica y el de media completos; o en los cuales sólo tengan el nivel de educación media completo, con 600 o más alumnos.

**ADSCRIPCIÓN O ENCARGO DE FUNCIONES /** En términos generales, tal situación administrativa no genera a favor del docente el derecho al reconocimiento y pago del sobresueldo; a menos que

éste se encuentre comisionado para realizar actividades pedagógicas en instituciones del sector educativo.

**Problema Jurídico:** Determinar si a la demandante por habersele asignado funciones de rectora tiene derecho al reconocimiento y pago del sobresueldo.

**Tesis:** “Para la fecha de vinculación de la actora a la administración se encontraba vigente el Decreto 2277 de septiembre 14 de 1979 "Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente" que en su artículo 2° define la profesión docente en el siguiente sentido:

*“Artículo 2. PROFESION DOCENTE. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educando, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional en los términos que determine el reglamento ejecutivo.*

“En su artículo 32 señala que tienen carácter docente y en consecuencia deben ser provistos con educadores escalafonados, entre otros, el cargo de coordinador o prefecto de establecimiento. Por su parte, la Ley 115 de 1994 "Por la cual se expide la ley general de educación" sobre la función del educador establece en su artículo 104:

*ARTÍCULO 104. EL EDUCADOR. El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos, acorde con las expectativas sociales, culturales, éticas y morales de la familia y la sociedad. (...)*”.

“Esa misma legislación en el artículo 126 dispone que los educadores que ejerzan funciones de dirección, de coordinación, de supervisión e inspección, de programación y de asesoría, tienen carácter de directivo docente. El artículo 129 señala que el empleo de rector hace parte de los cargos de directivos docentes y que será provisto con docentes escalafonados y de reconocida trayectoria en materia educativa, teniendo derecho mientras ejerzan el cargo a una remuneración adicional y cumplirán funciones, según la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

“En cuanto al derecho a percibir el concepto salarial de sobresueldo del 30% frente al cargo de rector, es pertinente indicar que desde el año 1995 el Gobierno Nacional ha proferido sucesivos decretos con el fin de fijar las asignaciones correspondientes a los distintos grados del escalafón nacional docente y en general, las remuneraciones en el sector educativo oficial.

“El Consejo de Estado en sentencia del 7 de febrero de 2013 dentro del proceso identificado con radicado No. 05001-23-31-000-2003-01783-01(0407 12), con ponencia del magistrado Alfonso Vargas Rincón, advirtió que de acuerdo con la normatividad vigente, tendrán derecho al reconocimiento y pago del sobresueldo a favor de los directivos docentes (coordinadores) cuando se cumplan las siguientes condiciones: i) se trate de coordinadores de las escuelas normales superiores y de establecimientos educativos que posean el ciclo de educación básica secundaria completa y el nivel de educación media completa y ii) se reconocen exclusivamente funcionarios que desempeñen las funciones propias del cargo, salvo que se encuentren comisionados para realizar actividades pedagógicas en instituciones del sector educativo. En todo caso, es preciso tener en cuenta que *“la sola adscripción o el encargo de funciones no da derecho al reconocimiento de esos porcentajes”*.

“Conforme a las normas indicadas, para tener derecho al pago del porcentaje sobre el salario básico, se requiere que medie acto administrativo por el cual se designe al docente para el desempeño de cargos directivos en los establecimientos educativos.

“De acuerdo con la normatividad trascrita, hay lugar al reconocimiento y pago del sobresueldo en referencia a favor del directivo docente en cuantía del treinta por ciento (30%) de la asignación básica cuando se cumple alguna de las siguientes hipótesis:

- Rectores de establecimientos educativos que tengan el nivel de educación básica y el nivel de educación media completos y rectores de establecimientos educativos que tengan sólo el nivel de educación media completo, con 600 o más alumnos.

“En el caso en concreto, advierte el Tribunal que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, toda vez que se encuentra acreditado dentro del expediente con las resoluciones aportadas que a la señora María de Jesús Ceballos por necesidades del servicio, el Distrito de Santa Marta le asignó funciones de directivo docente (rectora). En ese sentido, la sentencia apelada será confirmada, toda vez que no se demostró en el curso del proceso los supuestos fácticos contemplados por el ordenamiento jurídico y por la jurisprudencia para la procedencia de este beneficio salarial.

“La Sala echa de menos dentro del expediente prueba del nombramiento en propiedad de la actora como directo docente (rectora), reiterándose sobre el particular que si bien es cierto se encuentra probado que ejercía el cargo de docente y que le fueron asignadas funciones como rectora en instituciones etnoeducativas, tal circunstancia por sí sola no da derecho al reconocimiento del sobresueldo del 30%. (...) Además de tales exigencias, el incremento se reconoce exclusivamente si el funcionario ejerce las actividades propias del cargo, sin que sea válida para el efecto, la sola adscripción o encargo de funciones, salvo que se encuentre comisionado para realizar actividades pedagógicas en instituciones del sector educativo.

“Así las cosas, se confirmará la sentencia apelada, por cuanto - se reitera - que la sola adscripción o encargo de funciones no hace que se genere a favor del docente el derecho al reconocimiento y pago del sobresueldo.

**[Sentencia de 15 de Julio de 2020. Rad. No. 47-001-3333-007-2016-00081-01 M. P. María Victoria Quiñones Triana](#)**

**Magistrada Ponente:** MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ

**Providencia:** Sentencia 1ª Instancia

**Fecha:** 15/08/2020

**Demandante:** FRANCISCO AURELIO NÚÑEZ ÁVILA

**Demandado:** UGPP

**Radicación:** 47-001-2333-000-2017-00466-00

**SUSTITUCIÓN PENSIONAL / Naturaleza de la figura /** Es una prestación creada por el Legislador con el fin de paliar la ausencia repentina del apoyo económico brindado por un jubilado a su núcleo familiar, la cual deviene de su óbito.

**SUSTITUCIÓN PENSIONAL / Diferencia con la pensión de sobrevivientes /** Se distingue la primera de la segunda por el hecho de que en la primera el causante disfrutaba de su prestación periódica; mientras que en la segunda, a pesar de haberse cumplido con los requisitos para el reconocimiento pensional, el mismo no había sido objeto de materialización al momento del fallecimiento.

**CONVIVENCIA AL MOMENTO DE LA MUERTE DEL CAUSANTE COMO REQUISITO PARA LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL /** Implica la vocación de estabilidad y permanencia, por lo que, para que proceda el reconocimiento de la sustitución de la pensión no pueden tenerse en cuenta aquellas relaciones que el fallecido pensionado sostuvo durante su vida, y que fueron casuales, circunstanciales, incidentales u ocasionales.

**Problemas Jurídicos:**

1. Establecer si el accionante cumple con los requisitos para el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, consagrados en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993; y si el parentesco existente entre el actor y la causante (sobrino y tía), tiene incidencia en el reconocimiento y pago de la sustitución pensional pretendida.

2. En el evento en que deba accederse a las súplicas de la demanda, determinar si hay lugar a declarar prescripción trienal de mesadas pensionales; si hay lugar al reajuste de mesadas teniendo en cuenta el lapso transcurrido y si el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

**Tesis:** “De conformidad con lo estipulado por el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social se erige como un servicio público que goza del carácter de obligatorio y que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

“Precisamente, a través de la Ley 100 de 1993 el legislador organizó el Sistema de Seguridad Social Integral que, como lo indica su artículo 8, está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios.

“Con respecto al Sistema General de Pensiones, en el artículo 10 determinó que su objeto se centra en garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en dicha ley.

“Pues bien, una contingencia que se deriva del deceso de un jubilado, se evidencia en que su grupo familiar se ve enfrentado a la ausencia repentina del apoyo económico que aquél le brindaba, situación que provoca un cambio sustancial en sus condiciones mínimas de subsistencia; evento ante el cual, el legislador previó la figura de la sustitución pensional, que se erige como aquella prestación que se le concede al núcleo familiar de quien muere y estaba percibiendo su mesada pensional. Así, se tiene que, el derecho de ese pensionado fallecido pasa a quien le sobrevive, es decir que el sobreviviente se constituye en beneficiario de la pensión por sustitución pensional.

“Vale la pena resaltar que la figura de la sustitución pensional se diferencia de la pensión de sobrevivientes, porque en esta última, si bien el finado cumplió con los requisitos para pensionarse, lo cierto es que para el momento en el que se produce su deceso no contaba con pensión reconocida, es decir que no percibía mesada pensional.

“Sin embargo, los requisitos que se deben reunir para tener derecho a la pensión de jubilación por sustitución pensional, son los mismos que se deben cumplir para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, que no son otros que los vertidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993; ley, que tal como la sección segunda del Consejo de Estado en varias ocasiones lo ha considerado, es la que gobierna la sustitución pensional de los pensionados que fallecieron cuando se encontraba vigente, pues para los efectos del reconocimiento de la sustitución pensional, la ley que se debe aplicar al caso concreto, es aquella que se encontraba rigiendo en el momento en el cual se produjo el deceso del causante.

En concreto, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, dispone cuáles son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, y en particular para dilucidar el presente debate, en lo que concierne a la cónyuge, en su literal a) señala que: *“Es beneficiario en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte, y que convivió con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su deceso...”*

“Ahora bien, en lo que concierne al requisito de la convivencia, tal como lo considera la Corte Constitucional, es necesario adelantar su análisis con base en un criterio real o material, es decir que como factor para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional, se requiere que se encuentre acreditada su convivencia efectiva con el jubilado para el momento de su defunción. Esta convivencia efectiva implica la vocación de estabilidad y permanencia, por lo que, para que proceda el reconocimiento de la sustitución de la pensión no pueden tenerse en cuenta aquellas relaciones que el fallecido pensionado sostuvo durante su vida, y que fueron casuales, circunstanciales, incidentales u ocasionales.

“(…) En el sub lite, el demandante Francisco Aurelio Núñez Ávila alega que convivió con la señora Eloísa Agustina Núñez Carbono q.e.p.d. durante más de 20 años en calidad de compañero permanente, hasta el día del fallecimiento de ésta. Para demostrar sus afirmaciones presentó declaraciones extraprocesales rendidas por él, en el mes de mayo de 2013, así como por los testigos Yolanda Anchila Carbono, Alice López Borrero y Walther Sarmiento García, dando cuenta de su convivencia por más de 20 años y de su dependencia económica hacia la causante. Asimismo, aportó copia del carnet de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud con fecha de vencimiento marzo-1997 en calidad de beneficiario de la causante; petición presentada por la pensionada a CAJANAL en marzo 2008, año de su deceso, solicitando autorización para el ingreso del demandante a la EPS SALUDTOTAL en calidad de compañero permanente y designándolo como beneficiario de su pensión, en caso de su muerte. (...) Ahora bien, destaca la Sala que dentro del proceso, se decretó el interrogatorio de parte al demandante y los testimonios de los señores Alexander Buelvas Torres, Ana Arcón Gómez, María Eugenia Ahumada González, Cástulo Rojas Cahuana y Yolanda Anchila Carbono; personas que acudieron a la audiencia de pruebas el 23 de mayo de 2019 (con excepción de la señora Yolanda Anchila Carbono), y rindieron sus versiones respecto de las cuales se procede a efectuar la siguiente valoración, con el ánimo de establecer si ellas acreditan los requisitos establecidos en las normas y la jurisprudencia que desarrollan el tema. (...) Así las cosas, al analizar las pruebas documentales y testimoniales recaudadas y apreciadas bajo las reglas de la sana crítica, observa esta Corporación que no se aportaron elementos de juicio que pudieran dar total certeza a la Sala sobre la convivencia alegada por la parte demandante, pues si bien, el hecho de existir un parentesco -Tía - Sobrino-, entre la señora

Eloísa Núñez Carbono q.e.p.d. y el aquí demandante no hace imposible que haya existido una relación de pareja entre ellos, también lo es, que los testigos basaron sus afirmaciones en los comentarios de los vecinos del barrio y en las demostraciones de cariño, tales como, besos, abrazos y sentadas de piernas que con frecuencia, afirman, ocurrían en las fiestas que brindada en su casa, las cuales se itera, pueden ocurrir también dentro de una relación Madre e Hijo.

“A lo anterior se le suma las declaraciones que en su momento rindieron los testigos al funcionario de la UGPP, las cuales afirman haber firmado con engaños por parte del investigador. No obstante, cuando hablaron del tema no fueron espontáneos e incurrieron en varias contradicciones (...) Huelga anotar, que en lo único que brindaron certeza los testimonios recaudos a la Sala es que quien fue la figura materna del señor Francisco Aurelio Núñez Carbono fue la señora Eloísa Núñez Carbono q.e.p.d., quien lo crio como un hijo desde los 5 años de edad.

“Así las cosas, y sin necesidad de entrar a estudiar si dentro del presente asunto se encuentra probada la dependencia económica del demandante respecto de la causante, la Sala denegará las pretensiones de la demanda, como quiera que el requisito de la convivencia no se acreditó con suficiencia, conclusión a la que se arriba de los medios probatorios allegados al proceso analizado en su conjunto con sujeción a las reglas de la sana crítica”.

[Sentencia de 05 de Agosto de 2020. Rad. No. 47-001 -2333-000-2017-00466-00 M. P. Maribel Mendoza Jiménez](#)

**Magistrado Ponente:** ADONAY FERRARI PADILLA

**Providencia:** Sentencia 2ª Instancia

**Fecha:** 26/08/2020

**Demandante:** LIBARDO ENRIQUE LICONA GÓMEZ

**Demandado:** NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL

**Radicación:** 47-001-3333-007-2016-00135-01

**POTESTAD DISCRECIONAL** / Permite a la autoridad administrativa, adoptar la decisión respecto de la permanencia o retiro del servicio de sus funcionarios, cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan, estando el servidor público que la ejerce libre para apreciar, valorar, juzgar y escogerla oportunidad y el contenido de su decisión.

**RETIRO DISCRECIONAL** / Previa a la adopción de dicha decisión, se exige por parte del legislador la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de oficiales de esta institución armada, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para Suboficiales, según el caso; las cuales deben estar precedidas y sustentada es un

examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro, las pruebas allegadas, y todos los demás elementos objetivos y razonables que permitan sugerir o no el retiro de un policial.

**Problema jurídico:** Establecer si, en efecto, el acto administrativo contenido en la Resolución No. 013 del 12 de abril de 2016, expedida por el DEPARTAMENTO DE POLICIA MAGDALENA, fue expedido bajo el vicio de nulidad denominado desviación del poder, extralimitando la potestad proscrita en cabeza de la Dirección General de la Policía Nacional por el Decreto Ley 1791 de 2000.

