

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, veintiocho (28) de junio de dos mil dieciocho (2018)

**DEMANDANTES:** PABLO ANTONIO LEYVA DUARTE, SANDRA CONSTANZA SÁENZ, AMELIA SANDOVAL FONSECA, HENRY DAVID ESCANDÓN, NAYIBE SIACHOQUE HERRERA, ERIKA PAOLA JIMÉNEZ, GLORIA VERGARA, MAURO DAZA MOJICA, RUTH ESPERANZA JIMÉNEZ, LUZ AMANDA ULLOA

**DEMANDADO:** NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE TUNJA

**RADICACIÓN:** 15001 33 33 011 2016 00098 - 00

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**ASUNTO A RESOLVER:**

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 - CPACA, procede el Despacho a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de la referencia.

**I. ANTECEDENTES:**

**1. Demanda (fl. 11-26):**

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, los señores PABLO ANTONIO LEYVA DUARTE, SANDRA CONSTANZA SÁENZ, AMELIA SANDOVAL FONSECA, HENRY DAVID ESCANDÓN, NAYIBE SIACHOQUE HERRERA, ERIKA PAOLA JIMÉNEZ, GLORIA VERGARA, MAURO DAZA MOJICA, RUTH ESPERANZA JIMÉNEZ y LUZ AMANDA ULLOA, a través de apoderado judicial interpusieron demanda contra la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE TUNJA, solicitando se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio DESTJ 15-3019 del 3 de diciembre de 2015** y del acto ficto o presunto que se configuró por no haber sido resueltos los recursos interpuestos en sede administrativa a instancias de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja, mediante los cuales les fue negada la reliquidación de sus prestaciones sociales desde el año 2013 en

adelante, teniendo en cuenta como factor salarial la **bonificación judicial** creada mediante Decreto 384 de 2013.

A título de restablecimiento del derecho, solicitan se condene a la demandada a reliquidar todas sus prestaciones sociales, causadas desde el año 2013 en adelante, con la inclusión de la referida **bonificación judicial** como factor salarial.

De igual manera, solicitan que sobre los valores adeudados se efectúen los ajustes de valor conforme al IPC certificado por el DANE, que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA y que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

- **Normas violadas y concepto de violación:**

Señala que con la expedición de los actos acusados se desconocieron garantías fundamentales estipuladas tanto en el Preámbulo como en los artículos 2, 4, 13, 25, 25 y 53 de la Constitución Política y se vulneraron los artículos 1 y 2 de la Ley 4ª de 1992, Ley 54 de 1962, artículo 2 de la 5ª de 1969, artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978 y artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Considera que los actos acusados fueron expedidos infringiendo la Constitución Política y la Ley, como quiera que desconocen el concepto de salario y sus componentes, sin tener en cuenta la naturaleza salarial, prestacional y remuneración periódica que caracteriza a la **bonificación judicial**, dado que la finalidad de su creación con base en la Ley 4 de 1992 fue la de nivelar la remuneración de los servidores de la Rama Judicial con ocasión de la prestación del servicio. Razón por la cual, ha de ser parte integrante del concepto de salario, y por ende, tenida en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales causadas durante la vigencia del vínculo laboral.

Señala además, que el Decreto 384 de 2013 es contrario a la norma constitucional, por lo que refiere la inaplicación por inconstitucional, de la expresión "*y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*" contenida en el artículo 1º del aludido Decreto.

**2. Contestación de la demanda y tesis de la demandada (fl. 66-71):**

Se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda alegando que por expreso mandato legal, la bonificación judicial contemplada en el Decreto 384 de 2013 constituye factor salarial únicamente para efectos de constituir la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, siendo acatado conforme a la Ley dicho

precepto. Además, que el legislador tiene la facultad de determinar que ciertos conceptos salariales se liquiden sin atención al monto total del salario percibido o que cierta parte de éste no constituya factor para liquidar algunos conceptos salariales. Razón por la cual, no hay lugar a reconocer la bonificación como factor salarial.

### **3. Alegatos de conclusión:**

Corrido el traslado para alegar de conclusión dentro de la audiencia de pruebas llevada a cabo el 24 de abril de 2018 (fl. 232), las partes guardaron silencio y el Ministerio Público no emitió concepto.

## **II. CONSIDERACIONES:**

### **1. Problema jurídico:**

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, corresponde al Despacho determinar si la bonificación judicial instituida mediante Decreto 384 de 2013 constituye factor salarial a efectos de ser tenida en cuenta para la liquidación y pago de las prestaciones sociales devengadas por los demandantes a partir del 1º de enero de 2013 en adelante.

En consecuencia, deberá establecer:

- Si procede la declaratoria del silencio administrativo negativo y si se configuró el acto ficto producto de la falta de resolución del recurso de apelación formulado el 29 de enero de 2016, contra el oficio DESTJ15-3019 del 3 de diciembre de 2015.
- La legalidad del acto administrativo contenido en el oficio DESTJ15-3019 del 3 de diciembre de 2015 por medio del cual la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE TUNJA negó el reconocimiento de la bonificación judicial creada mediante Decreto 384 de 2013, como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales de los demandantes.
- Si resulta procedente ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales de los demandantes a partir del 1º de enero de 2013, con la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

## **2. MARCO JURÍDICO:**

### **2.1.- Del silencio administrativo negativo.**

El artículo 86 del CPACA señala que si transcurridos dos (2) meses a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la misma es negativa, constituyéndose de tal forma en una ficción legal que puede ser controvertida en sede judicial. La Corte Constitucional<sup>1</sup> ha dicho que el silencio administrativo es una herramienta importante para los ciudadanos porque **"i) puede hacer valer sus derechos ante la administración de justicia, por cuanto no puede quedar indefinidamente a la espera de una respuesta por parte del ente estatal encargado de resolverla, hecho que hace necesario crear un mecanismo para que pueda acudir ante la misma administración recurriendo el acto ficto o ante la jurisdicción o, ii) pueden ver satisfechos sus derechos ante la omisión de la administración,..."**

En tal sentido, la omisión de respuesta a una solicitud presentada por el ciudadano ante la administración, si bien desconoce el derecho fundamental de petición, no es óbice para que aquella falencia impida su conocimiento por parte de la jurisdicción, tal y como lo señala el inciso 3º ibídem.

### **2.2.- De la bonificación judicial -Decreto 384 de 2013-.**

En ejercicio de las atribuciones conferidas al Congreso de la República por conducto de la Constitución Política de Colombia en su artículo 150 numeral 19, literales e) y f); se profirió la Ley 4ª de 1992, que en lo que aquí interesa, se encargó de fijar las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Pues bien, en desarrollo de los preceptos generales contenidos en la Ley 4ª de 1992, el Presidente de la República de Colombia expidió el Decreto 384 de 2013 *"por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones."*

Dicha bonificación judicial fue instituida con efectos jurídicos particulares, pues se previó que su reconocimiento sería **i)** solo para aquellos servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012; **ii)** de carácter mensual; **iii)** a partir del 1º de enero de 2013; y **iv)**

---

<sup>1</sup> Sentencia C - 875 de 2011

que constituiría únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En la misma disposición se fijó el monto exacto que se pagaría por concepto de la bonificación judicial, hasta el año 2018; siendo este el único aspecto que ha sido objeto de modificación por parte del Ejecutivo al expedirse los Decretos 1269 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017 y 340 de 2018, en los que se varió el monto de dicho emolumento para los años 2015 a 2018. Por su parte, la naturaleza jurídica y las demás características de la bonificación judicial previstas en el Decreto 384 de 2013, se mantuvieron incólumes.

### 2.3.- Del concepto de salario.

En los términos del artículo 1º del Convenio 095 de la OIT<sup>2</sup>, "**salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.**"

Por su parte, la legislación colombiana desarrolló la anterior concepción, estableciendo que constituye salario todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio, independientemente la forma o denominación en que se adopte (art. artículo 127 C.S.T.).

Sobre este punto, ha precisado la Corte Constitucional que "*Teniendo en cuenta las reformas hechas por la Ley 50 de 1990 a los arts. 127, 128, 129, 130 y 132 del C.S.T., la regla general es que **constituye salario** no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino **todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio**, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones (...)*"<sup>3</sup> (Resalta el Despacho).

Respecto de los factores que constituyen salario, el Consejo de Estado en sentencia de 4 de agosto de 2010, señaló que lo serán "**aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de**

2 Constitución Política. **ARTICULO 53.** (...) Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. (...). Este tratado fue integrado al ordenamiento jurídico mediante la Ley 54 de 1962. Con posterioridad, la Corte Constitucional le reconoció jerarquía dentro del bloque de constitucionalidad en la Sentencia SU-995 de 1999.

3 Corte Constitucional, Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, **pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio**. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando." (Resalta el Despacho).

#### **2.4.- De la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad.**

Cuando en un caso concreto se inaplica una norma por ser inconstitucional, lo que se pretende es evitar la reproducción de los efectos de una norma contraria la Carta Política, tal y como lo expresó la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-122 de 2011:

*"...La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales..."(...) De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. **En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución...**" (Resalta el Despacho)*

Ahora bien, partiendo de la base de la supremacía del texto constitucional, se deriva la existencia de una condición jerárquica del sistema jurídico, que en todo caso debe presidir el ejercicio de la función administrativa, así es que ante la incompatibilidad entre un acto administrativo y la ley, el operador jurídico también está habilitado para inaplicarlo. En torno a la procedencia de la excepción de ilegalidad, la Corte Constitucional señaló:

*"De la condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de*

**la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución.”(Resalta el Despacho).**

En consonancia con la anterior interpretación, se consagró en el artículo 148 de la ley 1437 de 2011, el control por vía de excepción en los procesos que se adelantan en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, consistente en que *“el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. (...) La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.”*

## **2.5.- CASO CONCRETO:**

El material probatorio obrante en el plenario nos permite establecer:

- Que los demandantes han prestado sus servicios en la Rama Judicial del Poder Público, así (fl. 213-228):

<b>Demandante</b>	<b>Desde</b>	<b>Hasta</b>
Pablo Antonio Leyva Duarte	01/06/1995	A la fecha <sup>4</sup>
Sandra Constanza Sáenz	28/04/1999	A la fecha
Amelia Sandoval Fonseca	14/11/1995	A la fecha
Henry David Escandón	16/01/1991	A la fecha
Nayibe Siachoque Herrera	18/12/2001	A la fecha
Erika Paola Jiménez	20/11/2008	05/02/2016
Gloria Vergara	04/02/1998	31/03/2017
Mauro Daza Mojica	01/06/2005	A la fecha
Ruth Esperanza Jiménez	16/02/1998	30/03/2017
Luz Amanda Ulloa	01/01/2002	A la fecha

- Que los demandantes pertenecen al régimen salarial y prestacional señalado en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 -acogidos- (fl.213).
- Que los accionantes han percibido la bonificación judicial establecida en el Decreto 384 de 2013, mensualmente y por lo tanto de manera habitual y periódica, desde el mes de enero del año 2013, según se

<sup>4</sup> Fecha de expedición de Certificación por parte de la DESAJ Tunja - 19 de octubre de 2017

desprende de los reportes de nómina obrantes en el expediente (fl.111-203).

- Que la mencionada bonificación solo se ha tenido en cuenta como factor salarial al momento de efectuar la cotización al sistema de pensión y seguridad social en salud (fl.111-203).
- Que mediante derecho de petición radicado el 20 de noviembre de 2015 (fl.27-29), se solicitó a la entidad la reliquidación salarial y prestacional teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, obteniendo respuesta negativa mediante acto administrativo DESTJ15-3019 proferido y notificado el día del 3 de diciembre de 2015 (fl.30-33).
- Contra el anterior acto administrativo se interpuso recurso de apelación el día 29 de enero de 2016 (fl.34-36), siendo concedido mediante Resolución No. 1949 del 30 de marzo de 2016 (fl.205).
- Hasta la fecha, el recurso de apelación interpuesto contra el acto acusado no ha sido resuelto (fl.205).

Como quiera que con anterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda no había sido proferido el acto que resolvió la apelación en sede administrativa; de conformidad con lo establecido en los artículos 83 y 86 de la Ley 1437 de 2011 se entiende que aquel fue resuelto de manera negativa, procede declarar la configuración del silencio administrativo negativo respecto de dicho acto, que según lo dispuesto en el artículo 163 ibídem, hace parte de los actos acusados.

En la demanda de la referencia se solicita la nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, señalando como causal de nulidad la violación directa de la constitución y la ley, al considerar que el Decreto 384 de 2013 en que se sustentó la negativa, resulta ser inconstitucional e ilegal.

Al respecto, sea lo primero señalar que según las definiciones desarrolladas en precedencia, es claro que la bonificación judicial de que trata el Decreto 384 de 2013, constituye salario, habida cuenta que se pudo comprobar que dicha retribución ha sido percibida por los demandantes de manera habitual y periódica como contraprestación directa de sus servicios al ser creada con efectos de nivelación salarial, y sin que obedezca a la mera liberalidad del empleador; tan es así, que sobre dicho valor se efectúan cotizaciones mensuales dirigidas al Sistema Seguridad Social en Pensiones, lo que significa que dicha bonificación se verá reflejada en la eventual pensión a que tendrían derecho, respecto de la cual ha señalado la Corte Constitucional que *"constituye un salario diferido del trabajador, fruto del ahorro forzoso que realizó durante toda una vida de trabajo"*<sup>5</sup>. Así entonces, el hecho de que la

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

pensión de vejez de los accionantes se consolide teniendo como ingreso base de liquidación todos los factores que retribuyen a sus servicios y de manera consecuente integran el concepto de salario, es otro argumento del cual se deriva el carácter salarial de la bonificación judicial instituida en el Decreto 384 de 2013.

Precisado lo anterior, señala el Despacho que el pluricitado Decreto fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades administrativas conferidas por el legislador a través de la ley marco o cuadro -Ley 4ª de 1992-.

Frente al alcance de dicha prerrogativa, la Corte Constitucional ha señalado que *"En efecto, el diseño constitucional previsto para las leyes marco parte de reconocer que existen determinadas materias que si bien deberían ser objeto de regulación por el Congreso -como efectivamente sucedía en el régimen constitucional anterior- en virtud de su dinámica se someten a la definición concreta del Ejecutivo, pero en todo caso supeditado a los criterios y objetivos generales que le fije al legislador."*<sup>6</sup>. De la misma manera, señala el tratadista Manuel Fernando Quinche que *"Al Gobierno Nacional le asiste la facultad permanente para dictar este tipo de decretos, ya que los puede expedir en cualquier tiempo y en el número que considere necesario, bajo dos supuestos: que exista la ley marco y que los decretos se enmarquen en los criterios y objetivos por ella definidos."*<sup>7</sup>

Así las cosas, resulta evidente que el Ejecutivo se extralimitó al momento de modificar el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Rama Judicial, transformando de manera arbitraria la naturaleza de la bonificación judicial, al haberla despojado tácitamente de su carácter salarial para efectos de liquidar las prestaciones sociales, cuando señaló que constituiría factor salarial únicamente para efectos de las respectivas cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud y en Pensiones.

Conforme a lo anterior, y en atención la escala normativa colombiana, es claro que el Decreto 384 de 2013, debió expedirse, en primer lugar, bajo los criterios y objetivos fijados en la Ley marco que desarrolló, esto es, la Ley 4ª de 1992, y además, de manera imperativa con arreglo a los derechos laborales considerados como fundamentales en la Constitución Política de Colombia.

Concretamente, el Ejecutivo desconoció los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, y de primacía de la realidad sobre las formas, establecidos en el artículo 53<sup>8</sup> de

6 Corte Constitucional. Sentencia C-402 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

7 En: Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Capítulo XI La Función Ejecutiva. Los decretos de contenido administrativo. Pág.446. Cuarta edición.

8 ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

la Constitución Política, así como el criterio establecido en el literal a) del artículo 2º de la propia Ley 4ª de 1992, relativo a que "(...). *En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales*" (principio de progresividad), pues con la expresión que aquí se cuestiona, se introdujo abiertamente una desmejora prestacional.

En asunto de similares contornos, en donde los servidores de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación reclamaban que la prima especial del treinta por ciento (30%) se incluyera como factor de liquidación de sus prestaciones sociales; el Consejo de Estado estableció su carácter salarial con fundamento en que "*la **interpretación correcta** que se debe hacer del Art. 14 de la Ley 4ª de 1992 y de sus Decretos reglamentarios es aquella que sea acorde con los principios constitucionales, en especial, los de **progresividad y favorabilidad**. En esas condiciones, esta Sala entiende que la prima especial a que se refieren dichas normas debe ser un **incremento** y no una disminución de la remuneración básica de los servidores señalados en las mismas, entre ellos, los Jueces de la República...*" (Negrilla y subrayas del texto original)<sup>9</sup>

Como consecuencia de lo antes expuesto, en el *sub lite*, se dispondrá la inaplicación de la expresión "*constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*" contenida en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 384 de 2013, por resultar incompatible con las garantías previstas en el artículo 53 de la Constitución Política y con el principio de progresividad contenido en el artículo 2º de la Ley Marco 4ª de 1992.

En suma, como quiera que la expedición de los actos demandados se fundó en una norma que en el presente caso será inaplicada parcialmente por ser inconstitucional e ilegal, queda desvirtuada la presunción de legalidad de los actos enjuiciados, y en consecuencia, procede declarar su nulidad, como quiera que de acuerdo al marco jurídico esbozado y los elementos probatorios obrantes en el expediente, **a los demandantes les asiste el derecho a que las prestaciones sociales previstas en su régimen, sean reliquidadas incluyendo en su base de liquidación la bonificación judicial creada por virtud Decreto 384 de 2013, desde el 1º de enero de 2013 en adelante, por el tiempo efectivamente laborado y hasta la finalización de su vínculo laboral.**

---

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

(...)  
<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sala de Conjuces. Conjuez Ponente: María Carolina Rodríguez Ruiz. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Expediente No. 41001-23-31-000-2003-01075-01. Actor: José Miller Lugo Barrero. Autoridades Nacionales.

## **2.6. De las costas:**

Conforme a lo indicado en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, ante la prosperidad de las pretensiones de la demanda, se requiere fundamentar la imposición de costas. Por lo que el Despacho precisa que están debidamente acreditadas en el expediente con los gastos ordinarios del proceso en que incurrió la demandante (gastos de notificación - fl. 58) y adicionalmente, fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que representara sus intereses en el trámite del presente proceso, generándose así las respectivas agencias en derecho.