**Tesis:** “(...) Adentrándose en el fondo del busilis de la cuestión litigiosa deberá acotar la Colegiatura que el mismo se circunscribe a establecer si, en efecto, el acto administrativo contenido en la Resolución No. 013 del 12 de abril de 2016, expedida por el DEPARTAMENTO DE POLICIA MAGDALENA, fue expedido bajo el vicio de nulidad denominado desviación del poder, extralimitando la potestad proscrita en cabeza de la Dirección General de la Policía Nacional por el Decreto Ley 1791 de 2000:

“Para dilucidar lo anterior, se permite advertir la Sala que la plurimencionada Resolución No. 013 del 12 de abril de 2016 "Por la cual se retira del servicio activo a un Patrullero de la Policía Nacional" signada por el Comandante Departamento de Policía del Magdalena fue expedida fundándose en las facultades contenidas en los artículos 54, 55 numeral 6o y 62 del decreto Ley 1791 de 2000 y previa recomendación efectuada por la Junta de Evaluación y Clasificación del Departamento de Policía Magdalena, para suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes, mediante acta No. 009/2016 SUBCO-DEMAG del 11 de abril de 2016 (...) Pues bien, examinada la constitucionalidad de las disposiciones pretranscritas la H. Corte Constitucional señaló que se ajustaba a la Carta Política la facultad discrecional que se le asigna a los nominadores y/o superiores jerárquicos para proceder al retiro del servicio oficial a miembros de la Fuerza Pública por razones del servicio. Empero, en el referido pronunciamiento<sup>1</sup>, la Alta Corporación precisó que la facultad discrecional no puede ser confundida con la arbitrariedad, en los términos que se transcriben a continuación:

*“En varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la facultad discrecional que se concede a dichas instituciones para retirar del servicio a sus miembros por razones del servicio, encontrando admisible desde la perspectiva constitucional el retiro en esas circunstancias dadas las funciones constitucionales que se les atribuyen.*

*“No obstante, la jurisprudencia constitucional ha sido cautelosa en precisar que la facultad discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública no puede ser confundida con arbitrariedad. La discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto. Nótese que es la ley la que enmarca los elementos en que puede*

<sup>1</sup> Sentencia C-179 de 2006

*ser ejercida la potestad discrecional para el retiro de miembros de la Fuerza Pública, a saber: i) la existencia misma de la potestad: fi) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados: y. iii) la obtención de una finalidad específica. No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que puede ser ejercida la potestad discrecional. Se tiene entonces que en las normas acusadas la potestad se otorga por parte del legislador ordinario y extraordinario al Gobierno o al Director General de la Policía Nacional, según se trate de Oficiales o Suboficiales de dicha institución, o a la autoridad competente cuando se trata de miembros de la Fuerza Pública previo concepto del Comité de Evaluación, integrado por el Segundo Comandante de la Fuerza Aérea, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la Unidad Operativa a la cual pertenezca. Dicha atribución se ejerce tanto en la Policía Nacional como en las Fuerzas Militares respecto de Oficiales y Suboficiales; y, por último, el fin perseguido no es otro que garantizar el pleno cumplimiento de las funciones de esas instituciones, relacionadas directamente con la seguridad del Estado y la seguridad ciudadana.*

*“La jurisprudencia de esta Corporación, ha sostenido que la potestad discrecionalidad de que se ha revestido a la Fuerza Pública para retirar a los miembros que forman parte de sus Instituciones, no significa arbitrariedad sino por el contrario, se trata de un Instrumento normal y necesario para el correcto funcionamiento de esas Instituciones. (...)*

*“3.4. La facultad discrecional a la que se refieren las normas acusadas para retirar del servicio a funcionarios vinculados a la Policía Nacional o a miembros de las Fuerzas Militares por razones del servicio no puede considerarse omnímoda pues, como se señaló, en un Estado social de Derecho no existen potestades ilimitadas ni poderes absolutos, el ejercicio de esa facultad debe ser proporcionado y racional atendiendo los fines que se persiguen como son garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del Estado.*

*“Las normas que se examinan establecen que por razones del servicio determinadas previamente por un Comité de Evaluación o por una Junta Asesora o Junta de Evaluación o Clasificación, según se trate de miembros de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, se puede disponer el retiro de funcionarios vinculados a dichas instituciones. Ello indica, que las razones deben obedecer a criterios objetivos y razonables, sujetos básicamente a las consagradas en los artículos 217 y 218 de la Constitución, tal como lo ha entendido esta Corte.*

*“Ciertamente, en la sentencia C-525 de 1995 varias veces citada, expresó este Tribunal Constitucional que las razones del servicio que se aluden en los casos de retiro del servicio de miembros de la Fuerza Pública, no son otras que las definidas por los artículos constitucionales citados, es decir, para el caso de las Fuerzas Militares: la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (217); y, para la Policía Nacional, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar la convivencia pacífica de los habitantes de Colombia (...)*

*“3.5. Se tiene entonces, que el retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general.*

*“En ese orden de ideas, la recomendación que formulen tanto el Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario.*”

*“No se trata, como equivocadamente lo entiende el demandante, de un acto absolutamente subjetivo de las autoridades competentes, pues ello rompería por completo el orden constitucional que nos rige. No puede confundirse con lo arbitrario pues esto último implica un capricho individual de quien lo ejerce, sin sujeción al ordenamiento jurídico, contrario por completo a la atribución discrecional que se cuestiona, que si bien comporta cierta flexibilidad, ella se encuentra sujeta a reglas de derecho preexistentes en cabeza de un funcionario competente, para ser aplicada a un destinatario específico, y con un fin determinado”.*”

“De los preceptos normativos y la jurisprudencia precedentemente transcrita, es dable concluir sin mayores elucubraciones que en tratándose del retiro del servicio por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, se ha establecido que tal potestad está revestida, por regla general, de una facultad discrecional en cabeza del Estado, que permite a la autoridad administrativa, adoptar la decisión respecto de la permanencia o retiro del servicio de sus funcionarios, cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan, estando el servidor público que la ejerce libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión.

“No obstante lo anterior, dicha potestad discrecional no puede confundirse con arbitrariedad, ni entenderse como un poder ilimitado ni absoluto, puesto que, si bien, el acto administrativo que decide retirar del servicio al funcionario no debe estar motivado, no puede obviarse que dicha decisión debe estar fundamentada, además debe ser proporcional y racional, atendiendo los fines que se persiguen, tanto así, que se exige por parte del legislador, previo a adoptar tal decisión, la recomendación del Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, la cual, también debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro, las pruebas que se alleguen, y todos los demás elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario.

“(…) Pues bien, aterrizando en el busilis del asunto litigioso, observa esta Corporación que de la revisión detallada del acto administrativo cuestionado es dable concluir con certeza inequívoca que: i) La resolución fue expedida por la autoridad competente para ello y en ejercicio de las funciones propias de su cargo; ii) La resolución estuvo ceñida a las normas superiores a las cuales debía sujetarse tanto en su expedición como en su contenido; iii) Aunque está implícito en el numeral anterior, se estima importante precisar, y es el hecho de que se cumplió en primera

medida con el requisito del concepto previo emitido por la Junta de Calificación y Clasificación de Suboficiales, nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional. En ese orden de ideas, emerge con claridad que, contrario a lo manifestado y/o considerado por el actor, la resolución de la cual se pretende sea declarada su nulidad fue emitida de conformidad a la ley. No obstante, comoquiera, que se han planteado algunas censuras en su proceso de creación es deber de la Colegiatura entrar a realizar el estudio de ellas.

“(…) Bajo estos parámetros procederá la Sala a determinar si el actuar de la administración al retirar del servicio activo al demandante en uso de su facultad discrecional, carece de legalidad o si por el contrario se encuentra ajustada a derecho, por haber probado que actuó dentro de los dictados del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011.

“Sobre estas afirmaciones huelga reiterar en primer orden que, en ningún momento las normas superiores de las cuales se deriva el acto administrativo demandado, disponen la obligatoriedad de realizar motivación alguna de un acto de naturaleza discrecional como en efecto, lo es la plurimencionada Resolución No. 013 del 12 de abril de 2016, "por la cual se retira del servicio activo a un Patrullero de la Policía Nacional" aquí enjuiciada, por lo que en principio, la misma goza de presunción de legalidad y de estar inspirada en razones del buen servicio.

“Empero, al margen de tal situación hay que aclarar que la presunción de legalidad solo se predica del acto administrativo como tal, más no de la justificación de los motivos que precedieron la expedición del mismo, puesto que si bien es cierto que, formalmente no se exige motivación alguna ello no quiere decir que el mismo carezca de motivos. (...) Así las cosas, queda claro entonces que, el acto administrativo de naturaleza discrecional, como en efecto es el cuestionado en la demanda sub iudice, en estricto sentido formal carece de motivación alguna; sin embargo, no quiere decir ello que también carezca de motivos para su expedición, puesto que de ser así ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la administración para satisfacer caprichos individuales como anotó la Acta Corporación. En estas circunstancias, una vez puesto en conocimiento del Juez de la causa tal tópico éste tiene el deber de evaluar los elementos de juicio existentes en el expediente que permitan desvirtuar tal presunción obteniendo importancia los antecedentes en la prestación de la labor, mediatos a la decisión, vale decir, las anotaciones recientes en la hoja de vida del servidor, conforme a la cual es dable inferir su moralidad, eficiencia y disciplina, parámetros para justificar las medidas relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal, esto es, la existencia de razones objetivas o no al momento de proceder a la remoción de un policial.

“En efecto, para lograr desvirtuar esa presunción de legalidad del acto de desvinculación no basta con que en la hoja de vida del demandante estén consignadas anotaciones propias o rutinarias de la labor desarrollada, pues ese es el deber ser, lo que se debe evidenciar son eventos o circunstancias excepcionales y de reconocido mérito que a todas luces resulten contradictorias con

la determinación de la administración de hacer uso de la facultad discrecional. (...) En el asunto *sub iuris*, luego de examinar la hoja de vida del accionante, señor LIBARDO ENRIQUE LICONA GÓMEZ, especialmente las del año inmediatamente anterior a su retiro (año 2015), advierte la Colegiatura que si bien en la misma figuran cuatro (04) felicitaciones y/o apreciaciones positivas, también se reportaron tres (03) anotaciones y/o llamados de atención, los cuales ponen en tela de juicio la labor idónea, ética y comprometida que se predica del servicio público. (...)

“En este sentido, considera la Sala que en el presente asunto, el extremo demandante no logró acreditar que el acto administrativo por medio del cual se dispuso el retiro del señor LICONA GOMEZ, fue expedido con desviación de poder, habida cuenta que no se tuvo en consideración las anotaciones positivas que fueron plasmadas en su hoja de vida, durante el lapso en el cual fungió como Agente de Policía, las cuales, a su juicio, constituyen prueba idónea y suficiente a fin de comprobar el buen servicio prestado por el mentado señor, pues, contrario a lo afirmado por dicho extremo procesal, y tal como lo consideró el juez de primera instancia, el desempeño calificado como "superior", no le generan por sí solas fuero de estabilidad ni pueden llegar a limitar la potestad discrecional que la ley le otorga al nominador, como tampoco pueden constituirse en plena prueba para demostrar la desviación de poder, máxime si se tiene en cuenta, en igual importancia, las anotaciones demeritorias anteriormente ilustradas.

“En este orden de ideas, no puede pasar por alto la Sala el hecho de que al momento de la expedición del acto administrativo por medio del cual se dispone el retiro del servicio del aquí demandante, al señor LIBARDO ENRIQUE LICONA GÓMEZ se le habían adelantado dos (02) procesos sancionatorios por parte del Grupo de Control Interno de la Policía Nacional, uno de los cuales, se encontraba vigente y el cual se había promovido en razón de la pérdida de unas armas de fuego que se encontraban en custodia del ahora demandante, en su calidad de Agente de Policía en la Estación de Policía de Plato, Magdalena, siendo este comportamiento discordante con la sacra labor policial, la cual si bien, a dicha calenda no había concluido y por lo tanto no existía sanción disciplinaria en contra del mentado demandante, si constituye un elemento de juicio suficiente para evidenciar la decisión que ahora se enjuicia, pues, tal y como lo anotó el mandatario judicial del ente accionado, dicho actuar ocasionó la pérdida de confianza de la POLICÍA NACIONAL en el señor patrullero LICONA GOMEZ, de tal suerte que, a juicio de la Sala, resulta razonable, objetiva y proporcional a la medida desvinculatoria.

“En efecto, atendiendo el lineamiento jurisprudencial pretranscrito esbozado tanto por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional ha de reiterarse que un examen aún lo fuere somero del historial laboral del policial no refleja con certeza e inequívoca convicción el excelente rendimiento, la eficiencia, mérito y entrega alegado por el extremo actor y bajo ese entendido resulta por demás justificada la decisión de la administración al agotar la facultad discrecional, pues, se reitera, la decisión de retirar del señor policial al señor LIBARDO ENRIQUE LICONA GÓMEZ, estuvo fundamentado tanto en la recomendación efectuada por la Junta de Evaluación y

Clasificación de la Policía Nacional contenida en el Acta 009 del 11 de abril de 2016, como en el análisis de la hoja de vida laboral del ahora demandante, la cual, se reitera, posee tanto anotaciones meritorias como demeritorias, que no permiten a esta Colegiatura arribar, ni siquiera con meridiana claridad, de que tal decisión se adoptó por razones distintas al mejoramiento del servicio, de tal suerte que ello refleja a todas luces que la decisión desvinculatoria se ajustó a los derroteros jurisprudenciales sobre la materia, lo que en últimas permite concluir que, el retiro del extremo actor se fundó en razones objetivas, razonables y proporcionales para garantizar la eficiencia y eficacia de la institución policial en aras del interés general.

“(…) Como corolario, de todo lo expuesto precedentemente, considera la Sala que en el presente asunto habrá lugar a emitir ordenación en el sentido de confirmar en su integridad la sentencia de calenda dieciocho (18) de octubre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de este Circuito Judicial, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, tal y como en efecto así se hará constar en la parte resolutive de esta providencia”.

**[Sentencia de 26 de Agosto de 2020. Rad. No. 47-001-3333-007-2016-00135-01 M. P. Adonay Ferrari Padilla](#)**

**Magistrada Ponente:** ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS

**Providencia:** Sentencia 1ª Instancia

**Fecha:** 16/09/2020

**Demandante:** JACQUELINE CRUZ VEGA

**Demandado:** DISTRITO DE SANTA MARTA

**Radicación:** 47-001-3331-001-2013-00372-01

**INSUBSISTENCIA DE DOCENTES VINCULADOS EN PROVISIONALIDAD /** El acto administrativo que así la disponga debe estar debidamente motivado.

**INSUBSISTENCIA AUTOMÁTICA DE DOCENTES / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE LA DISPONE /** Si el acto administrativo que declara insubsistente al docente vinculado provisionalmente se sustenta en el nombramiento en periodo de prueba del aspirante que superó el concurso de mérito en la plaza ocupada por el provisional, sin que la misma haya sido ofertada en la oferta de empleos incluida en el acuerdo que convocó al proceso meritocrático, implica que el acto de desvinculación del servicio se encuentre falsamente motivado.

**INDEMNIZACIÓN A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN CASOS DE INSUBSISTENCIA SIN MOTIVACIÓN DE EMPLEADOS PROVISIONALES /** Debe limitarse al

monto equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor; sin que la suma a pagar por indemnización fuera inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

**ORDEN DE REINTEGRO COMO RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN CASOS DE INSUBSISTENCIA SIN MOTIVACIÓN DE EMPLEADOS PROVISIONALES /** Sólo procede en el evento en que el cargo específicamente desempeñado antes del retiro no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos; que no hubiere sido suprimido, o que el respectivo servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso.

**Problema jurídico:** Resolver si el acto acusado, esto es, la Resolución 361 de 23 de febrero de 2011, por medio del cual la Alcaldía Distrital de Santa Marta hizo un nombramiento en provisionalidad y declaró insubsistente a la demandante, se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico.

**Tesis:** “(...) De acuerdo a lo expuesto en párrafos que preceden, en el sub-lite se pretende la nulidad del acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Jaqueline Cruz Vega del cargo de docente (...) Revisado el plenario, se encuentra que la actora fue vinculada al servicio educativo en provisionalidad mediante la Resolución 0365 de 19 de febrero de 2003, fue nombrada en provisionalidad como docente, hasta que se proveyera el cargo en periodo de prueba o en propiedad, de acuerdo a listados de elegibles producto del concurso, siendo ubicada en la IED José Laborde Gnecco.

“Hasta aquí, vale la pena señalar que el acto de nombramiento de la actora expone claramente que tal designación se había hecho en provisionalidad por cuanto la lista de elegibles, de aquella época, se había agotado, por ende, ello suponía que al convocarse un nuevo concurso para la provisión de cargos, propiamente el que ocupaba la señora Jaqueline Cruz Vega, automáticamente debía ser provisto en propiedad.

“En ese orden, la Sala estima que el acto acusado, en principio, se encontraba motivado, en el sentido de que una vez se procediera al nombramiento en periodo de prueba de María Isabel Toro Cantillo, quien, además de haber superado todo el proceso meritocrático, se encontraba en lista de elegibles, por ende, se debía dar por terminado el nombramiento provisional de la actora, al tenor de lo dispuesto en la norma aplicable, esto es, el Decreto Ley 1278 de 2002.

“El recurrente alude que el acto administrativo se encuentra viciado por falsa motivación por las siguientes razones: a) Por inexistencia de la motivación, por cuanto no manifiesta las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a su emisión ni la fundamentación táctica y

jurídica con que la Administración pretende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y b) Que el cargo desempeñado por la actora no fue convocado a concurso, siéndolo únicamente veintitrés (23) vacantes, sin incluir la ocupada en provisionalidad por la actora.

“(…) Tal como se expuso en precedencia, el demandante manifiesta que la Resolución 361 de 23 de febrero de 2011, que ordenó su insubsistencia, adolece de motivación, por cuanto no manifiesta las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a su emisión ni la fundamentación táctica y jurídica con que la Administración pretende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada. Al respecto, es pertinente anotar que el Decreto 01 de 1984 establece que los actos administrativos deben contar con su debida motivación, con el objeto de permitirle al administrado establecer las razones jurídicas y tácticas con las cuales se fundamenta el pronunciamiento que resuelve su solicitud; para que, en caso de tenerlo a bien, pueda impugnarlo en forma oportuna, en tratándose de peticiones interpuestas en interés particular, y de ser procedente.

“(…) Ahora bien, analizado el acto acusado, se encuentra que dentro de sus consideraciones, se avizora que el mismo deviene del hecho de que la señora María Isabel Toro Cantillo superó el concurso de méritos adelantado con ocasión de la Convocatoria No. 094 de 2009, integrando la lista de elegibles en la posición No. 29 (folio 76); que se realizó la correspondiente audiencia pública de escogencia de institución educativa, y que la señora Jaqueline Cruz Vega, se encontraba ocupando el cargo de Docente de Humanidades: Lengua Castellana en la IED José Laborde Gnecco; y cita como fundamento de la decisión la Sentencia T-007 de 2008, en relación con la estabilidad precaria de los empleados que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera.