Conforme a lo indicado en el numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003<sup>10</sup>, fíjese como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda<sup>11</sup>, esto es la suma de **cuatrocientos treinta y ocho mil ochocientos veintiún pesos m/cte (\$ 438.821)**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR** que operó el silencio administrativo negativo con relación con el recurso de apelación interpuesto el **29 de enero de 2016** por el apoderado de los demandantes ante la entidad accionada, conforme a las motivaciones precedentes.

**SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional e ilegal, para el caso concreto,** la expresión "*constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*", consignada en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 384 de 2013, por lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

**TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD del Oficio No. DESTJ15-3019 del 3 de diciembre de 2015,** proferido por la RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA- SALA ADMINISTRATIVA- DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE TUNJA y del **acto ficto o presunto configurado con ocasión del silencio administrativo negativo** de la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL con relación al recurso de apelación interpuesto contra el oficio No. DESTJ15-

<sup>10</sup> "Artículo 6. Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho: (...) III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, 3.1. ASUNTOS. (...) 3.1.2. Primera instancia. (...) Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia."  
<sup>11</sup> Fl. 25.

3019 de 3 de diciembre de 2015, por lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

**CUARTO:** A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL que **RELIQUIDE** todas las prestaciones sociales devengadas por los señores **PABLO ANTONIO LEYVA DUARTE, SANDRA CONSTANZA SÁENZ, AMELIA SANDOVAL FONSECA, HENRY DAVID ESCANDÓN, NAYIBE SIACHOQUE HERRERA, ERIKA PAOLA JIMÉNEZ, GLORIA VERGARA DÍAZ, MAURO DAZA MOJICA, RUTH ESPERANZA JIMÉNEZ** y **LUZ AMANDA ULLOA**, desde el 1º de enero de 2013 en adelante, **por el tiempo efectivamente laborado** al servicio de la RAMA JUDICIAL y **hasta la finalización de su vínculo laboral**, incluyendo como factor salarial dentro de la base de liquidación, la bonificación judicial creada por el Decreto 384 de 2013.

**QUINTO: CONDENAR** a la NACIÓN- RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL a **PAGAR** a favor de los demandantes **PABLO ANTONIO LEYVA DUARTE – SANDRA CONSTANZA SÁENZ – AMELIA SANDOVAL FONSECA – HENRY DAVID ESCANDÓN – NAYIBE SIACHOQUE HERRERA – ERIKA PAOLA JIMÉNEZ – GLORIA VERGARA DÍAZ – MAURO DAZA MOJICA – RUTH ESPERANZA JIMÉNEZ** y **LUZ AMANDA ULLOA** las diferencias resultantes entre las prestaciones sociales devengadas y las que resulten de la reliquidación ordenada, desde el **1º de enero de 2013 en adelante, por el tiempo efectivamente laborado y hasta la finalización de su vínculo laboral**. Sumas estas que deberán ser indexadas con fundamento en los índices de precios al consumidor certificado por el DANE, de acuerdo a la fórmula adoptada por el Consejo de Estado.

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE - vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia -, por el índice inicial - vigente a la fecha en que debió realizarse el pago -.

**SEXTO:** Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del CPACA.

**SÉPTIMO: CONDENAR** en costas y agencias en derecho a la parte vencida.

**OCTAVO:** En los términos del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda, esto es la

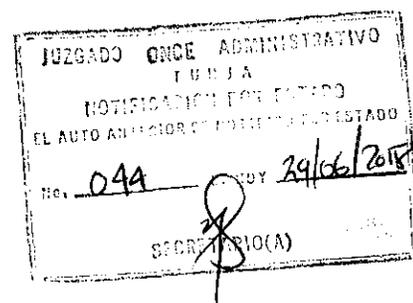
suma de **cuatrocientos treinta y ocho mil ochocientos veintiún pesos m/cte (\$ 438.821)**

**NOVENO:** En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

**DÉCIMO:** Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema Siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), archívese el expediente dejando las anotaciones y constancias respectivas.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ASTRID XIMENA SANCHEZ PÁEZ**  
Juez



REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, veintiocho (28) de junio de dos mil dieciocho (2018)

**DEMANDANTES:** MILTON RICARDO MEDINA, EDGAR RICARDO CASTELLANOS, JUAN CARLOS PINEDA, HENRY SALATIEL RODRÍGUEZ

**DEMANDADO:** NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE TUNJA

**RADICACIÓN:** 15001 33 33 011 2016 00086 - 00

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**ASUNTO A RESOLVER:**

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 - CPACA, procede el Despacho a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de la referencia.

**I. ANTECEDENTES:**

**1. Demanda (fl. 11-26):**

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, los señores MILTON RICARDO MEDINA, EDGAR RICARDO CASTELLANOS, JUAN CARLOS PINEDA y HENRY SALATIEL RODRÍGUEZ, a través de apoderado judicial interpusieron demanda contra la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE TUNJA, solicitando se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio **DESTJ16-90** del **21 de enero de 2016** y del acto ficto o presunto que se configuró por no haber sido resueltos de los recursos interpuestos en sede administrativa a instancias de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja, mediante los cuales les fue negada la reliquidación de sus prestaciones sociales desde el año 2013 en adelante, teniendo en cuenta como factor salarial la **bonificación judicial** creada mediante Decreto 383 de 2013.

A título de restablecimiento del derecho, solicitan se condene a la demandada a reliquidar todas sus prestaciones sociales, causadas desde el

año 2013 en adelante, con la inclusión de la referida **bonificación judicial** como factor salarial.

De igual manera, solicitan que sobre los valores adeudados se efectúen los ajustes de valor conforme al IPC certificado por el DANE, que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA y que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

- **Normas violadas y concepto de violación:**

Señala que con la expedición de los actos acusados se desconocieron garantías fundamentales estipuladas tanto en el Preámbulo como en los artículos 2, 4, 13, 25, 25 y 53 de la Constitución Política y se vulneraron los artículos 1 y 2 de la Ley 4ª de 1992, Ley 54 de 1962, artículo 2 de la 5ª de 1969, artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978 y artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Considera que los actos acusados fueron expedidos infringiendo la Constitución Política y la Ley, como quiera que desconocen el concepto de salario y sus componentes, sin tener en cuenta la naturaleza salarial, prestacional y remuneración periódica que caracteriza a la **bonificación judicial**, dado que la finalidad de su creación con base en la Ley 4 de 1992 fue la de nivelar la remuneración de los servidores de la Rama Judicial con ocasión de la prestación del servicio. Razón por la cual, ha de ser parte integrante del concepto de salario, y por ende, tenida en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales causadas durante la vigencia del vínculo laboral.

Señala además, que el Decreto 383 de 2013 es contrario a la norma constitucional, por lo que refiere la inaplicación por inconstitucional, de la expresión "*y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*" contenida en el artículo 1º del aludido Decreto.

**2. Contestación de la demanda y tesis de la demandada (fl. 77-82):**

Se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda alegando que por expreso mandato legal, la bonificación judicial contemplada en el Decreto 383 de 2013 constituye factor salarial únicamente para efectos de constituir la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, siendo acatado conforme a la Ley dicho precepto. Además, que el legislador tiene la facultad de determinar que ciertos conceptos salariales se liquiden sin atención al monto total del salario percibido o que cierta parte de éste no constituya factor para liquidar algunos conceptos salariales. Razón por la cual, no hay lugar a reconocer la bonificación como factor salarial.

**3. Alegatos de conclusión:** Corrido el traslado para alegar de conclusión dentro de la audiencia de pruebas llevada a cabo el 22 de mayo de 2018 (fl. 181), las partes guardaron silencio y el Ministerio Público no emitió concepto.

## **II. CONSIDERACIONES:**

### **1. Problema jurídico:**

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, corresponde al Despacho determinar si la bonificación judicial instituida mediante Decreto 383 de 2013, modificado por el Decreto 1269 de 2015 constituye factor salarial a efectos de ser tenida en cuenta para la liquidación y pago de las prestaciones sociales devengadas por los demandantes a partir del 1º de enero de 2013 en adelante.

En consecuencia, deberá establecer:

- Si procede la declaratoria del silencio administrativo negativo y si se configuró el acto ficto producto de la falta de resolución del recurso de apelación formulado el 29 de enero de 2016, contra el oficio DESTJ16-90 del 21 de enero de 2016.

- La legalidad del acto administrativo contenido en el oficio DESTJ16-90 del 21 de enero de 2016 por medio del cual la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE TUNJA negó el reconocimiento de la bonificación judicial creada mediante Decreto 383 de 2013, como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales de los demandantes.

- Si resulta procedente ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales de los demandantes a partir del 1º de enero de 2013, con la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial.

### **2. MARCO JURÍDICO:**

#### **2.1.- Del silencio administrativo negativo.**

El artículo 86 del CPACA señala que si transcurridos dos (2) meses a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la misma es negativa, constituyéndose de tal forma en una ficción legal que puede ser controvertida en sede judicial. La Corte Constitucional<sup>1</sup> ha dicho que el silencio administrativo es una herramienta importante para los ciudadanos

---

<sup>1</sup> Sentencia C - 875 de 2011

porque **"i) puede hacer valer sus derechos ante la administración de justicia, por cuanto no puede quedar indefinidamente a la espera de una respuesta por parte del ente estatal encargado de resolverla, hecho que hace necesario crear un mecanismo para que pueda acudir ante la misma administración recurriendo el acto ficto o ante la jurisdicción o, ii) pueden ver satisfechos sus derechos ante la omisión de la administración,..."**

En tal sentido, la omisión de respuesta a una solicitud presentada por el ciudadano ante la administración, si bien desconoce el derecho fundamental de petición, no es óbice para que aquella falencia impida su conocimiento por parte de la jurisdicción, tal y como lo señala el inciso 3º ibídem.