“(…)El apoderado del extremo actor plantea como argumento que el cargo desempeñado por su mandataria no se ofertó, pues contrastadas las vacantes ofrecidas, en parte alguna de dicho listado se observa que se encontrara la desempeñada por la actora en la IED José Laborde Gnecco; e igualmente, sostiene que como quiera que las vacantes convocadas sólo fueron 23, lo pertinente era, que una vez cubiertas dichas plazas, hasta allí se mantuviere el proceso de nombramiento, en virtud de que para nombrar a otro docente que viniera en la lista en una posición que no le permitiere acceder a uno de los 23 cargos convocados, los primeros debían renunciar o manifestar que no tenía deseo de ocuparlos, circunstancia que no se presenta en el caso en concreto, puesto que el ente demandado nombró a una docente que ocupó el puesto No. 29.

“En ese contexto, es claro que para el Nivel Básica Secundaria y Media, en el área de Humanidades y Lengua Castellana, fueron convocados veintitrés (23) cargos. A su vez, el artículo 42 del Acuerdo 066 en cita estableció que las listas de elegibles tendrían validez para los empleos convocados.

“Ahora bien, cotejado el citado acuerdo mencionado con la oferta pública de empleos de carrera docente "OPEC Docentes" para la Convocatoria 2009 (fl.69-74) se puede comprobar que la plaza que ocupaba la señora JAQUELINE CRUZ VEGA, no fue publicada.

“En este orden, se desprende del acto administrativo atacado *“Que una vez cumplidas todas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución 839 del 24 de febrero de 2010 y modificada según Resolución 1755 del 1 de mayo de 2010 por medio de la cual se conformó la lista de elegibles para proveer empleos de Docentes de Humanidades y Lengua Castellana en las instituciones educativas oficiales de la entidad territorial certificada en educación del Distrito de Santa Marta (...)“Que el artículo primero de la citada Resolución establece que en la lista de elegibles conformada en dicha área el señor(a) TORO CANTILLO MARÍA ISABEL ocupa la posición No. 29. (...) Que una vez efectuada la audiencia pública de escogencia de institución educativa, por parte de cada uno de los elegibles o la asignación de plaza para quienes no se hicieron presente a esta, se hace necesario realizar los nombramientos en periodo de prueba.*

*“Que en la actualidad, en el citado empleo está nombrado con carácter provisional el (la) señor(a) CRUZ VEGA JAQUELINE”.*

“Esto quiere decir, que se agotaron las 23 plazas convocadas para el área de Humanidades - Lengua Castellana, por parte de los aspirantes que conformaban la lista de elegibles, sin que se incluyera la IED José Laborde Gnecco, por ende, la señora MARÍA ISABEL TORO CANTILLO jamás debió ser nombrado en un cargo que quedó vacante después de haberse proveído las primeras 23 plazas, cuáles fueron las únicas convocadas por el Acuerdo 066 plurimencionado, toda vez que se suplieron en su totalidad los cargos convocados en el área de humanidades y lengua castellana, circunstancia ésta que una vez se encuentra surtida, no permite la procedencia de nombramientos luego de haberse ocupado el número de plazas consagradas en el acuerdo, habida cuenta que se ocupó debidamente la cantidad por la cual se abrió la convocatoria.

“En consecuencia, le asiste razón al apoderado del extremo accionante en afirmar que el cargo que ocupaba su prohijada no debía ser otorgado a la señora MARÍA ISABEL TORO CANTILLO, lo que permite señalar que el acto administrativo acusado se encuentra viciado de nulidad por falsa motivación.

“(…) Colofón de lo anterior, la Sala revocará la sentencia objeto de alzada, y en su lugar, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 361 de 2011, en punto a la declaratoria de insubsistencia del actor, expedida por el señor Secretario Delegatario con funciones de Alcalde Distrital de Santa Marta.

“En consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, se dispondrá ordenar el reintegro de la señora Jaqueline Cruz Vega al cargo de docente de Humanidades - Lengua Castellana en las mismas condiciones (provisionalidad) a las que se encontraba antes del retiro, o en un cargo de igual o superior categoría, con un salario equivalente a su grado de escalafón; precisando que el reintegro sólo procederá en el evento en que el cargo específicamente desempeñado antes del

retiro no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos; que no hubiere sido suprimido, o el respectivo servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso.

“Igualmente, se ordenará al Distrito de Santa Marta que ordene y reconozca el pago de una indemnización con ocasión de su insubsistencia sin motivación, en un monto equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando del mismo las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la señora Jaqueline Cruz Vega, sin que la suma a pagar por indemnización pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario o hasta que se haya provisto el cargo mediante el concurso de méritos, lo que haya ocurrido primero. Lo anterior, en obediencia del precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional en sentencias SU-556 de 2014, SU-053 y SU-054 de 2015”.

[Sentencia de 16 de Septiembre de 2020. Rad. No. 47-001-3331-001-2013-00372-01 M. P. Elsa Mireya Reyes Castellanos](#)

### 3. REPARACIÓN DIRECTA

**Magistrada Ponente:** MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ

**Providencia:** Sentencia 2ª Instancia

**Fecha:** 04/03/2020

**Demandante:** LUZ DARY CUENTA OLIVA Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS

**Radicación:** 47-001-3331-002-2010-00106-01

**FUERO DE ATRACCIÓN** / De acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, resulta procedente siempre que desde la formulación de las pretensiones y su soporte probatorio, pueda inferirse que existe una probabilidad mínimamente seria de que las entidades públicas demandadas sean efectivamente condenadas.

**FALTA DE JURISDICCIÓN** / En el presente caso existe incompetencia de la Jurisdicción de Lo Contencioso Administrativo, dada la imposibilidad de aplicar el fuero de atracción, en atención a que de los hechos, pretensiones y pruebas, no se puede inferir que existe una implicación seria de responsabilidad de las entidades públicas demandadas.

**Problema jurídico:** Determinar si la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la llamada a analizar la responsabilidad de la referida sociedad teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, o si por el contrario, se debió acudir a la jurisdicción ordinaria.

**Tesis:** “Con propósito de resolver el problema jurídico planteado anteriormente, que tiene relación a la solicitud de nulidad por falta de jurisdicción por cuanto la EDITORA DE MEDIOS S.A.S - HOY DIARIO EL MAGDALENA, está constituida bajo el régimen de derecho privado y la falta de pruebas que acrediten que las Entidades demandadas dieron información al HOY DIARIO EL MAGDALENA, para la Sala es importante señalar lo siguiente:

“En el caso en comento, se pretendió fijar la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por el factor conexidad, por lo cual, se demandó a la NACIÓN — MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL – POLICÍA NACIONAL, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD "DAS", FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE ESTADÍSTICA "DANE" Y LA EDITORA DE MEDIOS S.A. — HOY DIARIO DEL MAGDALENA, por el daño sufrido por los actores, con ocasión a la publicación que se realizó en el periódico HOY DIARIO EL MAGDALENA el 4 de diciembre de 2007, donde aparece registrado el fallecimiento del joven LUIS ALBERTO ZAPATA BRITO, como ex miembro de los grupos paramilitares, que según lo señalado en el libelo de la demanda, se debió a información de autoridades judiciales que tienen claro que los móviles en su mayoría son ajustes de cuentas personales y la disputa del territorio.

“Para determinar si en el caso objeto de estudio efectivamente había lugar a acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la Sala procederá a analizar las pretensiones de los demandantes, así como los hechos de la demanda que dieron origen al daño cuya reparación se solicita y el material probatorio. Lo cierto es que están encaminadas a cuestionar la manera como el HOY DIARIO EL MAGDALENA realizó una publicación noticiosa sin la certeza de la causa del fallecimiento del joven LUIS ALBERTO ZAPATA BRITO (...) De conformidad con lo anterior, para la Sala es claro que la demanda presentada por la esposa, los padres y los hermanos del joven LUIS ALBERTO ZAPATA BRITO, está dirigida a cuestionar los motivos por las cuales el periódico HOY DIARIO DEL MAGDALENA realizó la publicación noticiosa referente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar como se le causó la muerte del joven ZAPATA BRITO; más no a debatir la manera como las Entidades públicas NACIÓN — MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL - POLICÍA NACIONAL, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD "DAS", FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE ESTADÍSTICA "DANE" Y LA EDITORA DE MEDIOS S.A. — HOY DIARIO DEL MAGDALENA, dejaron de cumplir sus funciones señaladas en la Constitución Política y la Ley o su actuar por acción u omisión de las mismas respecto de la Entidad que presuntamente entregó la información al periódico para su publicación.

“Adicionalmente se observa, que la parte demandante no probó cual fue la Entidad pública que supuestamente entregó la información relacionada con la muerte del joven ZAPATA BRITO,

simplemente en el hecho No. 3 de la demanda señaló: "Las autoridades judiciales tiene claro que los móviles en su mayoría son ajustes de cuentas personales y la disputa del territorio", y en el recurso de apelación concluyó que la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación fueron las que enviaron la información errada al periódico por la funciones constitucionales y legales que ejercen (Policía Nacional ejerce funciones judiciales y Fiscalía General de la Nación investigar los delitos y acusa los infractores y podía imponer medida de aseguramiento); sin que esto indique de manera certera que al momento de la ocurrencia de los supuestos hechos dañosos, estuviesen vinculadas por suministrar información errada y relacionada con la muerte del joven ZAPATA BRITO, por grupos al margen de la ley, es decir, la conclusión de la parte actora solo son afirmaciones sin sustento probatorio.

“Aunado a lo anterior, es preciso señalar que la parte demandante encamino su actividad probatoria a demostrar que la muerte del joven LUIS ALBERTO ZAPATA BRITO fue el 3 de febrero de 2007 en la mina la Preciosa ubicada en la vereda el Rubí, jurisdicción del municipio de Sardinata (Norte de Santander), pero no allegó al expediente prueba directa sobre Entidad pública que suministró la supuesta información errada sobre el fallecimiento del ZAPATA BRITO para el momento de los hechos. (...)

“Por otra parte, la EDITORA DE MEDIOS S.A. según certificado de la Cámara de Comercio de Santa Marta obrante a folios 45-48 del cuaderno principal, está constituida como una sociedad anónima de carácter privada, la cual tiene su domicilio principal en la ciudad de Santa Marta, y que el objeto social entre otros es: "PRESTAR SERVICIOS EDITORIALES, DE IMPRESION DE LIBROS, PERIODICOS, SEMANARIOS DIARIOS, REVISTAS, FOLLETOS, INFORMES, GACETAS, BALANCES, AFICHES Y TODO LO RELACIONADO CON LAS ARTES GRAFICAS EN SUS DISTINTAS FORMAS" (...)

“Conforme con lo antes expuesto, la Sala concluye que existe incompetencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para pronunciarse de fondo respecto de las pretensiones planteadas en contra de la EDITORA DE MEDIOS S.A. — HOY DIARIO DEL MAGDALENA, puesto que no es posible aplicar el factor conexión o fuero de atracción para asumir tal competencia, toda vez, que de los hechos, pretensiones y pruebas, no se puede inferir que existe una implicación seria de responsabilidad de las entidades públicas demandadas para que sea competente esta Jurisdicción, razón por la cual, se procederá a declarar probada de oficio la excepción de falta de jurisdicción”.

**[Sentencia de 4 de Marzo de 2020. Rad. No. 47-001-3331-002-2010-00106-01 M. P. Maribel Mendoza Jiménez. <sup>2</sup>](#)**

---

<sup>2</sup> Con salvamento de voto de la Magistrada Elsa Mireya Reyes Castellanos

**Magistrada Ponente:** ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS

**Providencia:** Sentencia 2ª Instancia

**Fecha:** 27/05/2020

**Demandante:** ANA VICTORIA SARMIENTO MILLÁN Y OTROS  
SANDRA MILENA LEÓN VELÁSQUEZ Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL

**Radicación:** 47-001-3331-007-2010-00313-01

(ACUM CON 47-001-3331-008-2014-00002-01)

**DAÑOS CAUSADOS A CONSCRIPTOS / Títulos de imputación aplicables /** El Consejo de Estado ha establecido que los mismos pueden ser i) de naturaleza objetiva —tales como el daño especial o el riesgo excepcional— y ii) por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al respectivo proceso se encuentre acreditada la misma

**CONCURRENCIA DE CULPAS /** Se materializa cuando la víctima directa del daño participa con su conducta en la producción del mismo.

**Problema jurídico:** Determinar si en el presente asunto la Nación — Ministerio de Defensa — Ejército Nacional, es responsable de la muerte del señor Eduardo Andrés Millán ocurrida mientras prestaba el servicio militar obligatorio. También, se deberá determinar si en el sub judice concurre alguna de las causales eximentes de responsabilidad.

En caso afirmativo, comoquiera que el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante único, deberá la Sala revisar las indemnizaciones reconocidas a los demandantes.

**Tesis:** “El alto Tribunal en distintas oportunidades ha precisado la diferencia existente entre la clase de vínculo que se crea para el Estado frente a los soldados que prestan servicio militar obligatorio y los soldados voluntarios o profesionales; en el primero, el vínculo surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia, de la soberanía nacional y de las instituciones públicas, el cual no tiene carácter laboral alguno, en tanto que en el segundo (soldado profesional) el vínculo surge en virtud de una relación legal y reglamentaria consolidada a través del correspondiente acto administrativo de nombramiento y la consiguiente posesión del servidor.

“Por tanto, a diferencia del soldado profesional, que ingresa en forma voluntaria a las filas del Ejército, con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación y que goza de una

protección integral de carácter salarial y prestacional, el soldado que presta servicio militar obligatorio se ve impelido a hacerlo por la imposición de una carga o gravamen especial del Estado.

“Ahora bien, en relación con el título de imputación aplicable a los daños causados a soldados que prestan servicio militar obligatorio, el Consejo de Estado ha establecido que los mismos pueden ser i) de naturaleza objetiva —tales como el daño especial o el riesgo excepcional— y ii) por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al respectivo proceso se encuentre acreditada la misma.

“Frente a los perjuicios ocasionados a soldados regulares, en la medida en que su voluntad se ve doblegada por la del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio que no es nada distinto a la imposición de una carga o un deber público, resulta claro que la organización estatal debe responder, bien porque frente a ellos el daño provenga de i) un rompimiento de las cargas públicas que no tengan la obligación jurídica de soportar; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al cual normalmente estarían sometidos, y que puede tener origen en el riesgo de la actividad o en el riesgo de la cosa, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.

“Asimismo, en relación con los soldados regulares, el principio *iura novit curia* reviste una característica especial, toda vez que el juzgador debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en cualesquiera de los títulos de imputación antes mencionados; además, no debe perderse de vista que, en tanto la administración pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad sicofísica de los soldados, en tanto se trata de personas que se encuentran sometidas a su custodia y cuidado, pues en determinadas situaciones los pone en riesgo, lo cual, en términos de imputabilidad, significa que debe responder por los daños que les sean irrogados en relación con el cumplimiento de esa carga pública.

(...)

“Ahora, descendiendo al caso concreto y tomando en consideración los planteamientos esbozados tanto en el libelo introductorio en el sentido que el daño causado al señor Eduardo Andrés Millán Ramírez lo fue a título de falla en el servicio, procederá el Tribunal, siguiendo el principio de *iura novit curia* y los pronunciamientos jurisprudenciales que anteceden, a examinar si efectivamente la Nación — Ministerio de Defensa — Ejército Nacional es responsable por la muerte del familiar de los demandante momentos en que prestaba su servicio militar obligatorio a título de falla en el servicio o riesgo excepcional, sin desechar de cualquier modo si hubo un rompimiento de las cargas públicas en su ejercicio.

(...)

“En el presente asunto, los accionantes solicitan que se declare la responsabilidad de la Nación — Ministerio de Defensa — Ejército Nacional, por la falla en el servicio la cual la hicieron consistir en el hecho de que la muerte del señor Eduardo Andrés Millán tuvo ocurrencia porque uno de sus agentes ordenó una operación sin que se tomaran las medidas de seguridad tendientes a proteger la vida de su familiar durante la conscripción.

“Al respecto, el juez de primera instancia, consideró que el presente asunto debía analizarse bajo el régimen de responsabilidad objetiva — daño especial, porque la muerte del familiar de los demandantes tuvo ocurrencia por causa y razón del servicio mientras se encontraba bajo la guarda material del Estado, esto es, como conscripto.

“A propósito de lo expuesto, sea lo primero hacer referencia a lo probado en el presente proceso, a saber:

“Que, de acuerdo a la constancia suscrita por el jefe de Atención al Usuario de la Dirección de Desarrollo Humano del Ejército Nacional (...), el señor Eduardo Millán Ramírez, identificado con la cedula de ciudadanía 1.045.667.907, ingresó a las filas castrenses como Soldado Regular (SLR), mediante DIRPERM No. 210 del 3 de octubre de 2006.

“Así mismo se acredita que el SLR Millán Ramírez era integrante del Sexto Contingente de 2006, Orgánico de la Compañía C del Batallón de Policía Militar "Ciudad Barranquilla" (...). Según el Informe de Accidente (...) y el Informe Administrativo por Muerte (...), el SLR Millán Ramírez adscrito a la Unidad Táctica del Batallón de Policía Militar No. 2, la cual se encontraba agregada operacionalmente al Batallón de Infantería Córdova, en horas de la noche del 22 de septiembre de 2007, momentos en que el Cabo Tercero, Leonardo Fabio Cortés, le ordenó a su cuadrilla que detuvieran una tractomula para que los acercara al punto de control y, a pesar de que el conductor se negó, algunos de los soldados ya se encontraban embarcados en la parte trasera del tracto camión, pero que, cuando el familiar de los demandantes, se disponía subir al rodante a través de una de sus llantas —cuando aún el automotor se encontraba en movimiento— este resbaló siendo pisado por el vehículo.