## **2.2.- De la bonificación judicial -Decreto 383 de 2013-.**

En ejercicio de las atribuciones conferidas al Congreso de la República por conducto de la Constitución Política de Colombia en su artículo 150 numeral 19, literales e) y f); se profirió la Ley 4ª de 1992, que en lo que aquí interesa, se encargó de fijar las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Pues bien, en desarrollo de los preceptos generales contenidos en la Ley 4ª de 1992, el Presidente de la República de Colombia expidió el Decreto 383 de 2013 *"por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones."*

Dicha bonificación judicial fue instituida con efectos jurídicos particulares, pues se previó que su reconocimiento sería **i)** solo para aquellos servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012; **ii)** de carácter mensual; **iii)** a partir del 1º de enero de 2013; y **iv)** que constituiría únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En la misma disposición se fijó el monto exacto que se pagaría por concepto de la bonificación judicial, hasta el año 2018; siendo este el único aspecto que ha sido objeto de modificación por parte del Ejecutivo al expedirse los Decretos 1269 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017 y 340 de 2018, en los que se varió el monto de dicho emolumento para los años 2015 a 2018. Por su parte, la naturaleza jurídica y las demás características de la bonificación judicial previstas en el Decreto 383 de 2013, se mantuvieron incólumes.

### **2.3.- Del concepto de salario.**

En los términos del artículo 1º del Convenio 095 de la OIT<sup>2</sup>, "**salario** significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar."

Por su parte, la legislación colombiana desarrolló la anterior concepción, estableciendo que constituye salario todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio, independientemente la forma o denominación en que se adopte (art. artículo 127 C.S.T.).

Sobre este punto, ha precisado la Corte Constitucional que "*Teniendo en cuenta las reformas hechas por la Ley 50 de 1990 a los arts. 127, 128, 129, 130 y 132 del C.S.T., la regla general es que **constituye salario** no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino **todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones (...)**"<sup>3</sup> (Resalta el Despacho).*

Respecto de los factores que constituyen salario, el Consejo de Estado en sentencia de 4 de agosto de 2010, señaló que lo serán "**aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.**" (Resalta el Despacho).

### **2.4.- De la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad.**

2 Constitución Política. **ARTICULO 53.** (...) Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. (...). Este tratado fue integrado al ordenamiento jurídico mediante la Ley 54 de 1962. Con posterioridad, la Corte Constitucional le reconoció jerarquía dentro del bloque de constitucionalidad en la Sentencia SU-995 de 1999.

3 Corte Constitucional. Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Cuando en un caso concreto se inaplica una norma por ser inconstitucional, lo que se pretende es evitar la reproducción de los efectos de una norma contraria a la Carta Política, tal y como lo expresó la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-122 de 2011:

*"...La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales..." (...) De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. **En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución...**" (Resalta el Despacho)*

Ahora bien, partiendo de la base de la supremacía del texto constitucional, se deriva la existencia de una condición jerárquica del sistema jurídico, que en todo caso debe presidir el ejercicio de la función administrativa, así es que ante la incompatibilidad entre un acto administrativo y la ley, el operador jurídico también está habilitado para inaplicarlo. En torno a la procedencia de la excepción de ilegalidad, la Corte Constitucional señaló:

*"De la condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, **aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución.**"(Resalta el Despacho).*

En consonancia con la anterior interpretación, se consagró en el artículo 148 de la ley 1437 de 2011, el control por vía de excepción en los procesos que

se adelantan en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, consistente en que *"el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. (...) La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte."*

## **2.5.- CASO CONCRETO:**

El material probatorio obrante en el plenario nos permite establecer:

- Que los demandantes han prestado sus servicios en la Rama Judicial del Poder Público, así (fl. 119, 127,140, 158-159):

<b>Demandante</b>	<b>Desde</b>	<b>Hasta</b>
Milton Ricardo Medina	01/05/2014	A la fecha <sup>4</sup>
Edgar Ricardo Castellanos	01/07/2003	A la fecha
Juan Carlos Pineda	01/12/2001	A la fecha
Henry Salatiel Rodríguez	20/04/1987	A la fecha

- Que los demandantes pertenecen al régimen salarial y prestacional señalado en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 -acogidos- (fl.118).
- Que los accionantes han percibido la bonificación judicial establecida en el Decreto 383 de 2013 mensualmente y por lo tanto de manera habitual y periódica, desde el mes de enero del año 2013 (para el caso de Juan Carlos Pineda y Henry Salatiel Rodríguez), desde mayo de 2014 (para el caso de Milton Ricardo Medina) y desde enero de 2013 con excepción de los tiempos laborados como Magistrado de Tribunal<sup>5</sup> (para el caso de Edgar Ricardo Castellanos), según se desprende de los reportes de nómina obrantes en el expediente (fl.119-171).
- Que la mencionada bonificación sólo se ha tenido en cuenta como factor salarial al momento de efectuar la cotización al sistema de pensión y seguridad social en salud (fl.119-171).
- Que mediante derecho de petición radicado el 16 de diciembre de 2015 (fl.27-29), se solicitó a la entidad la reliquidación salarial y prestacional teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, obteniendo respuesta negativa mediante acto administrativo DESTJ16-90 proferido y notificado el día 21 de enero de 2016 (fl.30-35).
- Contra el anterior acto administrativo se interpuso recurso de apelación el día 29 de enero de 2016 (fl.36-38), siendo concedido mediante Resolución No. 01967 del 30 de marzo de 2016 (fl.99-100).

4 Fecha de expedición de Certificación por parte de la DESAJ Tunja - 31 de agosto de 2017

5 Recuérdese que la bonificación judicial establecida en el Decreto 383 de 2013 no cobija a los Magistrados de Tribunal; por lo que el tiempo laborado en dicho cargo no puede ser tenido en cuenta.

- Hasta la fecha<sup>6</sup>, el recurso de apelación interpuesto contra el acto acusado no ha sido resuelto (fl.118).

Como quiera que con anterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda no había sido proferido el acto que resolvió la apelación en sede administrativa; de conformidad con lo establecido en los artículos 83 y 86 de la Ley 1437 de 2011 se entiende que aquel fue resuelto de manera negativa y procede declarar la configuración del silencio administrativo negativo respecto de dicho acto, que según lo dispuesto en el artículo 163 ibídem, hace parte de los actos acusados.

En la demanda de la referencia se solicita la nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, señalando como causal de nulidad la violación directa de la constitución y la ley, al considerar que el Decreto 383 de 2013 en que se sustentó la negativa, resulta ser inconstitucional e ilegal.

Al respecto, sea lo primero señalar que según las definiciones desarrolladas en precedencia, es claro que la bonificación judicial de que trata el Decreto 383 de 2013, constituye salario, habida cuenta que se pudo comprobar que dicha retribución ha sido percibida por los demandantes de manera habitual y periódica como contraprestación directa de sus servicios al ser creada con efectos de nivelación salarial, y sin que obedezca a la mera liberalidad del empleador; tan es así, que sobre dicho valor se efectúan cotizaciones mensuales dirigidas al Sistema Seguridad Social en Pensiones, lo que significa que dicha bonificación se verá reflejada en la eventual pensión a que tendrían derecho, respecto de la cual ha señalado la Corte Constitucional que *"constituye un salario diferido del trabajador, fruto del ahorro forzoso que realizó durante toda una vida de trabajo"*. Así entonces, el hecho de que la pensión de vejez de los accionantes se consolide teniendo como ingreso base de liquidación todos los factores que retribuyen a sus servicios y de manera consecuente integran el concepto de salario, es otro argumento del cual se deriva el carácter salarial de la aludida bonificación judicial.

Precisado lo anterior, señala el Despacho que el pluricitado Decreto fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades administrativas conferidas por el legislador a través de la ley marco o cuadro -Ley 4ª de 1992-.

Frente al alcance de dicha prerrogativa, la Corte Constitucional ha señalado que *"En efecto, el diseño constitucional previsto para las leyes marco parte de reconocer que existen determinadas materias que si bien deberían ser*

<sup>6</sup> Según Oficio DESAJTU017-2217 de fecha 5 de septiembre de 2017.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

*objeto de regulación por el Congreso -como efectivamente sucedía en el régimen constitucional anterior- en virtud de su dinámica se someten a la definición concreta del Ejecutivo, pero en todo caso supeditado a los criterios y objetivos generales que le fije al legislador.*<sup>8</sup>. De la misma manera, señala el tratadista Manuel Fernando Quinche que *"Al Gobierno Nacional le asiste la facultad permanente para dictar este tipo de decretos, ya que los puede expedir en cualquier tiempo y en el número que considere necesario, bajo dos supuestos: que exista la ley marco y que los decretos se enmarquen en los criterios y objetivos por ella definidos."*<sup>9</sup>

Así las cosas, resulta evidente que el Ejecutivo se extralimitó al momento de modificar el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Rama Judicial, transformando de manera arbitraria la naturaleza de la bonificación judicial, al haberla despojado tácitamente de su carácter salarial para efectos de liquidar las prestaciones sociales, cuando señaló que constituiría factor salarial únicamente para efectos de las respectivas cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud y en Pensiones.