“Los medios de convicción hasta aquí esbozados resultan ser suficientes para determinar la responsabilidad del Estado en cabeza de la Nación — Ministerio de Defensa — Ejército Nacional, pues de ellos es posible inferir la configuración de los elementos de la responsabilidad del Estado por la muerte del soldado Eduardo Millán Ramírez, quien se encontraba en situación de conscripción, bajo la cual y por la ocurrencia de fallas en el servicio produjo su muerte.

“En efecto, las pruebas relacionadas en precedencia son indicativas de que, siendo el occiso soldado regular, incorporado a las filas del Ejército Nacional para cumplir con la obligación de prestar el

servicio militar, su superior lo autorizó, así como a los demás de la cuadrilla, a que se subiera a una tractomula, no propiamente en la cabina, sino en los costados del automotor —infringiendo normas de tránsito— lo que trajo como consecuencia que en su intento se resbalara y una de las llantas lo pisara, aun cuando las consignas emitidas por el señor Teniente Coronel Comandante del Batallón de Infantería No. 5 "Córdova" claramente prohibiera embarcar personal de soldados a vehículos que transitaran sobre el eje vial.

“Lo anterior hace que, de entrada, resulte posible la imputación del daño a la entidad demandada bajo el régimen objetivo del daño especial, por tratarse de la muerte de un soldado en condición de conscripción; sin embargo, también surge el incumplimiento de los deberes de custodia, vigilancia y cuidado sobre los soldados conscriptos, hecho que, bajo cualquier óptica constituye una irregularidad que debían ejercer quienes detentaban mando y jerarquía sobre el conscripto, lo que en este caso no se cumplieron.

“No existe en el expediente prueba alguna que permita inferir que quien se encontraba en la obligación de velar por la custodia y el cuidado del soldado Millán Ramírez, hubiese desplegado acciones efectivas para evitar la materialización de la conducta de éste, antes por el contrario, no sólo autorizó la comisión de una infracción de tránsito sino también desobedeció una de las consignas y acolitó su incumplimiento por parte de quienes tenía a su cargo, por ende, a juicio de esta Sala, tal circunstancia constituye una flagrante falla en el servicio.

“Por lo antes señalado, para la Sala no son de recibo los argumentos traídos por el recurrente, en el sentido de que la muerte del SLR Millán Ramírez devino por el actuar de un tercero, porque si bien, quien conducía el automotor que pisó accidentalmente al soldado, también lo es, que lo que precipitó el fatal episodio fue la orden impartida por su Cabo, en cuanto a que detuvieran el tracto camión y se subieran para que los acercaran al punto de control No. 3.

“No obstante, se debe también considerar que el soldado conocía de la irregularidad de su decisión consistente en intentar subirse a uno de los costados del tracto camión, así como de los riesgos que existían para él, a pesar de lo cual siendo perfectamente previsibles o, si las previó, confió imprudentemente en evitarlos o en que no ocurrirían, haciéndose partícipe de esa manera y en buena medida de la producción del hecho dañoso, bajo la noción de culpa.

“De esta manera, resulta ponderado sostener que, si bien falló la demandada en la obligación de custodiar, vigilar y velar por la integridad física del soldado, en la medida en que su superior permitió la ocurrencia de una irregularidad, aun conociendo de los peligros que podían cernirse sobre aquél, también la víctima participó en la producción de la situación que desencadenó en su muerte, al no observar las reglas de seguridad impartidas en el Sumario de Órdenes Permanentes emitido por el señor Teniente Coronel Comandante del Batallón de Infantería No. 5 "Córdova".

“En atención a lo anterior, debe proferirse una decisión modificatoria, en la medida en que es claro que para los demandantes se configuró un daño antijurídico que se concretó con la muerte del soldado Eduardo Millán Ramírez, como consecuencia de fallas en el servicio; no obstante, la indemnización de los perjuicios se reducirá en un cincuenta por ciento (50%), en la medida en que la víctima también concurrió con su conducta irresponsable y culpable a la creación del escenario en el que perdió la vida.

“Por las anteriores razones, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se declarará la responsabilidad patrimonial de la Nación – Ministerio de Defensa — Ejército Nacional, pero la obligación indemnizatoria por los perjuicios causados a los demandantes, que estará a cargo de la demandada, se reducirá en un cincuenta por ciento (50%) de las sumas que resulten liquidadas”.

[Sentencia de 27 de Mayo de 2020. Rad. No. 47-001-3331-007-2010-00313-01 \(ACUM. CON 47-001-3331-008-2014-00002-01\). M. P. Elsa Mireya Reyes Castellanos.](#)

**Magistrada Ponente:** MARÍA VICTORIA QUIÑONES TRIANA

**Providencia:** Sentencia 2ª Instancia

**Fecha:** 19/08/2020

**Demandante:** EIMIS JOSÉ CEBALLOS RUIZ Y OTROS

**Demandado:** NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL

**Radicación:** 47-001-3333-003-2018-00225-01

**PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD /** De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, para determinar si hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, es imprescindible analizar en todos los eventos si la medida de aseguramiento fue decretada bajo los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, y revisar si el procesado con su conducta dio origen a su imposición.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE SOLDADO CONSCRIPTO/** En el presente caso no se acreditó, al materializarse la culpa exclusiva de la víctima, quien con su comportamiento conflictivo, indisciplinado y desobediente a las órdenes de sus superiores dio origen a la medida de aseguramiento impuesta.

**Problema jurídico:** Establecer si la privación de la libertad que soportó el señor Eimis José Ceballos Ruiz, en el marco del proceso penal seguido en su contra por la justicia penal militar por los delitos de deserción y desobediencia, que concluyó con auto de cesación de procedimiento,

constituyó una detención injusta que compromete la responsabilidad de la entidad demandada o si por el contrario, estaba llamado a soportarla.

**Tesis:** “Para el análisis de este tipo de procesos donde se endilga al Estado responsabilidad por privación injusta de la libertad, es preciso traer a colación la sentencia SU-072/183 de la Corte Constitucional en la cual se determinó que en estos eventos no se debe aplicar un único régimen de responsabilidad, de tal suerte que el título de imputación deberá establecerse a partir de las particularidades de cada caso. (...) Así las cosas, bajo la óptica jurisprudencial de la Corte Constitucional y actualmente del Consejo de Estado, esta Colegiatura concluye que para determinar si hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, resulta imprescindible analizar en todos los eventos si la medida de aseguramiento fue decretada bajo los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, y por otra parte, revisar si el procesado con su conducta dio lugar a su imposición.

“(…) Ahora bien, como a continuación se explicará de manera detallada, del análisis del acervo probatorio en conjunto con los lineamientos jurisprudenciales expuestos en el acápite respectivo, el Tribunal concluye que en este caso no se configuraron los elementos constitutivos para declarar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, en tanto que no se encontró probada una falla del servicio de administración de justicia penal militar y así mismo, se configuró la culpa grave de la víctima. (...) Se encuentra acreditado dentro del expediente que teniendo en cuenta los hechos acaecidos el día 25 de septiembre de 2015 cuando prestaba el servicio militar obligatorio en el Batallón de Infantería Mecanizado No. 5 "General José María Córdova" se adelantó investigación penal No. 596-2015 en contra del SLC. Eimis José Ceballos Ruiz por los presuntos punibles de desertión y desobediencia.

“Así mismo, se encuentra probado que el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar, decretó en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva mediante providencia de 25 de noviembre de 2015, la cual fue adicionada en fecha 22 de diciembre de 2015 (ff. 123 - 130 y 165 - 170). Ahora bien, por haber cumplido 60 días de privación efectiva de su libertad y con fundamento en lo dispuesto en el numeral 4o del artículo 539 del Código Penal Militar, mediante proveído de enero 22 de 2016, el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar le concedió al actor libertad provisional previa Suscripción de diligencia de caución juratoria (ff. 181 - 183).

“El acta de compromiso juratoria fue suscrita en la misma fecha lo mismo que la expedición de boleta de libertad (ff. 184 - 185). La Fiscalía 12 Penal Militar de Brigada a quién le fue remitido el asunto para calificar el sumario, a través de pronunciamiento del 1º de abril de 2016 profiere cesación de procedimiento.

“En efecto, la privación de la libertad del señor Eimis Ceballos Ruiz acaeció entre el 24 de noviembre de 2015 (fol. 122) hasta el 22 de enero de 2016 (ff. 185), fecha en la cual se ordenó su libertad y se libró boleta en ese sentido.

“La apertura de la investigación penal en contra del SLC. Ceballos Ruiz Eimis José tuvo como fundamento el informe rendido el día 25 de septiembre de 2015 por el subteniente Juan Camilo Franco Suárez en su calidad de comandante de heraldo "I", donde expuso:

*"(...) Siendo las 16:00 horas del día 25 de septiembre del 2015 se pasa revista y se forma el personal encontrando que el soldado campesino CEBALLOS RUIZ EIMIS JOSE, no se encuentra en la base de patrulla móvil. Deja abandonado material de guerra e intendencia, tener en cuenta que no es la primera vez (sic) el soldado es repetitivo en su comportamiento, poniendo en riesgo la vida, integridad física de la unidad. Haciendo caso omiso e incumpliendo las órdenes de carácter permanente el comando del batallón y el comando del pelotón, e igual forma enloda el buen nombre de la institución, donde se forma el personal y se verifica haciendo falta dicho soldado dejando abandonado el puesto de centinela y se evade.*

*(...)*

*Son testigos de los hechos*

*SLC. CAMARGO MOZO DEWIN JOSE*

*(...)*

*SLC. FONSEXA (SIC) SALGADO RICARDO JOSÉ (...)"*

Formalizada la apertura de la investigación, el Juzgado de Instrucción Penal Militar el día 20 de noviembre de 2015, escuchó en diligencia de declaración a los SLC. Deiwin José Camargo Mozo y Ricardo José Fonseca Salgado. El primero de los citados, rindió declaración en el siguiente sentido (ff. 112-114):

*"(...) PREGUNTADO: Haga al despacho un relato claro y detallado de cuanto sepa y le conste sobre la desertión cometida por de SLC. CEBALLOS RUIZ EIMIS JOSE en el mes de septiembre de 2015. CONTESTO: el soldado se evadió es por estar en fiestas de campaña política que a vacilar. PREGUNTADO: Informe al despacho si tiene conocimiento sobre alguna calamidad familiar u otro problema ocurrido al SLC. CEBALLOS RUIZ EIMIS JOSE que lo hubiera llevado a tomar la decisión de irse del puesto de patrulla. CONTESTO: ninguna situación de las anteriores, el dice que no quiere estar aquí que para nada sirve la tarjeta /...) PREGUNTADO: Informe al despacho si sabe cómo fue el comportamiento del soldado SLC. CEBALLOS RUIZ EIMIS JOSE en filas. CONTESTO: con algunos de nosotros peleo con dos con el soldado AMADOR Y FLOREZ MARIN y con los superiores a todos les lleva la contraria y con el cabo Montero lo desafío a pelear. PREGUNTADO: Informe al despacho qué clase de trato recibió dicho soldado en filas. CONTESTO: todo lo tratamos bien, para evitar problemas. PREGUNTO: indique al despacho si el de SLC. CEBALLOS RUIZ EIMIS JOSE tuvo problemas con alguna persona en las filas. CONTESTO: Si con el soldado AMANDOR, FLOREZ MARIN y CS MONTERO (...)"*

Por su parte, el SLC. Ricardo José Fonseca Salgado sobre los hechos materia de investigación, declaró (ff. 115-117):

*"(...) PREGUNTADO: Haga al despacho un relato claro y detallado de cuanto sepa y le conste sobre la deserción cometida por de SLC. CEBALLOS RUIZ EIMIS JOSE en el mes de septiembre de 2015. CONTESTO: El Sargento RAMIREZ RIVAS LUIS HUMBERTO hizo la formación para constatar el personal y en la presencia no se encontraba el soldado CEBALLOS RUIZ EIMIS (...) PREGUNTADO: Informe al despacho si sabe cómo fue el comportamiento del soldado de SLC. CEBALLOS RUIZ EIMIS JOSE en filas. CONTESTO: la verdad no es muy bueno siempre trata de llevar la contraria a los comandantes (...)"*

Sumado a lo anterior, el hoy demandante, señor Eimis José Ceballos Ruiz, en diligencia de indagatoria llevada a cabo el día 24 de noviembre de 2015 (ff. 118 - 121), reconoció libre y voluntariamente que el día 25 de septiembre de 2015 había evadido su puesto asignado:

*""PREGUNTADO: Sírvase hacerle al Despacho un relato claro, amplio y detallado de los hechos sucedidos el día 25 de septiembre de 2015 cuando según informe de denuncia suscrito por el ST FRANCO SUAREZ JUAN CAMILO, al pasar revista de la base de patrulla móvil siendo las 16:00 horas el SLC CEBALLOS RUIZ EIMIS JOSE no se encontraba en la base de patrulla móvil abandonando el material de guerra e intendencia CONTESTO: si, yo me evadí, no puedo decir que no, yo no me fui por quererme ir, si no que la vez pasada yo le dije a mi teniente franco que me diera permiso y mi teniente me dijo que no, yo le dije que necesitaba ir a hacer un permiso, y mi teniente se fue para el pueblo y yo me fui para el pueblo más atrás, mi teniente se fue a hacer una patrulla al pueblo, ese día, entonces mi teniente llevo a pasar revista y no me encontró me cogió el equipo y todo, yo me fui como a las 10:00 de la mañana y volví como a las cuatro, me fui al pueblo con unos amigos le estaba preguntando a un amigo un muchacho de una plata que yo le debía. PREGUNTADO: DIGA AL DESPACHO SI USTED LE INFORMO ALGUN SUPERIOR QUE SE IBA A DESPLAZAR HASTA EL PUEBLO EL DIA DE LOS HECHOS CONTESTO: NO. PREGUNTADO: DIGA AL DESPACHO SI USTED PIDIO PERMISO PARA AUSENTARSE DE LA PATRULLA MOVIL QUE USTED INTEGRABA EL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2015. CONTESTO: NO PEDI PERMISO. PREGUNTADO: DIGA AL DESPACHO SI LA PATRULLA MOVIL QUE USTED INTEGRABA EL DIA DE LOS HECHOS MATERIA DE INVESTIGACIÓN SE ENCONTRABA EN DESARROLLO DE UNA OPERACIÓN MILITAR DE SER AFIRMATIVA SU RESPUESTA RECUERDA CUAL ERA LA MISIÓN Y EL OBJETO DE LA MISMA. CONTESTO: NO ESTABAMOS HACIENDO NADA. PREGUNTADO: DIGA AL DESPACHO NOMBRE DEL PUEBLO A DONDE USTED SE FUE EL DÍA 25 DE SEPTIEMBRE DE 2015. CONTESTO: CHIVOLO (...) PREGUNTADO: DIGA AL DESPACHO SI HABIA RECIBIDO INSTRUCCION SOBRE JUSTICIA PENAL MILITAR DE EN ESPECIAL SOBRE DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA Y EL SERVICIO. CONTESTO: SI. PREGUNTADO: DIGA AL DESPACHO CUANTO TIEMPO LLEVABA PRESTANDO EL SERVICIO MILITAR. CONTESTO: VOY A CUMPLIR ONCE MESES. PREGUNTADO: Sírvase manifestarle al Despacho si usted tuvo algún problema con algún compañero y superior en el tiempo que lleva prestando su servicio militar. CONTESTO: discusiones (...) PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho cómo ha sido el trato que ha recibido por parte de sus compañeros y superiores durante el tiempo que ha estado prestando do el servicio militar. CONTESTO: yo no puedo juzgar a nadie pero esto a mí no me gusta yo pedí la baja y no me la dieron yo pedí la baja y me dijeron que me volara mejor eso me dijo mi teniente franco.*

*PREGUNTADO: Sírvase decirnos si usted gozo de permisos y licencias durante el tiempo que llevaba prestando el servicio militar, en caso afirmativo, en cuantas oportunidades y por cuanto tiempo. CONTESTO: si dos permisos uno que salimos en agosto y uno este mes. PREGUNTADO: A usted se le sindicó de haber cometido el delito de DESERCIÓN que tipifica y sanciona el Código penal Militar, por los hechos sucedidos el 25 de septiembre de 2015 cuando según informe de denuncia usted abandono la patrulla móvil que usted integraba, que tiene que decir al respecto. CONTESTO: yo me declaro culpable porque si lo hice y por hacer eso al otro día me pusieron de diurno a prestar el servicio de centinela (...)"*

“Entre otros, los anteriores elementos probatorios sirvieron de soporte para que el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar decidiera mediante providencia de 25 de noviembre de 2019 decretar medida de aseguramiento consistente en detención preventiva del señor Ceballos Ruiz como presunto autor del punible militar de deserción regulado en el artículo 109 de la Ley 1407 de 2010 numeral 3°. (ff. 123 - 130). A juicio de la Sala, la medida de aseguramiento impuesta cumplió con los requisitos establecidos en la legislación procesal aplicada en el caso en concreto, en especial, al haberse hallado más de un indicio grave de responsabilidad en contra del SLC. Eimis José Ceballos Ruiz y por mediar la ocurrencia de un supuesto delito contra el servicio y la disciplina.