Conforme a lo anterior, y en atención a la escala normativa colombiana, es claro que el Decreto 383 de 2013, debió expedirse, en primer lugar, bajo los criterios y objetivos fijados en la Ley marco que desarrolló, esto es, la Ley 4ª de 1992, y además, de manera imperativa con arreglo a los derechos laborales considerados como fundamentales en la Constitución Política de Colombia.

Concretamente, el Ejecutivo desconoció los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, y de primacía de la realidad sobre las formas, establecidos en el artículo 53<sup>10</sup> de la Constitución Política, así como el criterio establecido en el literal a) del artículo 2º de la propia Ley 4ª de 1992, relativo a que "(...). *En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales*" (principio de progresividad), pues con la expresión que aquí se cuestiona, se introdujo abiertamente una desmejora prestacional.

En asunto de similares contornos, en donde los servidores de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación reclamaban que la prima especial del treinta por ciento (30%) se incluyera como factor de liquidación de sus prestaciones sociales; el Consejo de Estado estableció su carácter

8 Corte Constitucional. Sentencia C-402 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

9 En: Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Capítulo XI La Función Ejecutiva. Los decretos de contenido administrativo. Pág.446. Cuarta edición.

10 ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

(...)

salarial con fundamento en que *“la **interpretación correcta** que se debe hacer del Art. 14 de la Ley 4ª de 1992 y de sus Decretos reglamentarios es aquella que sea acorde con los principios constitucionales, en especial, los de **progresividad y favorabilidad**. En esas condiciones, esta Sala entiende que la prima especial a que se refieren dichas normas debe ser un **incremento** y no una disminución de la remuneración básica de los servidores señalados en las mismas, entre ellos, los Jueces de la República...”* (Negrilla y subrayas del texto original)<sup>11</sup>

Como consecuencia de lo antes expuesto, en el *sub lite*, se dispondrá la inaplicación de la expresión *“constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”* contenida en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 383 de 2013, por resultar incompatible con las garantías previstas en el artículo 53 de la Constitución Política y con el principio de progresividad contenido en el artículo 2º de la Ley Marco 4ª de 1992.

En suma, como quiera que la expedición de los actos demandados se fundó en una norma que en el presente caso será inaplicada parcialmente por ser inconstitucional e ilegal, queda desvirtuada la presunción de legalidad de los actos enjuiciados, y en consecuencia, procede declarar su nulidad, como quiera que de acuerdo al marco jurídico esbozado y los elementos probatorios obrantes en el expediente, **a los demandantes les asiste el derecho a que las prestaciones sociales previstas en su régimen, sean reliquidadas incluyendo en su base de liquidación la bonificación judicial creada por virtud Decreto 383 de 2013, desde el 1º de enero de 2013 en adelante, por el tiempo efectivamente laborado y en que se cause la prestación, hasta la finalización de su vínculo laboral.**

## **2.6. De las costas:**

Conforme a lo indicado en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, ante la prosperidad de las pretensiones de la demanda, se requiere fundamentar la imposición de costas. Por lo que el Despacho precisa que están debidamente acreditadas en el expediente con los gastos ordinarios del proceso en que incurrió la demandante (gastos de notificación – fl. 58) y adicionalmente, fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que representara sus intereses en el trámite del presente proceso, generándose así las respectivas agencias en derecho.

---

11 CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sala de Conjuces. Conjuce Ponente: María Carolina Rodríguez Ruiz. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Expediente No. 41001-23-31-000-2003-01075-01. Actor: José Miller Lugo Barrero. Autoridades Nacionales.

Conforme a lo indicado en el numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda<sup>12</sup>, esto es la suma de **un millón ciento treinta y siete mil seiscientos setenta y nueve pesos m/cte (\$ 1.137.679)**.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR** que operó el silencio administrativo negativo con relación con el recurso de apelación interpuesto el **29 de enero de 2016** por el apoderado de los demandantes ante la entidad accionada, conforme a las motivaciones precedentes.

**SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional e ilegal, para el caso concreto**, la expresión "*constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*", consignada en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 383 de 2013, por lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

**TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD del Oficio No. DESTJ16-90 del 21 de enero de 2016**, proferido por la RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA- SALA ADMINISTRATIVA- DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE TUNJA y del **acto ficto o presunto configurado con ocasión del silencio administrativo negativo** de la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL con relación al recurso de apelación interpuesto contra el oficio No. DESTJ16-90 del 21 de enero de 2016, por lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

**CUARTO:** A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la NACIÓN- RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL que **RELIQUIDE** todas las prestaciones sociales devengadas por los señores **MILTON RICARDO MEDINA – EDGAR RICARDO CASTELLANOS – JUAN CARLOS PINEDA y HENRY SALATIEL RODRÍGUEZ**, desde el 1º de enero de 2013 en adelante, **por el tiempo efectivamente laborado y en que se cause la prestación, hasta la finalización de su vínculo laboral**, incluyendo como factor salarial dentro de la base de liquidación, la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013.

---

12. Fl. 25.

**QUINTO: CONDENAR** a la NACIÓN- RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL a **PAGAR** a favor de los demandantes **MILTON RICARDO MEDINA - EDGAR RICARDO CASTELLANOS - JUAN CARLOS PINEDA y HENRY SALÁTIEL RODRÍGUEZ** las diferencias resultantes entre las prestaciones sociales devengadas y las que resulten de la reliquidación ordenada, desde el **1º de enero de 2013 en adelante, por el tiempo efectivamente laborado y en que se cause la prestación, hasta la finalización de su vínculo laboral.** Sumas estas que deberán ser indexadas con fundamento en los índices de precios al consumidor certificado por el DANE, de acuerdo a la fórmula adoptada por el Consejo de Estado.

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE - vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia -, por el índice inicial - vigente a la fecha en que debió realizarse el pago -.

**SEXTO:** Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del CPACA.

**SÉPTIMO: CONDENAR** en costas y agencias en derecho a la parte vencida.

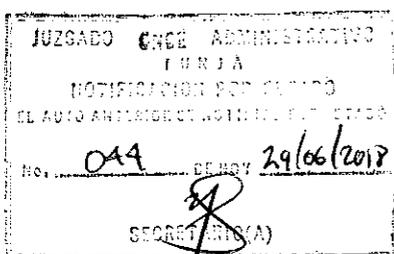
**OCTAVO:** En los términos del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda, esto es la suma de **un millón ciento treinta y siete mil seiscientos setenta y nueve pesos m/cte (\$ 1.137.679).**

**NOVENO:** En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

**DÉCIMO:** Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema Siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), archívese el expediente dejando las anotaciones y constancias respectivas.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez



# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, veintiocho (28) de junio de dos mil dieciocho (2018)

**DEMANDANTE: SANDRA MILENA SIERRA GONZÁLEZ Y OTROS**

**DEMANDADO: NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

**RADICACIÓN: 150013333011-2017-00083-00**

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

### ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, procede el Despacho a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de la referencia.

### I. ANTECEDENTES:

#### **1. Demanda (fl. 11-23):**

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, los ciudadanos SANDRA MILENA SIERRA GONZALEZ, JOSÉ GUILLERMO ULLOA LUENGAS, ANA BEATRIZ ZEA ALONSO, INGRID KATHERINE OLMOS ZEA, NANCY MARGOTH MORENO SÁNCHEZ, YEFERSON MAXIMINO MAYORGA PULIDO, SANDRA YULIET ROJAS CUERVO, LINA ANDREA MENDIVELSO GÓMEZ, SONIA MARITZA SÁNCHEZ SÁNCHEZ y OSCAR ENRIQUE GUÍO TELLEZ, a través de apoderada judicial interpuso demanda contra la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – SUBDIRECCIÓN DE APOYO A LA GESTIÓN SECCIONAL BOYACÁ, solicitando se declare excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad del artículo 1º del Decretos 382 de 2013, proferido por el Gobierno Nacional.

Solicitan que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio DS-25-12-4 de 16 de diciembre de 2016, por medio del cual se negó la reliquidación prestacional con la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho pretende que se condene a la entidad accionada a reconocerle, liquidarle y pagarle todas las prestaciones sociales y demás emolumentos, que se

liquiden con base en el salario, incluyendo la bonificación judicial como factor salarial, a partir del 1º de enero de 2013, hasta la fecha y en las que a futuro se causen. Agrega que en adelante deberá incluirse el concepto de bonificación judicial en la nómina de los demandantes como parte integral del salario para todos los efectos jurídicos.

Finalmente, pide que las sumas a reconocer sean indexadas conforme a lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA, que se ordene el pago de intereses corrientes y/o moratorios, y que se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

**- Normas violadas y concepto de violación:**

Señala que con la expedición de los actos acusados se desconocieron garantías fundamentales estipuladas en el Preámbulo y los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, que consagran, entre otros, el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el respeto de los derechos adquiridos, de la norma más favorable y de los principios mínimos fundamentales. Señala como normas violada el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, y demás normas concordantes.

Invoca como causal de nulidad la vulneración de las normas en que debieron fundarse los actos administrativos, advirtiendo que **i)** la bonificación judicial debe hacer parte integral del salario, tal y como se desprende de la interpretación más favorable del artículo 127 del C.S.T.; **ii)** lo que determina si un emolumento debe ser considerado como factor salarial es que sea percibido de manera periódica y como contraprestación directa del servicio y; **iii)** que la nivelación salarial acordada con el Gobierno Nacional desconoce abiertamente las disposiciones laborales y la jurisprudencia del Consejo de Estado, así como de la Corte Constitucional ya que solo se reconoció la bonificación judicial como factor salarial a efectos de liquidar salud y pensión, pero no para liquidar prestaciones sociales de los empleados de la Fiscalía General de la Nación.

**2. Contestación de la demanda y tesis de la demandada (fl.65-73):**

Se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda alegando que ha dado estricto cumplimiento a lo consignado en el Decreto 382 de 2013, según el cual, la bonificación judicial es factor salarial únicamente para efectos de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud y en Pensiones, respetando el Régimen salarial al que optaron los respectivos servidores.

Sostiene que el reconocimiento de la bonificación fue el resultado de un proceso de negociación colectiva, donde como se verifica en el Acuerdo del 6 de noviembre de 2012 y el Acta No. 25 del 8 de enero de 2013, la voluntad

de los negociantes (Asociaciones Sindicales de Rama Judicial y Fiscalía – Gobierno Nacional) fue que el emolumento constituyera factor salarial sólo para los efectos señalados. Además, que tanto el Acuerdo como el Acta y el Decreto 382, no fueron demandados y tienen actualmente respaldo legal.

Advierte también que la bonificación judicial fue instituida sólo para los servidores acogidos al régimen laboral establecido en los Decretos No. 53 de 1993 y 875 de 2012, y que en virtud del poder de configuración legislativa de que gozan las autoridades judiciales, podía establecerse que la bonificación no constituiría factor salarial para fines distintos a los expresamente regulados.

### **3. Alegatos de conclusión:**

Corrido el traslado para alegar de conclusión (fl. 266) dentro de la audiencia de pruebas llevada a cabo el 14 de febrero de 2018, la **entidad demandada** insiste en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y concluyó que la Fiscalía General de la Nación actuó en cumplimiento de un deber legal, al aplicar el Decreto 0382 de 2013, el cual, goza de plena presunción de legalidad y por ende es de obligatorio cumplimiento, sin que pueda acudirse a su interpretación, y menos aún, a su inaplicación (fl.269-280).

Por su parte, la apoderada de la **parte actora**, se pronunció mediante escrito allegado el 7 de marzo de los corrientes (fl. 281-282), reiterando los fundamentos de hecho y pretensiones, en atención a la naturaleza salarial que debe reconocerse a la bonificación judicial a efectos de liquidar las prestaciones sociales.

## **II. CONSIDERACIONES:**

### **1. Problema jurídico:**

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, corresponde al Despacho determinar si la bonificación judicial instituida mediante Decreto 382 de 2013, constituye factor salarial a efectos de ser tomada en cuenta para la liquidación y pago de las prestaciones sociales devengadas por los demandantes a partir del 1º de enero de 2013 en adelante.

En consecuencia, deberá establecer:

- La legalidad del acto administrativo contenido en el DS-25-12-4 de fecha 16 de diciembre de 2016 por medio del cual la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN negó el reconocimiento de la bonificación judicial creada mediante

Decreto 382 de 2013, como factor salarial para la liquidación de sus prestaciones sociales de los demandantes.

- Si resulta procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad del artículo 1º del Decreto 382 de 2013 y, ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales de los demandantes a partir del 1º de enero de 2013, con la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

## **2. MARCO JURÍDICO:**

### **2.1.- De la bonificación judicial -Decreto 382 de 2013-.**

En ejercicio de las atribuciones conferidas al Congreso de la República por conducto de la Constitución Política de Colombia en su artículo 150 numeral 19, literales e) y f); se profirió la Ley 4ª de 1992, que en lo que aquí interesa, se encargó de fijar las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Pues bien, en desarrollo de los preceptos generales contenidos en la Ley 4ª de 1992, el Presidente de la República de Colombia expidió el Decreto 382 de 2013 *"por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones."*

Dicha bonificación judicial fue instituida con efectos jurídicos particulares, pues se previó que su reconocimiento sería **i)** solo para aquellos servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993 y que vienen rigiéndose por el Decreto 875 de 2012; **ii)** de carácter mensual; **iii)** a partir del 1º de enero de 2013; y **iv)** que constituiría únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En la misma disposición se fijó el monto exacto que se pagaría por concepto de la bonificación judicial, hasta el año 2018; siendo este el único aspecto que ha sido objeto de modificación por parte del Ejecutivo al expedirse los Decretos 22 de 2014, 1270 de 2015, 247 de 2016, 1015 de 2017 y 341 de 2018, en los que se varió el monto de dicho emolumento para los años 2015 a 2018. Por su parte, la naturaleza jurídica y las demás características de la bonificación judicial previstas en el Decreto 382 de 2013, se mantuvieron incólumes.

## **2.2.- Del concepto de salario.**

En los términos del artículo 1º del Convenio 095 de la OIT<sup>1</sup>, "**salario** significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar."

Por su parte, la legislación colombiana desarrolló la anterior concepción, estableciendo que constituye salario todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio, independientemente la forma o denominación en que se adopte (art. artículo 127 C.S.T.).

Sobre este punto, ha precisado la Corte Constitucional que "Teniendo en cuenta las reformas hechas por la Ley 50 de 1990 a los arts. 127, 128, 129, 130 y 132 del C.S.T., la regla general es que **constituye salario** no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino **todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio**, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones (...) "<sup>2</sup> (Resalta el Despacho).

Respecto de los factores que constituyen salario, el Consejo de Estado en sentencia de 4 de agosto de 2010, señaló que lo serán "**aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé**, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, **pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio**. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando." (Resalta el Despacho).

<sup>1</sup> Constitución Política. **ARTICULO 53.** (...) Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. (...). Este tratado fue integrado al ordenamiento jurídico mediante la Ley 54 de 1962. Con posterioridad, la Corte Constitucional le reconoció jerarquía dentro del bloque de constitucionalidad en la Sentencia SU-995 de 1999.

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

### **2.3.-De la negociación colectiva de empleados públicos.**

Se trata de un derecho consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, que comprende lo siguiente: "*Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la Ley. (...) Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo*"; y cuyo contenido debe ser interpretado de manera armónica con los mandatos referidos en los convenios 151 y 154 de la OIT, que hacen parte de la legislación interna.

La Corte Constitucional se refirió al alcance del derecho a la negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos, al analizar la constitucionalidad de las limitaciones impuestas, a través de los artículos 414 y 415 del C.S.T., en relación con la posibilidad de presentar pliegos de peticiones, suscribir convenciones colectivas y, acudir al derecho a la huelga; así:

*"Tratándose de negociaciones colectivas con los sindicatos de empleados públicos, debe tenerse en cuenta que si bien la negociación no es plena, porque se entiende que la decisión final le corresponde adoptarla a las autoridades señaladas por la Constitución (es decir, en el ámbito nacional al Congreso y al Presidente de la República, y en el ámbito territorial, a las asambleas, concejos, gobernadores y alcaldes), esto no implica que los sindicatos de estos servidores públicos no puedan desarrollar instancias legítimas para alcanzar una solución negociada y concertada en el caso de conflicto entre los empleados públicos y las autoridades. **En tales instancias, el Estado-empleador tiene la obligación no sólo de recibir las peticiones, consultas o los reclamos hechos a través de la organización sindical de los empleados públicos, sino de oír y adoptar todos los procedimientos encaminados para que las autoridades que son en últimas las que toman las decisiones, evalúen los derechos que reclaman los servidores del Estado y se pueda adoptar una solución en lo posible concertada y que favorezca los intereses de las partes y del país.**"<sup>3</sup> (Resalta el Despacho).*

Y en tal sentido, fueron previstos otros medios que garantizaran la concertación en las condiciones de trabajo de las organizaciones sindicales de empleados públicos, a través de la expedición del Decreto 535 de 2009, que reglamentó el artículo 416 del CST, en el que se fijaron las condiciones, instancias, procedimiento y etapas de la concertación laboral. De igual forma, se precisó que el cierre de la concertación, se materializaba cuando la administración expedía los actos administrativos a que hubiere lugar o emitía la respuesta motivada de las razones por las cuales no se accede a la petición.