(...)

“Reiterada la Sala que una vez examinada la decisión del juez de instrucción penal militar conforme a los presupuestos establecidos en el ordenamiento para su imposición, no es posible predicar la existencia de una falla en el servicio de la entidad accionada, pues para la adopción de la medida de aseguramiento de detención preventiva se colmaron los lineamientos exigidos por la ley procesal.

“(…) En ese sentido, al recaudarse pruebas de las cuales se podía inferir más de un indicio grave de responsabilidad en contra del señor Ceballos Ruiz que atentaban incluso contra el servicio o la disciplina que debe regir en la institución militar de la cual hacía parte, era factible la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva

“A esa misma conclusión arribó al adicionar la medida en auto de fecha 22 de diciembre de 2015 por la presunta conducta punible de desobediencia que se encuentra reglada en el artículo 96 de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta los elementos probatorios aportados visibles a folios 144 - 146 y 150 - 161.

“Incluso, es posible afirmar que la medida de aseguramiento permaneció impuesta durante el término que consagra el ordenamiento jurídico, toda vez que en el desarrollo del proceso se garantizaron los derechos del soldado campesino con la aplicación de la figura de libertad provisional previa suscripción de caución juratoria en virtud de lo dispuesto en el artículo 539, numeral 4 de la Ley 522 de 1999, lo cual se realizó en providencia 22 de enero de 2016 (ff. 181 - 185). (…) En ese sentido, desde el punto de vista del título de imputación subjetiva - falla del

servicio-, no puede catalogarse la medida de aseguramiento como ilegal, irrazonable o desproporcionada.

“(…) Para la Colegiatura a pesar que el proceso penal militar finalizó por cesación del procedimiento al hallar la Fiscalía que el demandante ostentaba la calidad de soldado campesino desde el momento de su incorporación que le impedía estar en una base de patrulla móvil que adelantara operaciones contra grupos al margen de la ley; no puede perderse de vista que el señor Eimis José Ceballos Ruiz se expuso con su conducta a la provocación del daño, esto es, a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

“Los elementos probatorios que fueron recaudados por el ente investigador y que fueron tenidos en cuenta para la imposición de la medida de aseguramiento dan cuenta del comportamiento conflictivo, indisciplinado y desobediente a las órdenes de sus superiores del señor Ceballos Ruiz, pese a su condición de soldado que prestaba el servicio militar obligatorio. Es importante puntualizar que la disciplina es una condición esencial para la existencia de toda fuerza militar, lo que se traduce en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y obligaciones del subalterno.

“Quiere decir lo anterior, que su actuación fue determinante para que en su contra se dictara la medida de aseguramiento de detención preventiva, lo cual se puede corroborar de su declaración rendida el 24 de noviembre de 2015 y las declaraciones de sus compañeros recibidas en fecha 20 de noviembre de 2015. (...) A juicio de la Colegiatura, el demandante incurrió desde la perspectiva del Código Civil en culpa grave o dolo, pues su actuar o comportamiento era totalmente contrario al que debe tener un soldado campesino que presta el servicio militar obligatorio, donde la disciplina es una condición esencial y prevalente.

“Así las cosas, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Santa Marta de fecha 30 de septiembre de 2019, por las razones anotadas en esta providencia”.

**[Sentencia de fecha 19 de Agosto de 2020. Rad. No. 47-001-3333-003-2018-00225-01 M. P. María Victoria Quiñones Triana](#)**

**Magistrado Ponente:** ADONAY FERRARI PADILLA  
**Providencia:** Sentencia 2ª Instancia  
**Fecha:** 23/09/2020  
**Demandante:** OSCAR CORMANE SAUMETH Y OTROS  
**Demandado:** INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES <sup>3</sup>  
**Radicación:** 47-001-3331-002-2013-00591-01

**INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (HOY LIQUIDADADO) / SUCESOR PROCESAL /** De acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 1051 de 2016, en armonía con lo previsto en el inciso segundo del artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, lo es el Ministerio de Salud y Protección Social, entidad obligada a responder por las condenas judiciales a cargo de dicho Instituto.

**HISTORIA CLÍNICA /** Es prueba directa por excelencia dentro de los procesos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales; y en caso de no ser aportada en forma íntegra, completa y accesible, da lugar a la configuración de indicio en contra de la institución sanitaria a cargo de remitirla.

**PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE RECUPERACIÓN POR DEFECTUOSA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO / ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACIÓN /** De acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, se requiere: i) La falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) La certeza de la existencia de una oportunidad; y iii) La certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible para la víctima.

**Problema jurídico:** Determinar si los medios probatorios allegados al expediente son suficientes o no para arribar a la certeza en torno a la configuración de los elementos que le dan estructura a la responsabilidad administrativa y patrimonial de la entidad estatal accionada, esto es, del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -sucedido procesalmente por la NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL-, con ocasión de las lesiones causadas al señor OSCAR CORMANE SAUMETH; y en tal sentido confirmar o revocar la decisión de primera instancia.

**Tesis:** “Descendiendo al asunto de la contención, queda claro para la Sala que ha de acreditar el accionante tres presupuestos de la responsabilidad de la administración para que pueda dirigirse imputación en contra de ésta, a saber: a) Que exista un daño antijurídico; b) que la administración haya actuado tardíamente, ineficientemente o se haya abstenido de actuar y c) que entre dicho daño y la mentada falla del servicio exista una relación de causalidad.

---

<sup>3</sup> Hoy liquidado y sucedido procesalmente por el Ministerio de Salud y Protección Social

“Pues bien, en lo atinente al daño antijurídico, queda debidamente demostrado éste en el plenario, toda vez que se aportó con el libelo genitor tanto las historias clínicas del señor OSCAR CORMANE SAUMETH como la certificación sobre rehabilitación integral expedida por la Junta Regional para la Calificación de la Invalidez del Atlántico (f. 143), de fecha 25 de octubre de 2005, donde se hace constar que el actor sufría de esclerosis múltiple, con secuela de paraplejia, con pronóstico malo, al igual que la historia clínica, donde se hace mención de tal situación en múltiples apartes; así como del padecimiento de la diabetes mellitus no especificada.

“De suerte que, con esta probanza, queda claro para el Tribunal la causación del daño antijurídico cuya indemnización se reclama en la contención por parte de los accionantes. (...)Visto lo anterior, y acreditado el daño, se detiene la Sala en el análisis de las pruebas aportadas, a efecto de establecer si efectivamente, como lo aduce el extremo demandante, existió una falla del servicio médico asistencial prestado al señor: OSCAR CORMANE SAUMETH que conllevó a su paraplejia. No obstante, es pertinente acotar que la historia clínica del actor fue suministrada de forma fragmentaria e incompleta por parte de la entidad demandada, aportando únicamente pocas hojas, lo cual resulta ser inconcebible, teniendo en cuenta la pluralidad de ocasiones en las cuales el demandante fue atendido en la Unidad Médica José María Campo Serrano, adscrita a la ESE José Prudencio Padilla.

“Al respecto, es propio anotar que para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso; y adicionalmente, deberá acreditarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance. Para tal efecto, resulta de vital importancia la presencia de la historia clínica, la cual está privilegiada normativamente como elemento determinante para la práctica médica. (...)

“Así las cosas, la prueba directa, por excelencia, dentro de los procesos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales, es la historia clínica, la cual debe ser conservada por la institución prestadora durante un periodo mínimo de 20 años, contados a partir de la última atención. (...)

“Es así como el Consejo de Estado, en sentencia del 9 de febrero de 2011, con ponencia del consejero Mauricio Fajardo Gómez, dentro del proceso radicado con el número 7300123310001998002980, en esa oportunidad se ocupó de estudiar el tema concerniente a las características y exigencias de la historia clínica y precisó la naturaleza jurídica de documento público que le corresponde y, por ende, su valor probatorio (...) Ahora bien, en reciente pronunciamiento, el máximo Colegiado se pronunció respecto de aquellos casos en los cuales las instituciones nosocomiales no cumplen con la ordenación impartida por el operador de justicia de

remitir de la historia clínica o lo hacen de forma incompleta (...) acaeciendo como efecto de la inobservancia de este deber la configuración de indicio en su contra, que eventualmente puede ser determinante a la hora de declarar su responsabilidad patrimonial.

(...) Ahora bien, (...) es oportuno recordar que dentro de las pruebas decretadas por el a quo se dispuso oficiar a diferentes instituciones para que absolvieran cuestionarios tendientes a esclarecer algunos temas puntuales de relevancia para el proceso. (...) En ese orden, del análisis de los informes rendidos por el Instituto Nacional de Cancerología y de la Asociación Colombiana de Neurocirugía, en comunidad con el resto de las probanzas aportadas, la Sala estima que no existe hesitación de que la entidad demandada incurrió en un verdadero error de diagnóstico que redundó en un tratamiento inadecuado para el actor, pues a pesar de que desde un comienzo el cuerpo médico que le atendió expresó que las afecciones neurológicas que empezaba a padecer podían provenir de la presencia de un tumor, su patología fue reconocida como esclerosis múltiple progresiva primaria, a pesar de que ciertos medios diagnósticos practicados al actor no arrojaban resultados que pudieran ser consecuentes con esta enfermedad; y únicamente procedieron a identificar el padecimiento sufrido por éste como una neoplasia sino varios años después del primer diagnóstico, cuando la paraparesia que sufría había evolucionado a paraplejía.

“Resulta por lo menos singular para la Sala que de acuerdo a la fragmentaria historia clínica allegada al proceso que a pesar de que la primera resonancia magnética practicada al actor arrojó resultados anormales, sólo hasta tres años después se realizó un medio diagnóstico que estableció con claridad la existencia neoplasia que crecía en su médula, época para la cual se produjo la resección del tumor precitado, que ya había hecho bastante mella en su salud, y especialmente en su movilidad. (...) En este punto, resulta importante recordar el contenido de la respuesta de a la pregunta No. 4 del cuestionario absuelto por la Asociación Colombiana de Neurocirugía que expuso: *“La inmensa mayoría de los tumores intramedulares producen signos y síntomas neurológicos. Cuando se ubican entre t5 y el cono medular suelen producir disminución lentamente progresiva, de la fuerza de los miembros inferiores acompañada de pérdida en el control de esfínteres y disminución de la sensibilidad de la piel desde el tórax hasta abajo. El tratamiento debe ser cirugía buscando retirar el tumor pues la historia natural de estos tumores es empeoramiento progresivo neurológico hasta la paraplejía (parálisis de los miembros inferiores) con pérdida de control de esfínteres y de la función sexual. Con la cirugía, además, se logra tener una muestra de la lesión para estudio patológico y así hacer diagnóstico para orientar la conducta a seguir, pues en la médula espinal puede haber tumores benignos o malignos. Sin embargo, el riesgo principal de este tipo de cirugías es que se produzca paraplejía, si es que al paciente ya no la tenía”*. De tal guisa, contrastadas tan categóricas afirmaciones con las probanzas aportadas, concuerda exactamente con el deterioro progresivo de su condición médica.

“De acuerdo a lo expuesto, y analizada la situación del actor, en el presente caso se interpretó indebidamente la sintomatología del paciente, pues a pesar de que se advirtió desde el inicio, tal

como lo reveló el examen de potenciales evocados que le fue practicado desde el año 2004 la posible presencia de un tumor; y dado el resultado de imagenología practicado para la misma época, donde se recomendaba la práctica de una resonancia magnética con contraste de gadolinio, sólo hasta el año 2007, en una institución hospitalaria de 4° nivel se realizó la misma, arrojando la presencia de la neoplasia que le causaba la paraparesia que evolucionó en la paraplejia y en la pérdida del control de sus esfínteres (vejiga neurogénica).

“Así las cosas, estima este colegiado, que a diferencia de lo expuesto por el a-quo, a todas luces se advierte que existió una omisión al deber de extrema diligencia, cual ocurre como consecuencia de omisiones y falencias en la atención oportuna y necesaria del paciente, sin que en este sentido, se le haya prestado el servicio de salud de manera integral, habida cuenta que sólo hasta después de haber transcurridos casi tres años desde la primera impresión diagnóstica que teorizaba la existencia de un crecimiento neoplásico en el paciente, se llevó a cabo la resonancia magnética requerida que confirmó la existencia del tumor intradural intramedular que tantos problemas causó al demandante.

“De tal guisa, para la Sala se acreditó que en el presente caso la entidad accionada incurrió en un error de diagnóstico que redujo las posibilidades de recuperación del actor desde el inicio, pues el tratamiento adecuado para la patología que verdaderamente sufría (resección de la neoplasia intradural intramedular, finalmente identificada como de origen benigno) sólo pudo ser proporcionado después de un lapso bastante extendido, cuando ya este se encontraba parapléjico.

“En consonancia con lo expuesto por el H. Consejo de Estado, tenemos que en el caso particular del actor la falta de diagnóstico acertado del tumor intradural intramedular que padecía, redujo a la más mínima expresión sus posibilidades de recuperación, pues tal como la literatura médica lo ha averiguado, la detección temprana de esta clase de neoplasias -y su tratamiento de forma intensiva-puede llegar a prevenir una mayor pérdida de la función, permitiendo, con rehabilitación intensiva, la recuperación de la función nerviosa.

“Ello, tal como se desprende del acervo probatorio recaudado, no ocurrió en el caso del demandante, pues resulta cierto que la demora en la aplicación del tratamiento adecuado para su patología -la cirugía requerida-, permitió el avance de la paraparesia que se encontraba en fase inicial cuando se consultó en el año 2004, desarrollándose una paraplejia por el error y la dilación en el diagnóstico.

“Así las cosas, es claro que existió un nexo de causalidad por el error de diagnóstico en el que incurrió la entidad demandada y el desenlace que culminó en la paraplejia del paciente. Pues se reitera, aparece claro que la progresión de la pérdida de movilidad de los miembros inferiores del actor se produjo, sin duda, debido al error de diagnóstico precitado que generó una falta de tratamiento oportuno de la patología presentada, lo que, a su vez, tuvo por causa la evolución de la

enfermedad padecida. Y en tal virtud resulta diáfana la responsabilidad que le asiste a la entidad hospitalaria demandada en los perjuicios causados al actor y a su familia, los cuales deben ser resarcidos”.

[Sentencia de fecha 26 de Agosto de 2020. Rad. No. 47-001-3331-002-2013-00591-01. M. P. Adonay Ferrari Padilla.](#)

#### 4. EJECUTIVOS

**Magistrada Ponente:** ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS

**Providencia:** Auto 2ª Instancia

**Fecha:** 29/07/2020

**Clase de Proceso:** EJECUTIVO

**Accionante:** MARGARITA ROJAS CASTRO Y OS.

**Demandado:** NACIÓN —MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, FIDUPREVISORA EN CALIDAD DE VOCERA DEL P.A.R CAPRECOM LIQUIDADO

**Radicación:** 47-001-3333-004-2013-00133-01

**EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES PLASMADAS EN SENTENCIAS JUDICIALES A CARGO DE ENTIDADES LIQUIDADAS** / Acreencias no reclamadas al cierre de la liquidación pueden ser exigidas judicialmente con posterioridad a ésta, ejecutando al patrimonio autónomo integrado con sus remanentes.

**LITIGIOS EN CURSO DURANTE LIQUIDACIÓN DE ENTIDAD PÚBLICA** / Corresponden a una contingencia, no a un pasivo, pues sólo adquieren esta característica cuando de la sentencia que pone fin al proceso deviene una obligación a favor del demandante.

**OBLIGACIONES A CARGO DE ENTIDADES LIQUIDADAS** / Deben ser satisfechas, y el proceso de intervención no debe ser justificación para omitir el pago de las mismas.

**Problemas jurídicos:** “Determinar si en el presente asunto resulta acertada la decisión del a quo de revocar el mandamiento de pago dictado dentro del proceso ejecutivo de la referencia, por cuanto el proceso ejecutivo no es el medio idóneo para exigir el pago de la sentencia judicial, dado que aquella pertenece al pasivo cierto no reclamado y debe ser cancelado con los remanentes de la masa de liquidación con observancia de la prelación determinada por la naturaleza de la obligación”.

**Tesis:** “En el caso sub examine se tiene que el Juzgado Cuarto Administrativo de Santa Marta, mediante providencia de 4 de octubre de 2019, revocó el mandamiento de pago ordenado por auto de 21 de junio de 2018, así como aquellos de medidas cautelares, toda vez que estimó que no podía seguirse el proceso ejecutivo para el cobro de la sentencia judicial adosada como título ejecutivo, pues no se reclamó la obligación dentro del proceso liquidatorio, pasando a ser aquella obligación un pasivo cierto no reclamado, que debe ser pagado con el remanente de la masa de liquidación, pago que está sometido a los recursos con que cuenta el patrimonio autónomo para cancelar las acreencias, con observancia de la prelación determinada por la naturaleza de la obligación

“(…)El régimen de liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva del orden nacional, se encuentra previsto en el Decreto 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006, normativa que en el artículo 1 señala el ámbito de aplicación de la misma y las reglas supletorias que deben aplicarse en caso de vacío normativo. (...)Cualquier entidad pública de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, sobre la que recayera la orden de liquidación, debe atender las reglas contenidas en la normativa antes señalada, emergiendo las del sistema financiero como supletorias para llenar los vacíos de aquellas, siempre que ello fuera posible.

“Conviene recordar que el artículo 9 de la Ley 1105 de 2006, dispuso que el liquidador realice un inventario físico de los activos, pasivos y contingencias de la entidad, pero se le ordena a aquel funcionario que presente al Ministerio de Justicia —Agencia de Defensa Jurídica del Estado, un inventario de los procesos judiciales y demás en los que la entidad sea parte, así como se lee en el artículo 13 ibídem, en concordancia con lo previsto en el artículo 17 del Decreto 2519 de 2015.

“A su turno, el artículo 32 del Decreto 254 de 2000, estableció las reglas para el pago de las obligaciones así:

*“ARTÍCULO 32. Pago de obligaciones. Corresponderá al liquidador cancelar las obligaciones pendientes a cargo de la masa de la liquidación, previa disponibilidad presupuestal, con el fin de realizar su liquidación progresiva; para ello se tendrán en cuenta las siguientes reglas:*

*“1. Toda obligación a cargo de la entidad en liquidación deberá estar relacionada en un inventario de pasivos y debidamente comprobada.*

*“2. En el pago de las obligaciones se observará la prelación de créditos establecida en las normas legales. Para el pago de las obligaciones laborales el liquidador deberá elaborar un plan de pagos, de acuerdo con las indemnizaciones a que hubiere lugar; éste programa deberá ser aprobado por la junta liquidadora, cuando sea del caso.*

*“3. Las obligaciones a término que superen el plazo límite fijado para la liquidación podrán cancelarse en forma anticipada, sin lugar al pago de intereses distintos de los que se hubieren estipulado expresamente.*

*“4. El pago de las obligaciones condicionales o litigiosas se efectuará solamente cuando éstas se hicieren exigibles.*

*“5. Para el pago del pasivo se tendrá en cuenta la caducidad y la prescripción de las obligaciones, contenidas en las normas legales vigentes.*

*(...)*

*“PARÁGRAFO. Las obligaciones de la entidad en liquidación, incluyendo los pasivos laborales, se cancelarán con el producto de las enajenaciones, con observancia de las normas legales y presupuestales del caso, teniendo en cuenta la prelación de créditos. Los pasivos laborales incluirán el valor correspondiente al cálculo actuarial del pasivo pensional, el cual se entregará a la entidad que deba asumir el pago de las pensiones y de bonos pensionales, si hubiere lugar a ello, con la preferencia reconocida por las normas vigentes sobre obligaciones laborales.*

*“En caso de que los recursos de la liquidación de un establecimiento público o de una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional no societaria sean insuficientes, las obligaciones laborales estarán a cargo de la Nación o de la entidad pública del orden nacional que se designe en el decreto que ordene la supresión y liquidación de la entidad. Para tal efecto se deberá tomar en cuenta la entidad que debía financiar la constitución de las reservas pensionales.*

*“Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto por el párrafo 6 del artículo 1 de la Ley 573 de 2000, la Nación podrá asumir o garantizar obligaciones de las entidades públicas del orden nacional, incluidas las derivadas de las cesiones de activos, pasivos y contratos que haya realizado la entidad en liquidación, actuaciones que no causarán el impuesto de timbre siempre y cuando se realicen entre entidades públicas.*

*“Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, cuando se trate de entidades descentralizadas indirectas, sólo procederá la asunción respecto de aquellas cuya liquidación se encuentre en firme a la fecha de entrada en vigencia de éste decreto, y siempre y cuando en su capital participe una entidad descentralizada directa en un porcentaje superior al noventa por ciento (90%). Para tal efecto, cuando de acuerdo con disposiciones legales la entidad descentralizada directa deba responder por los pasivos de la entidad de la cual es socia o accionista, se requerirá que ésta no se encuentre en capacidad financiera de hacerlo a juicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*

*“Cuando se trate de empresas industriales y comerciales del Estado o de sociedades de economía mixta directas, sólo podrá procederse a la asunción una vez se hayan agotado los activos o se haya establecido que no es posible la realización de los mismos.*

*“En todo caso, la Nación únicamente será responsable por las obligaciones de las entidades societarias en los eventos expresamente previstos en el presente decreto.*

“Y el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006 refiriéndose a la autorización para celebrar contrato de fiducia a la terminación del plazo de liquidación, indicó:

*“Artículo 19. El artículo 35 del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:*

*“Artículo 35. A la terminación del plazo de la liquidación, el liquidador podrá celebrar contratos de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria por el cual se transferirá activos de la liquidación con el fin de que la misma los enajene y destine el producto de dichos bienes a los fines que en el inciso siguiente se indican. La entidad fiduciaria contratista formará con los bienes recibidos de cada entidad en liquidación un patrimonio autónomo.*

*“La entidad fiduciaria destinará el producto de los activos que les transfiera el liquidador a pagar los pasivos y contingencias de la entidad en liquidación, en la forma que hubiere determinado el liquidador en el contrato respectivo, de conformidad con las reglas de prelación de créditos previstas en la ley.*

*“Si pagadas las obligaciones a cargo de la entidad en liquidación quedaren activos o dinero en poder de la entidad fiduciaria contratada, esta los entregará al Fopep o al Fondo de Reservas de Bonos Pensionales, según corresponda, en la forma y oportunidad que señale el Gobierno Nacional en el decreto que ordene la liquidación o en uno que lo complemente.*

*“Pagados los pasivos o cuando los bienes entregados en fiducia sean suficientes para atenderlos, los demás activos que no hayan sido objeto de fiducia, se traspasarán al Ministerio, Departamento Administrativo o entidad descentralizada que determine la ley o el acto administrativo expedido por el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que cuando se enajenen bienes, su producto se entregue al Fopep o al Fondo de Reserva de Bonos Pensionales, según lo determine el Gobierno Nacional.*

*“Cumplido el plazo de la liquidación en el acta final de liquidación por la cual se pone fin a la existencia legal de la entidad y, cuando sea del caso, se indicarán los activos que se transfieren o que se encuentran en un patrimonio autónomo de conformidad con el presente artículo, así como los pasivos que se pagarán con cargo a dicho patrimonio autónomo, y las obligaciones que asuman otras entidades con sujeción a lo previsto en el presente decreto.*

*“Si al terminar la liquidación existieren procesos pendientes contra la entidad, las contingencias respectivas se atenderán con cargo al patrimonio autónomo al que se refiere el presente artículo o a falta de este, el que se constituya para el efecto. Lo anterior sin perjuicio de los casos en que la Nación u otra entidad asuman dichos pasivos, de conformidad con la ley”*

Conforme con la normativa transcrita se tiene claro que los procesos judiciales en los que la entidad liquidada funja como demandante o demandada hacen parte de un inventario que es obligación del liquidador, estos procesos judiciales forman en conjunto lo que se llama una contingencia, no solo por la eventualidad que ello implica, sino porque así lo llamó el legislador según se observa en la redacción de los referidos artículos.

“De allí que la conclusión que surge con relación a lo que se viene diciendo es que los procesos judiciales no constituyen parte del pasivo cierto no reclamado, afirmación que se sustenta en que

el artículo 34 del Decreto 254 de 2000 alude a acreencias que estén en la masa o por fuera de ellas, reconocidas en oportunidad o de manera extemporánea, pero como lo dice el reproducido numeral 4 del artículo 32 del decreto anunciado, las contingencias solo pueden ser reclamadas una vez se hagan exigibles, por manera que antes de su exigibilidad no puede propiamente determinarse como pasivos ni ingresar a la liquidación en aquella condición, a lo sumo como una expectativa.

“El a quo en la providencia apelada afirma que como la parte ejecutante no reclamó la obligación dentro del proceso liquidatorio, aquella pasa a ser un pasivo cierto no reclamado, por ende no susceptible de ejecutarse judicialmente, pero nada más alejado de la realidad normativa, primero, porque al revisar las reglas precedentes del proceso liquidatorio estatal no se aprecia que alguna de ellas arribe a dicha inferencia, por el contrario, a las obligaciones litigiosas no se les trata como un pasivo más, sino como una contingencia que al concretarse se hace exigible, por ello no están sometidas a un plazo para su reclamación en el proceso liquidatorio.

“No debe perderse de vista que al liquidador de la entidad pública le corresponde por disposición legal efectuar un inventario de activos, pasivos y relación de contingencias, entre otras cuestiones; relación de contingencias que debe ser conocida por el Ministerio de Justicia, según se lee en el artículo 13 de la Ley 1105 de 2006, de manera que si el liquidador conoce cuáles son los procesos o actuaciones administrativas, pues previamente ha hecho un inventario junto con el estimativo de su valor, no encuentra este Tribunal justificación alguna para que se exija al beneficiario de aquella posible acreencia formalizar una reclamación sobre lo que ya de antemano conoce la entidad y sobre lo cual ha provisionado. (...) Acorde con lo que se viene diciendo, queda claro que las contingencias exigibles luego de finalizada la liquidación de una entidad, deben ser atendidas con cargo al patrimonio autónomo, sin necesidad que la parte interesada o beneficiaria esté obligada con antelación a su reclamación como pasivo, tampoco se ordena que haga parte de los activos ciertos no reclamados, pues en este caso no es aplicable el Decreto 2555 de 2010, toda vez que el artículo 3 del Decreto 2519 de 2015 no hace remisión a normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para resolver vacíos normativos en materia de “avisos y emplazamientos, presentación de acreedores y reclamaciones, graduación y calificación de créditos, notificación a entidades gubernamentales, requisitos para el pago de obligaciones y el pasivo cierto no reclamado”.

“En el caso de la parte ejecutante dentro del proceso con el radicado anunciado se observa que la sentencia que puso fin al proceso quedó ejecutoriada el 3 de agosto de 2017, mientras que el acta final del proceso liquidatorio de Caprecom se expidió el 27 de enero de 2017”, esto es, el proceso judicial que dio origen al ejecutivo, concluyó con posterioridad a la finalización de la liquidación de la señalada entidad, lo que significa que la parte ejecutante no puede hacerse parte de la liquidación como erradamente lo deja entrever el auto apelado y que el patrimonio autónomo se encuentra vigente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto 2519 de 2015.

“(…) Pues bien, como lo anota el a quo, el proceso de liquidación de Caprecom EICE en Liquidación concluyó con el acta final suscrita el 27 de enero de 2017, entendiendo que los procesos ejecutivos quedaron incorporados en la masa de liquidación de la entidad, pero tal situación no impide que se ejecute al mencionado PAR con posterioridad al cierre de la liquidación, puesto que no hay norma que así lo establezca, solo la limitación temporal ya comentada, pero aquella no es perenne en el tiempo, es, como ya se dijo, temporal. Una vez finalizado el proceso de liquidación, pueden quienes no fueron aceptados en aquella o un derecho litigioso contingente, reclamar judicialmente sus derechos, incluso ejecutar.

“(…) Los señores Margarita Rojas Castro, Ramón Rojas Pérez, Alides Castro Meló, José Isabel Campos Cosy, Ramón Rojas Castro, Javier Rojas Castro, Ledis Rojas Castro, Yolis Rojas Castro, Wilman Rojas Castro y Edwin Rojas Castro, obtuvieron fallo en el que se ordenó una indemnización de perjuicios a su favor, dicho fallo quedó ejecutoriado el 3 de agosto de 2017 (fl 96), entre tanto la liquidación de Caprecom EICE finalizó el 27 de enero de ese mismo año, luego aquellos demandantes solicitaron el cumplimiento de la sentencia el 22 de noviembre de 2017 y radicaron el escrito de ejecución el 5 de junio de 2018.

“Con todo, es incontrastable que con anterioridad al proceso de liquidación solo estaba en curso el proceso de reparación directa, juicio que terminó después del acta final de liquidación, de manera que el proceso ejecutivo se impetró después de terminado el proceso de liquidación de Caprecom, por lo tanto, ninguna norma prohíbe que el acreedor ejecute al deudor cuando este incumple con la obligación de pagar lo que se le ha ordenado.

“De mantenerse el criterio expuesto por las entidades ejecutadas —restricción de iniciar proceso ejecutivo—, conlleva no solo una indebida interpretación de la normativa, tal como se expuso, sino también cohonestar el incumplimiento de las obligaciones estatales, pues no es posible que una entidad llegue al punto de su liquidación solo como forma de evadir sus acreencias o de burlar las decisiones judiciales, porque es eso lo que acarrearía de seguirse la línea trazada por el a quo, escenario que indudablemente afecta el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental que está comprendido por la libertad de toda persona de acceder a la administración de justicia, a obtener una respuesta pronta y de fondo frente a los derechos reclamados, con garantía del debido proceso y a que se decida por medio de sentencia motivada.

“En ese orden de ideas, estima la Sala que no le asiste razón al a quo cuando afirma que las pretensiones constituyen un pasivo cierto no reclamado, de manera que no puede por el proceso ejecutivo perseguirse el pago de la obligación, cuando lo cierto y claro es que los procesos litigiosos en curso corresponden a una contingencia no a un pasivo, por ello cuando se hacen exigibles deben ser cancelados con cargo al patrimonio autónomo, por lo tanto, frente al incumplimiento puede ser forzado por la vía judicial sin restricción alguna, con mayor razón cuando ha finalizado el proceso

concurzal, pues ya no hay limitante. (...) Por lo antes dicho, esta Sala revocará la decisión adoptada por el a-quo en la providencia recurrida, en consecuencia, continúese con el trámite del proceso”.

[Auto de 29 de Julio de 2020. Rad. No. 47-001-3333-004-2013-00113-01. M. P. Elsa Mireya Reyes Castellanos](#)

## 5. OTROS MEDIOS DE CONTROL Y TRÁMITES ESPECIALES

**Magistrada Ponente:** MARÍA VICTORIA QUIÑONES TRIANA

**Providencia:** Sentencia 1ª Instancia

**Fecha:** 02/09/2020

**Clase de Proceso:** NULIDAD ELECTORAL

**Accionante:** JOSÉ IGNACIO TAPIA DE LA CRUZ

**Demandado:** ACTO DE ELECCIÓN DE EVYS DEL AMPARO MESA SABIGNY  
COMO ALCALDESA DE SABANAS DE SAN ÁNGEL

**Radicación:** 47-001-2333-000-2019-00801-00

**NULIDAD ELECTORAL / Falsedad o apocrifidad en documentos electorales /** Es una causal de nulidad necesariamente objetiva, y requiere constatación directa de su existencia por parte del operador jurídico y requiere por parte del demandante que se indique con toda precisión las mesas de votación en que se presentó el presunto fraude, bajo que modalidad, el número de votos afectados y si estos tenían incidencia en el resultado electoral.

**TRASHUMANCIA ELECTORAL /** Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, Puede acarrear la nulidad de la elección, siempre que se acredite: a) Que aquellos ciudadanos que se alega incurrieron en esta causal no residen en el municipio donde se inscribieron para las elecciones; b) Que éstos efectivamente votaron en las elecciones, y c) La incidencia de los votos de estos ciudadanos en el resultado electoral.

**Problema jurídico:** Determinar si el acto de elección de la señora EVYS DEL AMPARO MESA SABIGNI como Alcaldesa del Municipio de Sabanas de San Ángel (Magdalena), período 2020-2023, que consta en el formulario E-26 ALC del 29 de octubre de 2019, es nulo por contrariar lo normado en las disposiciones normativas indicadas en la demanda, entre ellas los artículos 107 de la Constitución Política y 275 numeral 3 y 7 de la Ley 1437 de 2011, al haber presuntamente incurrido la demandada en i) Trashumancia Electoral - suplantación de electores, ii) Falsedad en Documentos Electorales - Alteración y clonación de tarjetones, diligenciamiento de formularios con datos falsos.

**Tesis:** “(...) Como bien se puede apreciar, tratándose de causales objetivas de anulación, en cuanto la prevista en el numeral 3 del artículo 275 el CPACA, presupone que “los resultados electorales son simulados, supuestos, tabulados o que provengan de instrumentos alterados o mutilados, puesto que en esas condiciones se presenta un resultado de actividades ilegítimas y no la verdadera expresión de la voluntad popular”.

“El H. Consejo de Estado, a través de su Sección Quinta, realizó el estudio del origen de dichas causales señalando, que el fin de tal normativa es brindar seguridad en la manifestación de la voluntad de las mayorías (...) Por tanto, la falsedad o apocricidad como causal de nulidad es necesariamente objetiva, observa la necesidad que de su presencia en los documentos o registros electorales puede constatarse directamente por el operador jurídico, quien después de establecer la verdad de unos resultados los puede confrontar con los registros cuestionados para así concluir si esa realidad ha sido objeto de manipulaciones o distorsiones.