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1234 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

## **2.4.- De la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad.**

Cuando en un caso concreto se inaplica una norma por ser inconstitucional, lo que se pretende es evitar la reproducción de los efectos de una norma contraria la Carta Política, tal y como lo expresó la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-122 de 2011:

*"...La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales..."(...) De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. **En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución...**" (Resalta el Despacho)*

Ahora bien, partiendo de la base de la supremacía del texto constitucional, se deriva la existencia de una condición jerárquica del sistema jurídico, que en todo caso debe presidir el ejercicio de la función administrativa, así es que ante la incompatibilidad entre un acto administrativo y la ley, cuando atañe a asuntos no sujetos a modificación por vía de reglamentación, el operador jurídico también está habilitado para inaplicarlo. En torno a la procedencia de la excepción de ilegalidad, la Corte Constitucional señaló:

*"De la condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, **aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución.**"(Resalta el Despacho).*

En consonancia con la anterior interpretación, se consagró en el artículo 148 de la ley 1437 de 2011, el control por vía de excepción en los procesos que se adelantan en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, consistente en que *"el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. (...) La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte."*

## **2.5.- CASO CONCRETO:**

El material probatorio obrante en el plenario nos permite establecer:

- Que los demandantes han prestado sus servicios en la Fiscalía General de la Nación, así:

<b>DEMANDANTE</b>	<b>FECHA ÚLTIMO INGRESO Y ESTADO VINCULACIÓN CON CORTE A 14 DE NOVIEMBRE DE 2017</b>
SANDRA MILENA SIERRA GONZALEZ	11/MAR/2008 - ACTIVO
JOSÉ GUILLERMO ULLOA LUENGAS	01/JUL/1992 - 01/JUL/2017
ANA BEATRIZ ZEA ALONSO	01/JUL/1992 - ACTIVO
INGRID KATHERINE OLMOS ZEA	02/ENE/2014 - ACTIVO
NANCY MARGOTH MORENO SÁNCHEZ	14/SEPT/1994 - ACTIVO
YEFERSON MAXIMINO MAYORGA PULIDO	01/JUL/1992 - ACTIVO
SANDRA YULIET ROJAS CUERVO	09/MAY/1994 - ACTIVO
LINA ANDREA MENDIVELSO GÓMEZ	01/AGO/2013 - ACTIVO
SONIA MARITZA SÁNCHEZ SÁNCHEZ	08/JUN/1994 - ACTIVO
OSCAR ENRIQUE GUÍO TELLEZ	01/JUL/1992 - ACTIVO

- Que los demandantes pertenecen al régimen salarial y prestacional señalado en los Decretos 53 de 1993 y 875 de 2012 -acogidos- (fl.158).
- Que los accionantes han percibido la bonificación judicial establecida en el Decreto 382 de 2013, mensualmente y por lo tanto de manera habitual y periódica, desde el mes de enero del año 2013, y para los casos de Ingrid Katherine Olmos Zea y Lina Andrea Mendivelso Gómez, desde la fecha de su vinculación, según se desprende de los reportes de nómina obrantes en el expediente (fl.212-259).
- Que la mencionada bonificación solo se ha tenido en cuenta como factor salarial al momento de efectuar la cotización al sistema de pensión y seguridad social en salud.
- Que mediante derecho de petición radicado el 29 de noviembre de 2016 (fl.24-26), se solicitó a la entidad la reliquidación de la bonificación judicial como factor salarial, obteniendo respuesta negativa mediante acto administrativo DS-25-12-4 de 16 de diciembre de 2016, notificado el día 21 de diciembre de 2016 (fl.27-29).

En la demanda de la referencia se solicita la nulidad del acto administrativo que negó el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, señalando como causal de nulidad el desconocimiento de las normas en que debieron fundarse, al considerar que el Decreto 382 de 2013 en que se sustentó la negativa, resulta ser inconstitucional e ilegal.

Al respecto, sea lo primero señalar que según las definiciones desarrolladas en precedencia, es claro que la bonificación judicial de que trata el Decreto 382 de 2013, constituye salario, habida cuenta que se pudo comprobar que dicha retribución ha sido percibida por los demandantes de manera habitual y periódica como contraprestación directa de sus servicios, pues en efecto, fue producto de una nivelación salarial, sin que obedezca a la mera liberalidad del empleador; tan es así, que sobre dicho valor se efectúan cotizaciones mensuales dirigidas al Sistema Seguridad Social en Pensiones, lo que significa que dicha bonificación se verá reflejada en el monto de su pensión, la cual, ha señalado la Corte Constitucional, "*constituye un salario diferido del trabajador, fruto del ahorro forzoso que realizó durante toda una vida de trabajo*"<sup>4</sup>. Así entonces, el hecho de que la pensión de vejez de los accionantes se consolide teniendo como ingreso base de liquidación todos los factores que retribuyen a sus servicios-incluyendo la bonificación judicial- y de manera consecuente integran el concepto de salario, es otro argumento del cual se deriva el carácter salarial de la bonificación que nos ocupa.

Precisado lo anterior, señala el Despacho que el Decreto 382 de 2013 fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades administrativas conferidas por el legislador a través de la ley marco o cuadro -Ley 4ª de 1992-.

Frente al alcance de dicha prerrogativa, la Corte Constitucional ha señalado que "*En efecto, el diseño constitucional previsto para las leyes marco parte de reconocer que existen determinadas materias que si bien deberían ser objeto de regulación por el Congreso -como efectivamente sucedía en el régimen constitucional anterior- en virtud de su dinámica se someten a la definición concreta del Ejecutivo, pero en todo caso supeditado a los criterios y objetivos generales que le fije al legislador.*"<sup>5</sup>. De la misma manera, señala el tratadista Manuel Fernando Quinche Ramírez que "*Al Gobierno Nacional le asiste la facultad permanente para dictar este tipo de decretos, ya que los puede expedir en cualquier tiempo y en el número que considere necesario, bajo dos supuestos: que exista la ley marco y que los decretos se enmarquen en los criterios y objetivos por ella definidos.*"<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-402 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>6</sup> En: Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Capítulo XI La Función Ejecutiva. Los decretos de contenido administrativo. Pág.446. Cuarta edición.

Así las cosas, resulta claro que el Ejecutivo en su actividad reglamentaria, se encuentra sujeto a los parámetros y objetivos generales previstos en la ley que lo autoriza; por lo que en este caso, es evidente que existió extralimitación en las facultades conferidas para modificar el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Fiscalía General de la Nación, transformando de manera arbitraria la naturaleza de la bonificación judicial, al haberla despojado tácitamente de su carácter salarial para efectos de liquidar las prestaciones sociales, cuando señaló que constituiría factor salarial únicamente para efectos de las respectivas cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud y en Pensiones.

Conforme a lo anterior, y en atención a la escala normativa colombiana, precisa el Despacho que el Decreto 382 de 2013, debió expedirse, en primer lugar, bajo los criterios y objetivos fijados en la Ley marco que desarrolló, esto es, la Ley 4ª de 1992, y además, de manera imperativa con arreglo a los derechos laborales considerados como fundamentales en la Constitución Política de Colombia.

Concretamente, el Ejecutivo desconoció los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, y de primacía de la realidad sobre las formas, establecidos en el artículo 53<sup>7</sup> de la Constitución Política, así como el criterio establecido en el literal a) del artículo 2º de la propia Ley 4ª de 1992, relativo a que "(...). *En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales*" (principio de progresividad), pues con la expresión que aquí se cuestiona, se introdujo una desmejora prestacional implícita.

En asunto de similares contornos, en donde los servidores de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación reclamaban que la prima especial del treinta por ciento (30%) se incluyera como factor de liquidación de sus prestaciones sociales; el Consejo de Estado estableció su carácter salarial con fundamento en que "*la **interpretación correcta** que se debe hacer del Art. 14 de la Ley 4ª de 1992 y de sus Decretos reglamentarios es aquella que sea acorde con los principios constitucionales, en especial, los de **progresividad y favorabilidad**. En esas condiciones, esta Sala entiende que la prima especial a que se refieren dichas normas debe ser un **incremento** y no una disminución de la remuneración básica de los*

<sup>7</sup> ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

(...)

*servidores señalados en las mismas, entre ellos, los Jueces de la República...”*  
(Negrilla y subrayas del texto original)<sup>8</sup>

Como consecuencia de lo antes expuesto, para el *sub lite*, se dispondrá la inaplicación de la expresión "*constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*" contenida en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 382 de 2013, por resultar incompatible con las garantías previstas en el artículo 53 de la Constitución Política y con el principio de progresividad contenido en el artículo 2º de la Ley Marco 4ª de 1992.

En suma, como quiera que la expedición de los actos demandados se fundó en una norma que en el presente caso será inaplicada parcialmente por ser inconstitucional e ilegal, queda desvirtuada la presunción de legalidad de los actos enjuiciados, y en consecuencia, procede el Despacho a declarar su nulidad, como quiera que de acuerdo al marco jurídico esbozado y los elementos probatorios obrantes en el expediente, **a los demandantes les asiste el derecho a que las prestaciones sociales previstas en su régimen, sean reliquidadas incluyendo en su base de liquidación la bonificación judicial creada por virtud Decreto 382 de 2013, desde el 1º de enero de 2013 en adelante, por el tiempo efectivamente laborado y hasta la finalización de su vínculo laboral.**

Finalmente, señala la entidad accionada que el carácter salarial de la bonificación judicial fue definido a través de una negociación colectiva que quedó consignada en el Acuerdo del 6 de noviembre de 2012 y el Acta No.25 de 8 de enero de 2013, y que por ese motivo, no podía ser objeto de modificación.

Al respecto, es del caso precisar, que no es de recibo dicho argumento, pues como se explicó en la parte motiva, las negociaciones colectivas que se llevan a cabo con los sindicatos de empleados públicos tienen un alcance más restringido, que las realizadas por los trabajadores del sector privado; y ello es así, porque en últimas quién debe fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, es el Estado como empleador, pues si bien, debe atender las peticiones o reclamos provenientes de los trabajadores, la decisión al respecto se expedirá de manera unilateral, la cual, en ningún caso-*ni producto de concertación o por imposición-*, habilita al Ejecutivo a expedir normas contraviniendo los objetivos y criterios que el legislador previó como límites a efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores del Estado.