“Así lo ha señalado el H. Consejo de Estado, quien ha dejado por sentado a lo largo de la jurisprudencia que en los eventos en que se cuestione la legalidad de una elección por falsedad derivada del incumplimiento del citado deber, la parte demandante no solamente debe estructurar el caso en torno al desacato de la norma jurídica sino que también debe suministrar información puntual que conduzca a determinar la materialización de la falsedad en los registros o documentos electorales. Esto, porque la falsedad no puede inferirse o deducirse.

“Sobre este tipo de fraude electoral, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha dicho que para que se pueda configurar la denominada causal se deben identificar las mesas y los documentos que permitan confrontar los datos precisos, para analizar en donde se hubieren utilizado indebidamente las tarjetas electorales.

“En igual sentido, en otra ocasión se dijo que en la demanda se deben indicar las mesas en las cuales se presentan las presuntas irregularidades y en que documentos electorales se ve reflejado, ya que no se puede en sede judicial llevar a cabo la investigación y establecer en cuáles mesas y respecto de cuales se presenta realizando una revisión general, de manera que especificar ello e individualizar donde reposan tales errores o falsedades manifiestas debe ser una carga de demandante quien las alega, se debe en la demanda indicar con toda precisión las mesas de votación en que se presentó el presunto fraude, bajo que modalidad, el número de votos afectados y si estos tenían incidencia en el resultado electoral.

“(…)En lo que respecta al concepto de trashumancia, este se ha entendido como “una falsedad en el proceso electoral, pues la elección de uno o varios candidatos, en contiendas locales, se efectúa por personas que no residen en el municipio en donde inscribieron sus cédulas para ejercer el sufragio; lo cual implica, el desconocimiento del artículo 316 de la Constitución Política, según el cual solo podrán participar los ciudadanos residentes en un municipio cuando las votaciones se

realicen para elegir autoridades locales o para la adopción de decisiones en asuntos del mismo carácter.

“Sobre ello mismo, el Consejo de Estado manifestó que la trashumancia "se identifica como una falsedad en el proceso electoral, porque vicia los resultados finales, en la medida en que el ciudadano miente sobre su verdadera residencia electoral al momento de inscribir su cédula, es decir, suministra una información que no es cierta; falsedad que se extiende hasta el voto final que lleva a la urnas, implicando así la contabilización de estos a favor de uno o varios de los candidatos en las elecciones locales de manera jurídicamente inválida e injustificada”.

“(…) De la disposición transcrita puede concluirse que el ciudadano inscrito en el censo electoral para las elecciones de autoridades locales en principio reside en el respectivo municipio, pues se supone que así lo declaró la persona bajo la gravedad de juramento. La jurisprudencia señala que sólo cuando se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio el Consejo Nacional Electoral dejará sin efecto la inscripción para evitar que vote; el voto cumplido contra esta disposición es nulo.

“El artículo 275 numeral 7 de la Ley 1475 de 2011 se terminó de desarrollar la causal de nulidad por trashumancia, en el escenario de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, donde los electores, que no son residentes en la respectiva circunscripción ejercen el derecho del voto.

“(…) Ahora bien, inicialmente la Sección Quinta del Consejo de Estado expresó que la trashumancia no era causal de nulidad electoral y la consecuencia de vulnerar el artículo 316 Superior era la consagrada en el artículo 4° de la Ley 163 de 1994, según el cual cuando se comprobara que una persona inscrita “no reside en el respectivo municipio”, el Consejo Nacional Electoral debía dejar sin efecto la inscripción mediante un procedimiento breve y sumario demostrando que el presunto trashumante no residía en el municipio en el cual votó.

“Posteriormente, la Sección varió su posición y estimó que la participación de ciudadanos en una elección local, careciendo de residencia en el municipio, sí podía acarrear la nulidad de la elección si se reunían los siguientes requisitos:

- La demostración de que los inscritos, a pesar de la manifestación que, según el artículo 4 de la Ley 163 de 1994, se entiende que, bajo la gravedad del juramento, hacen al momento de inscribirse, en realidad, no residen en el municipio donde se inscribieron para las elecciones;
- La demostración de que los inscritos efectivamente votaron en las elecciones;
- La incidencia de los votos de estos ciudadanos en el resultado electoral.

“(…) De lo expuesto, se advierte que de los tres requisitos esenciales que se deben acreditar para configurar el vicio de trashumancia electoral, a saber: i) La demostración de que los inscritos, en realidad, no residen en el municipio donde se inscribieron para las elecciones; ii) La demostración de que los Inscritos efectivamente votaron en las elecciones; y iii) La incidencia de los votos de estos ciudadanos en el resultado electoral, corresponde al Juez contencioso desarrollar el estudio probatorio, iniciando, por evaluar el cumplimiento que de lo anterior le impone al demandante la carga de probar la configuración de tales presupuestos.

“(…) Encontrándose configuradas las presuntas irregularidades electorales puestas de presente por la demandante, se ha estimado que para que haya lugar a declarar la nulidad de la elección por voto popular, la Sala deberá descender al análisis concerniente al principio de eficacia del voto, que conlleva a establecer que dichas anomalías en la votación o en los escrutinios deben ser de tal incidencia que pueden alterar el resultado electoral que ahora es materia de cuestionamiento. (...) De acuerdo con la tesis transcrita, la anulación del acto de elección está condicionada a que las irregularidades de los documentos electorales, debidamente acreditadas, tengan la magnitud suficiente para alterar el resultado electoral. En estos casos, como se explicó en la providencia bajo estudio, se debe determinar la votación válida mediante la adición de los votos indebidamente suprimidos, alterados o viciados de nulidad lo que en efecto resulta de plena aplicación para el sub lite.

(…) La demanda soporta sus pretensiones en dos supuestas irregularidades: i) trashumancia Electoral - suplantación de electores, ii) Falsedad en Documentos Electorales - Alteración y clonación de tarjetones, diligenciamiento de formularios con datos falsos. Sin embargo, la demanda no precisa en forma concreta ninguna de estas irregularidades, se limita a afirmarlas de manera general sin que las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que las presuntas irregularidades pudieron configurarse.

“En cuanto a los trashumantes, el accionante en su escrito de demanda, no identifica uno solo de los ciudadanos, que según su saber, ejercieron su voto sin derecho al mismo, como tampoco identificó la mesa en que lo hicieron, el renglón del formulario E-1 1 donde se evidencia su participación, las decisiones del CNE en virtud de las cuales perdieron su derecho, o las razones por las cuales afirma que tales personas son trashumantes.

“Sobre tal supuesto el accionante se limitó a aseverar el accionante, que en el municipio de SABANAS DE SAN ANGEL hubo todo tipo de irregularidades e ilegalidades en especial trashumancia, pues de las más de MIL TRES (1.003), cédulas inicialmente inscritas, mediante las Resoluciones N.º 4773 del 17 de septiembre de 2019 y 5587 de 02 de octubre de 2019 del Consejo Nacional Electoral se dejó sin efecto la inscripción de muchas que no correspondían al censo electoral de ese municipio.

“No obstante, no señaló cuales de los votantes que efectivamente sufragaron en SABANAS DE SAN ANGEL, se les había revocado la inscripción, ni se indicó en donde sufragaron, es decir no se individualizó las zonas, puestos y mesas, pues en la demanda para exponer las irregularidades en torno a tal cargo, se relacionan en dos cuadros, primero la totalidad de mesas y puestos de votación que integran el circuito del municipio, y segundo la totalidad de cédulas contentivas en la Resoluciones N.º 4773 del 17 de septiembre de 2019 y 5587 de 02 de octubre de 2019 del Consejo Nacional Electoral se dejó sin efecto la inscripción, sin individualizar los presunto cupos numéricos correspondientes a la identificación de los votantes, que corresponden a trashumantes o a suplantadores, pretendiendo de tal forma trasladar dicha carga de realizar el señalamiento correspondiente en debida forma, al fallador.

“Aunado a lo anterior, tampoco se estableció por el accionante, que ciudadanos, fuera de los que se les dio la cancelación de la inscripción de la cédula por la Registraduría Nacional Del Estado Civil, a través de las resoluciones antes anotadas, efectivamente ejercieron en dicha circunscripción electoral el voto, no se les identificó plenamente, y además no se les llegó a establecer la residencia electoral fuera del Municipio objeto de elecciones, es decir en un lugar diferente al que donde regularmente, mantienen residencia (habitación, negocio, ejercer profesión o empleo, estar de asiento). (...)En cuanto la suplantación de electores, el actor tampoco especificó a quienes les fue suplantada la identidad y la forma de establecerlo, no vale aseverar, que tal circunstancia tuvo lugar en los comicios, al arrojo de manera generalizada, debe el accionante concretar o determinar la irregularidad invocando los presupuestos del cargo: zona, puesto, mesa, nombre y cédula del suplantado y nombre del suplantador y para demostrarlo adjuntar o solicitar los formularios respectivos a fin de cotejar el dicho.

(...)

“Adicional al cargo anterior, se afirmó por el extremo activo de la Litis, que los tarjetones electorales fueron adulterados, clonados y falsificados y/o manipulados con el propósito de modificar los resultados electorales para la elección de la Alcaldía Municipal de San Ángel-Magdalena, circunstancia que afirmó se encontraba reflejada en los formularios E-14 con datos contrarios a la verdad, por cuanto los datos allí consignados son el resultado del fraude electoral.

“Sobre tal acusación, el actor no identifica cuales son los formularios y las tarjetas electorales contentivas de tal irregularidad, ni sus números seriales, en consecuencia tampoco identifica las mesas y puestos de votación concretos para inferir que existió la clonación de tarjetones, la alteración y/o manipulación de datos, para favorecer resultados electorales, en tanto son ajenas al conocimiento de la Sala; toda vez que el accionante simplemente especula que se configuraron sobre la totalidad de mesas que integran cada uno de un sin número de puestos de votación, de los adscritos a la circunscripción electoral del Municipio de Sabanas de San Ángel.(...)

"(...)Así las cosas, estima la Sala que hay lugar a denegar las pretensiones de la demanda, puesto que no se probaron los cargos de nulidad endilgado al acto administrativo electoral demandado, debiendo retomar las palabras del Máximo Tribunal<sup>4</sup> de lo contencioso administrativo, que de manera acertada a lo largo de su jurisprudencia y en aplicación de la carga de la prueba en materia de causales de nulidad electoral de naturaleza objetiva y la presunción de legalidad que acompaña a los actos administrativos, ha señalado que: *"para la acusación de las irregularidades de nulidad objetivas, es decir, aquellas atinentes a los procesos de votación o de escrutinio deben especificarse algunos presupuestos que son de obligatorio cumplimiento a fin de permitir el análisis de la nulidad electoral. En efecto, debe especificarse la zona, el puesto y la mesa, la irregularidad que se acusa conexas al formulario sobre el cual recae la desconformidad de su contenido (...)*

*"(...) En más de las veces la formulación de irregularidades, probadas o no, son vistas por los protagonistas de las contiendas electorales como hechos con la suficiente certeza para que al calificárseles de irregularidad per se generen la nulidad de la elección, sin detenerse a analizar que existe de por medio la presunción de legalidad que protege al acto administrativo y el principio de la eficacia del voto que protege la voluntad popular de la mayoría y, por ende, el sistema democrático y, en últimas, el Estado Social de Derecho y que legitima a sus instituciones y a sus gobernantes."*

**[Sentencia de 2 de Septiembre de 2020. Rad. No. 47-001-2333-000-2019-00801-00. M. P. María Victoria Quiñones Triana.](#)**

**Magistrado Ponente:** ADONAY FERRARI PADILLA

**Providencia:** Sentencia 2ª Instancia

**Fecha:** 16/09/2020

**Clase de Proceso:** CONTRACTUAL

**Solicitante:** FEDERACIÓN DE GANADEROS DEL CESAR

**Demandado:** MUNICIPIO DE SAN ZENÓN

**Radicación:** 47-001-3333-003-2015-00357-01

**REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RUPTURA DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO BAJO LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN** / Según el Consejo de Estado, se exige la concurrencia de los siguientes presupuestos: i) Que con posterioridad a la celebración del contrato, se haya presentado un hecho extraordinario e imprevisto ajeno a las partes; ii) Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato; iii) Que esa nueva circunstancia no hubiere sido razonablemente previsible por las partes, iv) Que esa circunstancia imprevista dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite.

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO SECCION QUINTA Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ 26 de febrero de 2014. Radicación número: 66001-23-31-000-2012-00011-01 Actor: JUAN MANUEL ARANGO VÉLEZ Demandado: ALCALDE DEL MUNICIPIO DE PEREIRA.

**Problema jurídico:** Determinar si tal decisión fue acertada y ajustada a derecho y al lineamiento jurisprudencial que versa sobre tales asuntos, o si por el contrario, le asiste razón a la parte recurrente generando como consecuencia la revocatoria de la misma.

**Tesis:** “Ahora bien, conforme se infiere del texto literal contentivo del recurso de apelación formulado por la parte accionante, impetra la revocatoria de la sentencia proferida por el A — Quo sustentando su recurso de apelación en que el Municipio de San Zenón se comprometió a realizar el contrato por el 100, por lo cual le correspondía gestionar los recursos necesarios para el perfeccionamiento, lo cual podía llevar a cabo a través del otrosí con FINAGRO el cual se negó a perfeccionar, lo que conllevó a que se diera por terminado el contrato.

“(…) Así pues, para efectos de resolver lo argüido por el extremo apelante es dable precisar que el contrato estatal es por lo general bilateral o sinalagmático, caracterizas que prevén el surgimiento de prestaciones mutuas o correlativas a cargo de los sujetos que integran la relación jurídico comercial, de suerte que las partes quedan obligadas recíprocamente a cumplir los compromisos surgidos del contrato, los cuales se estiman como equivalentes.

“La esencia de los contratos sinalagmáticos es la interdependencia de las obligaciones recíprocas, esto es, la obligación asumida por uno de los contratantes constituye la causa de la obligación impuesta al otro contratante.

“En ese orden y comoquiera que se refiere en el recurso de alzada que fue la entidad territorial quien incumplió con las obligaciones pactadas en el contrato 131212-01 es menester traer a colación los compromisos a cargo de cada una de las partes, para efectos de establecer primeramente a que estaban obligadas para luego determinar si hubo o no incumplimiento de las mismas.

“Así las cosas, se tiene que en el Contrato No. 131212-01 se estableció:

- Clase de contrato: PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES
- Objeto: EJECUCIÓN Y DESARROLLO DEL PLAN GENERAL DE ASISTENCIA TÉCNICA.
- Plazo de ejecución: Desde el acta de Inicio hasta el 30 de julio de 2014.
- Valor total del contrato: \$182.647.500
- Pago:

1. Un primer desembolso correspondiente al 50% del valor del contrato, proporcional a los aportes realizados por Finagro y el Municipio, a los ocho (8) días hábiles contados a partir de la suscripción del acta de inicio del contrato, previa aprobación de las pólizas por parte del Municipio, previo visto bueno de la interventoría del acta de inicio del contrato y una vez el Municipio cumpla con la consignación de la totalidad de la contrapartida de la vigencia 2013.
2. Un segundo desembolso correspondiente al 15% del valor del contrato, proporcional a los aportes realizados por Finagro y el municipio de San Zenón Magdalena contra entrega y aval

*por parte de la Interventoría, contratada por Finagro para tal fin, del primer informe bimestral, una ejecución del 70% del primer desembolso y una vez el Municipio de San Zenón Magdalena cumpla con la consignación de la totalidad de la contrapartida vigencia 2014.*

*3. Un tercer desembolso correspondiente al 15% del valor del contrato, proporcional a los aportes realizados por Finagro y el municipio de San Zenón Magdalena o, contra entrega y aval a satisfacción por parte de la interventoría, contratada por Finagro para tal fin, del segundo informe bimestral.*

*4. Un cuarto desembolso correspondiente al 10% del valor del contrato, proporcional a los aportes realizados por Finagro y el municipio de San Zenón Magdalena contra entrega y aval a satisfacción por parte de la Interventoría, contratada por Finagro para tal fin, del tercer informe bimestral.*

*5. Un quinto desembolso correspondiente al 10% del valor del contrato, proporcional a los aportes realizados por FINAGRO Y EL MUNICIPIO DE San Zenón Magdalena, contra entrega y aval a satisfacción por parte de la interventoría contratada por Finagro para tal fin, del cuarto informe final. En este pago serán descontado la diferencia que resulte de multiplicar el valor unitario de beneficiarios del programa por las cantidades reales de beneficiarios al final del programa, cualquier gasto no elegible, y cualquier costo o gasto no incurrido antes de finalizar el programa.*

*Todos los pagos estarán sujetos a previa presentación de los informes o productos solicitados y a la aprobación del interventor, dentro de las fechas establecidas por Finagro, en donde el incumplimiento en su entrega determinara el no pago hasta la fecha de entrega del siguiente informe.*

“En dicho contrato, se dejó total claridad que el mismo, se desprendía del Acuerdo de Financiamiento No. 070 -2013 celebrado entre FINAGRO y el Municipio de San Zenón.

“Por su parte, el Acuerdo de Financiamiento No. 070 de 2013 dejó plenamente establecido el valor del mismo y el aporte de las partes (FINAGRO y Municipio de San Zenón) de la siguiente manera:

i) FINAGRO: \$145.625.216.

ii) MUNICIPIO SAN ZENON: \$36.406. 304 Discriminados así:

Bienes y servicios: 9.101.576 Recurso vigencia 2013: \$27.304.728

Tales porcentajes fueron determinados, de igual forma, en el contrato No. 131212-01.

De igual manera es pertinente acotar lo indicado en la cláusula décima primera de dicho acuerdo:

*“DECIMA PRIMERA: El ejecutor debe solicitar al Interventor concepto favorable a todas las órdenes de pago correspondiente a la ejecución del Plan general de Asistencia Técnica Directa Rural PGAT, con cargo a los recursos transferidos al Encargo Fiduciario, para adelantar la prestación del servicio de asistencia técnica de conformidad con el cronograma y flujo de caja previa aprobación de la Interventoría (el 115 reverso)”*

“Conforme se infiere de la cláusula en cita y de las cláusulas sobre pago del Contrato 131212-01, era menester para los desembolsos que el Interventor rindiera concepto favorable respecto de la ejecución del objeto contractual.

“Así las cosas, es dable precisar las conclusiones a las que arribó la empresa CROWE HORWATH en el CONCEPTO DE INTERVENTORIA respecto del Contrato suscrito entre el FEGACESAR y el MUNICIPIO DE SAN ZENÓN (...):

*“Conclusión técnica*

*“Como resultado de la Interventoría Técnica efectuada durante las visitas realizadas, se verificó el avance de la EPS AGRO para dar alcance al cumplimiento de la Propuesta Técnica y al objeto del contrato, evidenciando que adelantó el proceso de Asistencia Técnica, según lo programado en su POA y confirmándose que a la finalización del proyecto alcanzó un cumplimiento del 16% de lo propuesto según lo establecido en el PGAT a corte de 30 de julio de 2014; sin embargo, la EPSAGRO realizó actividades propias del objeto del contrato con el municipio, hasta Septiembre 30 de 2014, logrando llegar solo hasta el 57% de ejecución técnica, aclarando que de no efectuarse dichas actividades, la EPSAGRO no cumpliría con la integralidad de la prestación del servicio de asistencia técnica contemplado en el Plan General de Asistencia Técnica - PGAT - aprobado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, no respondiendo a las necesidades reales de los productores, y quedando sin cumplirse plenamente el objeto para el cual se suscribió el acuerdo de financiamiento, en el sentido de prestar una asistencia técnica rural de calidad y con oportunidad y en el entendido que al encontrarse en el período de liquidación de los contratos dichas actividades podían complementarse. Sin embargo la Epsagro no logro cumplir con el total de actividades establecidas el contrato suscrito con el municipio.*

*“vi. Conclusión financiera*

*“Una vez efectuadas las respectivas revisiones a los informes reportados por la EPSAGRO y los respectivos soportes documentales se concluye que fue verificado por parte de la interventoría un cumplimiento en ejecución financiera del 55%. Se concluye que se ejecutó parcialmente el presupuesto del PGAT acorde con los parámetros establecidos, cumpliéndose de forma incompleta con las obligaciones a cargo de la EPSAGRO, ello derivado de la falta de suscripción de prórroga del acuerdo de financiamiento suscrito entre FINAGRO y el municipio de San Zenón No. 070-2013, por lo cual se hace necesario el reintegro de recursos no ejecutados por parte de la EPSAGRO.*

(...)

**V. CONCLUSIÓN**

*Realizada la labor de interventoría integral se determina que los informes presentados por la EPSAGRO FEGACESAR, cumplen parcialmente con los compromisos establecidos en el contrato de prestación de servicios suscrito con el MUNICIPIO SAN ZENON en el marco del Acuerdo de Financiamiento No. 070- 2013 suscrito con FINAGRO. las obligaciones allí establecidas y los requerimientos solicitados por esta interventoría.*

*“Una vez observado el cumplimiento de los compromisos establecidos y la subsanación de las observaciones realizadas por la interventoría en las visitas ejecutadas, esta interventoría procede a realizar la autorización del segundo desembolso, de acuerdo con el cumplimiento de la ejecución del presupuesto que realizó el Ejecutor con corte a agosto 30 de 2014, al número de beneficiarios efectivamente atendidos en el programa y al cumplimiento de actividades técnicas.*

*“Del valor total del acuerdo de financiamiento se descontarán los desembolsos recibidos por la EPS AGRO y el saldo resultante se determinará según la ejecución técnica y financiera del PGAT.*

*“Por medio de este concepto, esta interventoría informa que la EPSAGRO FEGACESAR y el MUNICIPIO SAN ZENON cumplieron de manera parcial las actividades y compromisos establecidos en el contrato de prestación de servicios y el Acuerdo de Financiamiento No.070-2013 suscrito con FINAGRO en los porcentajes señalados en el presente documento.*

*“De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta el contenido el presente informe podemos concluir que el MUNICIPIO SAN ZENON y la EPSAGRO FEGACESAR contratada por el Municipio en mención cumplieron de manera parcial con la ejecución del PGAT establecido dentro del acuerdo de financiamiento suscrito en por el Municipio SAN ZENON y FINAGRO, ajustándose así a la ejecución del 55% de las obligaciones a cargo de cada una de las entidades participes de IATDR 2013-2014 contenido en el acuerdo de financiamiento suscrito.*

*“El Municipio de SAN ZENON no realizó el perfeccionamiento de la firma del otrosí de prórroga en la vigencia del PGAT con FINAGRO, razón por la cual se dio por terminado el contrato suscrito entre la EPSAGRO FEGACESAR y el Municipio de SAN ZENON con corte a 30 de julio de 2014; es de resaltar que la EPSAGRO siguió desarrollando actividades en el mes de Septiembre, así mismo la interventoría validó la información con corte septiembre verificando la ejecución del programa del 55%.*

*“Total desembolsos: 2*

“Así las cosas, a juicio de la Sala, el recurrente basa su pretensión y su recurso, en que debido a la no suscripción de la prórroga del acuerdo de financiamiento fue que se generó la terminación del contrato, dejando de lado un punto de potísima relevancia para el caso, como lo es que para la fecha del culminación del plazo para ejecutar el contrato, es decir, el 30 de julio de 2014, FEGACESAR tan solo había ejecutado el 16% de contrato y solo alcanzó a cumplir con el 55% del objeto contractual para el 30 de septiembre de 2014.

Luego entonces, no es admisible desde ningún punto de vista, que el contratista dependiera de la suscripción o no de una prórroga al acuerdo de financiamiento para dar cumplimiento con su obligación contractual, la cual, conforme a la cláusula segunda y quinta del Contrato No. 131212-01 consistía en que para la fecha establecida para la finalización de la ejecución del contrato, esto es, 30 de julio de 2014, FEGACESAR debía haber ejecutado y desarrollado el Plan general de

asistencia técnica rural PGAR-2013-2014 en el Municipio de San Zenón, lo cual, se itera solo se ejecutó en un 16%.

“De suerte pues que, no le asiste razón al extremo activo cuando pretende dejar en cabeza de la entidad territorial la obligación de suscribir una prórroga de vigencia al acuerdo de financiamiento, cuando el cumplimiento del contrato no tenía un avance significativo y resultaba claro el incumplimiento del contratista, es más para el desembolso de los pagos, correspondía a la Interventora dar un concepto positivo, lo cual era imposible atendiendo al escaso progreso en la ejecución.

“De igual forma, cabe mencionar que en el mismo contrato se dejó establecido el origen de los recursos, dejando claro que el valor del aporte de la entidad territorial, era sumamente inferior al de FINAGRO, siendo alejado de la realidad fáctica y jurídica lo dicho por el recurrente en punto a que el municipio de San Zenón se comprometió al 100%, habida consideración que desde el acuerdo de financiamiento se dejó establecido que el Municipio en calidad de ejecutor del plan, solo aportaría los valores antes indicados, de los cuales cabe resaltar la entidad cumplió con el pago de \$27.397.125, el cual era el 100% de lo pactado para pago en dinero, no obstante, también se acreditó que el ente incumplió con el pago de lo correspondiente para bienes y servicios, lo cual si bien constituye un incumplimiento parcial de la obligación, tal como lo señaló el A-quo, no es la causa de la terminación unilateral del contrato.

“De igual forma, cabe destacar que en el escrito demandatorio ni en el escrito de apelación, la parte actora le atribuye al Municipio de San Zenón culpa por no cumplir a cabalidad el contrato dentro del plazo de ejecución del contrato o de una causa imprevisible, por lo cual no evidencia ruptura en el equilibrio del contrato causado por el ente demandado.

“Respecto al equilibrio contractual, el artículo 5 de la Ley 80 de 1993 garantiza a los contratistas el derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que se les restablezca el equilibrio de la ecuación económica por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no les sean imputables.

“De igual forma, el artículo 27 de la ley en cita, establece:

*“ART. 27. De la ecuación contractual.*

*“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

*“Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la*

*apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.*

Conforme a la norma en cita, el Legislador prevé el mantenimiento de la igualdad entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, con el apremio para las partes, que en caso de suscitarse el quebrantamiento de dicha igualdad o equivalencia por causas no imputables a quien lo alega, se adopten las medidas necesarias para su restablecimiento. (...)En ese orden, la parte apelante indica en su escrito de apelación que se da la terminación del contrato, por falta de previsión de la entidad en la obtención de recursos y que en virtud del equilibrio económico se debía suspender el contrato de mutuo acuerdo.

Sobre el particular, valga la pena señalar que para efectos que se configure la ruptura de la ecuación económica del contrato bajo la teoría de la imprevisión, el H. Consejo de Estado ha establecido que es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos<sup>5</sup>:

*“En relación con la teoría de la imprevisión como causa de la ruptura del equilibrio económico de los contratos, su aplicación surgió dentro del ámbito de la contratación administrativa por vía jurisprudencial y para que opere la misma como causa que da lugar al restablecimiento económico del contrato a favor de la parte afectada, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos:*

*“1o. Que con posterioridad a la celebración del contrato, se haya presentado un hecho extraordinario e imprevisto, ajeno a las partes, es decir no atribuible a ninguna de ellas.*

*“2° Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato, es decir que constituya un álea extraordinaria, que hace mucho más onerosa su ejecución para una de las partes.*

*“3° Que esa nueva circunstancia, no hubiere sido razonablemente previsible por las partes.*

*“4o. Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite”.*

“Así las cosas, se tiene que esta teoría resulta aplicable cuando se traten de hechos extraordinarios, imprevistos e imprevisibles por las partes y que resulten en mayor onerosidad para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, no obstante, se reitera que el contratista no expuso mínimamente las razones por las cuales no dio el cumplimiento debido a su obligación contractual antes el 30 de julio de 2014, y si en gracia de discusión se mirara desde el punto de vista del ente territorial, con mayor razón resultaría improcedente la aplicación de la teoría, comoquiera que el perfeccionamiento de una prórroga del acuerdo de financiamiento no encuadra dentro de las características mentadas, máxime cuando dicha actuación no era parte de las

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de agosto de 2011, exp. 14461, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

obligaciones del Municipio del San Zenón, no obstante se itera que la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, solo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al alea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio, por lo que no es dable endilgar la falta previsión a la otra parte, cuando su aplicación está prevista como una herramienta para el contratista para obtener el restablecimiento de la ecuación contractual frente a un hecho imprevisible y extraordinario para ambas partes.

“Coetáneo con lo discurrido, es dable afirmar que en el sub lite, no se configura un quebranto al equilibrio económico del contrato, pues no surgió ningún hecho con las características señaladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado que justificara el incumplimiento de los compromisos del contratista dentro termino previsto y tampoco se le atribuyó tal incumplimiento a la entidad demandada, por lo que no hay lugar a restablecimiento del mismo, lo que se si se generó en el caso de marras, fue una de las formas de terminación del contrato establecidas en la ley 80 de 1993 (artículo 17) y que fueron pactadas en el contrato 131212-01, así:

“NOVENA: El Municipio podrá hacer uso de las facultades de terminación, interpretación y/o modificación unilateral del presente contrato, cuando sobrevenga algún hecho o circunstancia, cuya calificación corresponde a El Municipio, de conformidad con lo establecido por la Ley 80 de 1993 y las normas que la reglamenten, desarrollen, modifiquen y/o sustituyan. Son causales de terminación anticipada las siguientes: 1) Incumplimiento total o parcial de las obligaciones establecidas en el contrato. 2) Incumplimiento total o parcial de las condiciones establecidas en los términos de referencia de la convocatoria pública para el otorgamiento y ejecución del incentivo económico a la asistencia técnica directa rural 2013 o el contrato. 3) Suministro de información falsa o inexacta en cualquier documento aportado por la Epsagro en la ejecución de la prestación del servicio. 4) Acuerdo de las partes. 5) Por imposibilidad de desarrollar el objeto del contrato. 6) Cuando quiera que se encuentre directamente, a través de la interventoría o por cualquier otro medio, que la Epsagro ha incumplido cualquiera de los compromisos adquiridos en virtud del contrato o de los reglamentos y normas que rigen la convocatoria pública para el otorgamiento y ejecución del incentivo económico a la asistencia técnica directa rural 2013. 7) Cuando destine los recursos aportados para sufragar los costos de la asistencia técnica en cualquier actividad diferente a las contempladas en el Pgat. 8) Las demás causales que establezca la Ley”.

“(…)Conforme entonces con lo discurrido, surge diáfana la inferencia que en el acuerdo contractual suscrito entre las partes, se concertó por las mismas, que el Municipio de San Zenón tenía la facultad de terminar, interpretar o modificar unilateralmente el contrato, ante ciertas circunstancias, como el incumplimiento total o parcial por parte del contratista, tal como en efecto aconteció pues culminado el plazo de ejecución del contrato, tan sólo se había ejecutado el 16% por parte del contratista tal como se acreditó a través del concepto de interventoría.

“Ahora bien, cabe resaltar que en el expediente, como tal no obra acta de liquidación del contrato (no es obligatorio en contrato de prestación de servicios) o acto administrativo de terminación unilateral del contrato u otro semejante, no obstante el concepto de interventoría en la parte final del mismo (...) se indica: *“El Municipio de San Zenón no realizó el perfeccionamiento de la firma del otro sí de prórroga en la vigencia del PGAT con FINAGRO razón por la cual se dio por terminado el contrato suscrito entre la EPS AGRO FEGACESAR y el municipio de San Zenón con corte a 30 de julio de 2011 (...)”*, razón por la cual y ante la orfandad probatoria, no se tiene certeza por parte de la Colegiatura si en el caso de marras se dio la terminación unilateral del contrato o se dio la terminación del contrato por vencimiento del termino de duración del mismo, empero para efectos de esta decisión, no resulta relevante en tanto el Municipio se encontraba habilitado y respaldado jurídicamente para llevar a cabo dicha terminación.

“Así las cosas y a manera conclusión se insiste en que la terminación del contrato No. 131212-01 no se genera, como lo afirma el demandante, por la no suscripción de una prórroga al acuerdo de financiamiento No. 070 de 2013, sino por el incumplimiento en el que incurrió el contratista al ejecutar solo un 16% del objeto del contrato, para el 30 de julio de 2014 que era la fecha de plazo de ejecución del contrato, siendo improcedente endilgar en cabeza del ente territorial la obligación de suscribir una prórroga para justiciar dicho incumplimiento.

“Coetáneo con lo decantado y de conformidad con el derrotero jurisprudencial y legal precedentemente citado, estima la Sala que hay lugar a confirmar en su integridad la sentencia once (11) de febrero del año dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Santa Marta”.

**[Sentencia de 16 de Septiembre de 2020. Rad. No. 47-001-3333-003-2015-00357-01. M. P. Adonay Ferrari Padilla.](#)**

NOTA DE ADVERTENCIA: Este boletín es de carácter informativo. La información contenida en el presente boletín podrá ser corroborada por el usuario en el texto de cada una de las providencias. En caso de advertir alguna inconsistencia, sugerimos respetuosamente informar a la Relatoría del Tribunal Administrativo del Magdalena, a los correos electrónicos [reltribadmsmta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:reltribadmsmta@cendoj.ramajudicial.gov.co) y [stectadminmgd@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:stectadminmgd@cendoj.ramajudicial.gov.co).

**Boletín Jurisprudencial**  
**Tribunal Administrativo del Magdalena**

**No. 8**

**Julio - Septiembre de 2020**

**Elsa Mireya Reyes Castellanos**  
Presidente

**Adonay Ferrari Padilla**  
Vicepresidente

**Relator**

Juan Pablo Capella Campo

**Edición**

Elsa Mireya Reyes Castellanos  
Juan Pablo Capella Campo

**Diseño**

Juan Pablo Capella Campo

**Asistencia Técnica**

Ing. Álvaro Gómez Lora

**Publicación**

Juan Pablo Capella Campo