---

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sala de Conjuces. Conjuce Ponente: María Carolina Rodríguez Ruiz. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Expediente No. 41001-23-31-000-2003-01075-01. Actor: José Miller Lugo Barrero. Autoridades Nacionales.

## **2.6. Prescripción**

Como se expuso en la etapa de resolución de excepciones, el estudio de la prescripción dependería del reconocimiento del derecho principal. Así entonces, como se accede a la reliquidación, advierte el Despacho que en materia de derechos laborales de los empleados públicos, a falta de norma expresa, se aplica la prescripción trienal de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del 1848 de 1969, que disponen: "*Las acciones estipuladas en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible*". En virtud de estas normas, la prescripción se interrumpe por un lapso igual con: **i)** el simple reclamo escrito del empleado, **ii)** presentado ante la autoridad competente, e **iii)** identificando el derecho o prestación reclamado.

❖ En el presente caso, se advierte que la solicitud de reliquidación de las prestaciones sociales, fue presentada de manera conjunta por todos los demandantes, el día **29 de noviembre de 2016** (fl.24-26); por lo que se observa que el fenómeno prescriptivo afectó las diferencias de las prestaciones sociales que fueron exigibles con anterioridad al **29 de noviembre de 2013**, salvo en el caso de INGRID KATHERINE OLMOS ZEA, por cuanto esta se vinculó el día 2 de enero de 2014.

❖ Debe precisarse que no ocurre lo mismo, en relación con la **prescripción del auxilio de cesantías**, pues frente a esta prestación, la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó su criterio, señalando que "***mientras subsista el vínculo laboral, pese a que se hagan pagos parciales o se consignen anualmente a la cuenta de ahorro individual en el respectivo fondo administrador, tal liquidación no es definitiva pues solo adquiere este carácter cuando termina la relación laboral es decir, cuando el empleado queda cesante, momento en el cual se efectúa la liquidación definitiva y el pago de la totalidad de la prestación. Por esta razón concluyó que mientras esté vigente el vínculo no existe prescripción al derecho al auxilio de cesantías.***"<sup>9</sup> (Resalta el Despacho).

Pues bien, en el *sub examine* se advierte que a la fecha de presentación de la demanda -25 de mayo de 2017 -fl.23-, los demandantes se encontraban en servicio activo (fl.158); por consiguiente, **no operó la prescripción de dicho derecho reclamado.**

En suma, es del caso señalar que **la prescripción alegada operó de manera parcial**, esto es, en lo que tiene que ver con el reajuste de las prestaciones sociales que fueron exigibles con anterioridad al 29 de

---

<sup>9</sup> Sentencia de fecha veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo, Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016,

noviembre de 2013; sin embargo, no afectó el auxilio de cesantías reconocido a los demandantes.

## **2.7.- De las costas:**

Conforme a lo indicado en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, ante la prosperidad de las pretensiones de la demanda, se requiere fundamentar la imposición de costas. Por lo que el Despacho precisa que están debidamente acreditadas en el expediente con los gastos ordinarios del proceso en que incurrió la demandante (gastos de notificación – fl 46) y adicionalmente, fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que representara sus intereses en el trámite del presente proceso, generándose así las respectivas agencias en derecho.

Conforme a lo indicado en el artículo 5º numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016<sup>10</sup>, en tratándose de un proceso declarativo tramitado en primera instancia y de contenido pecuniario de menor cuantía, ante la observancia de que si bien prosperó la reliquidación pretendida, operó la prescripción respecto de algunas diferencias solicitadas; se fijará como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda<sup>11</sup>, esto es la suma de **doscientos dos mil trescientos cuarenta y un pesos con ochenta y siete centavos m/cte (\$ 202.341,87)**.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR** configurada la excepción de **prescripción**, propuesta por la entidad demandada, conforme a lo expuesto.

**SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional e ilegal, para el caso concreto**, la expresión "*constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*", referida en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 382 de 2013, por lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

**TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD del Oficio No. DS-25-12-4 de 16 de diciembre de 2016**, proferido por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – SUBDIRECCIÓN DE APOYO A LA GESTIÓN SECCIONAL BOYACÁ, por lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

<sup>10</sup>. Aplicable a las demandas interpuestas a partir del 5 de agosto de 2016 – Art. 7. En el presente caso la demanda fue presentada el 25 de mayo de 2017 (fl.23)

<sup>11</sup>. Fl. 22.

**CUARTO:** A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN que **RELIQUIDE** todas las prestaciones sociales devengadas por los señores **SANDRA MILENA SIERRA GONZALEZ, JOSÉ GUILLERMO ULLOA LUENGAS, ANA BEATRIZ ZEA ALONSO, INGRID KATHERINE OLMOS ZEA, NANCY MARGOTH MORENO SÁNCHEZ, YEFERSON MAXIMINO MAYORGA PULIDO, SANDRA YULIET ROJAS CUERVO, LINA ANDREA MENDIVELSO GÓMEZ, SONIA MARITZA SÁNCHEZ SÁNCHEZ y OSCAR ENRIQUE GUÍO TELLEZ**, desde el **1º de enero de 2013 en adelante por el tiempo efectivamente laborado** al servicio de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN **y hasta la finalización de su vínculo laboral**, incluyendo dentro de la base de liquidación, la bonificación judicial creada por el Decreto 382 de 2013.

**QUINTO: CONDENAR** a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a **PAGAR** de los demandantes, así:

- **SANDRA MILENA SIERRA GONZALEZ, JOSÉ GUILLERMO ULLOA LUENGAS, ANA BEATRIZ ZEA ALONSO, NANCY MARGOTH MORENO SÁNCHEZ, YEFERSON MAXIMINO MAYORGA PULIDO, SANDRA YULIET ROJAS CUERVO, LINA ANDREA MENDIVELSO GÓMEZ, SONIA MARITZA SÁNCHEZ SÁNCHEZ y OSCAR ENRIQUE GUÍO TELLEZ** las diferencias resultantes entre las prestaciones sociales devengadas y las que resulten de la reliquidación ordenada, **que se hayan hecho exigibles** desde el **29 de noviembre de 2013 en adelante, por el tiempo efectivamente laborado y hasta la finalización de su vínculo laboral**, en atención a la prescripción trienal de las causadas con anterioridad.
- **INGRID KATHERINE OLMOS ZEA**, las diferencias resultantes entre las prestaciones sociales devengadas y las que resulten de la reliquidación ordenada, **que se hayan hecho exigibles** desde el **2 de enero de 2014 en adelante, por el tiempo efectivamente laborado y hasta la finalización de su vínculo laboral**.

Las diferencias que resulten de la reliquidación del auxilio de cesantías no están afectadas por el término de prescripción, tal como explicó en las motivaciones precedentes.

**SEXTO:** Las anteriores sumas deberán ser indexadas con fundamento en los índices de precios al consumidor certificado por el DANE, de acuerdo a la fórmula adoptada por el Consejo de Estado.

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE - vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia -, por el índice inicial - vigente a la fecha en que debió realizarse el pago -.

**SÉPTIMO:** Las sumas ordenadas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del CPACA.

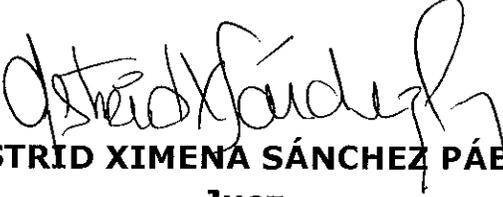
**OCTAVO: CONDENAR** en costas y agencias en derecho a la parte vencida.

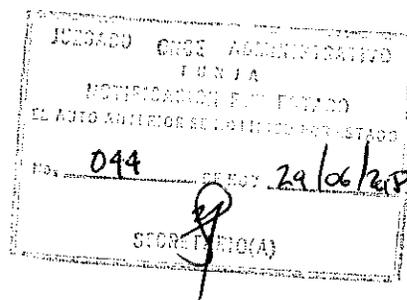
**NOVENO:** En los términos del artículo 5º numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, fíjese como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda, esto es la suma de **doscientos dos mil trescientos cuarenta y un pesos con ochenta y siete centavos m/cte (\$ 202.341,87). Por secretaría, liquídense.**

**DÉCIMO:** En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

**DÉCIMO PRIMERO:** Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema Siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), archívese el expediente dejando las anotaciones y constancias respectivas.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, veintiocho (28) de junio de dos mil dieciocho (2018)

**DEMANDANTE: MUNICIPIO DE TUNJA**  
**DEMANDADOS: EMPRESA PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P. Y OTROS**  
**RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2015 00032 - 00**  
**MEDIO DE CONTROL: REPETICIÓN**

**ASUNTO A RESOLVER:**

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181, inciso final de la Ley 1437 de 2011 -CPACA-, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de la referencia.

**I. ANTECEDENTES:**

**1.1. La demanda y la tesis de la entidad demandante (fl. 2-21 y 300):**

El Municipio de Tunja, a través de apoderado judicial, presentó demanda de repetición, prevista en el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, en contra de la Empresa Proactiva Aguas de Tunja S.A. E.S.P., José Salvatore Gozzo Mangiafico y Carlos Gabriel Mejía Angulo, solicitando que se declare la responsabilidad de los demandados a título de culpa grave, por la condena que le fue impuesta por este Despacho en sentencia del 02 de diciembre de 2010, que fue confirmada por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 20 de noviembre de 2012, dentro del proceso de reparación directa radicado con el No. 2003-03848.

A título de restablecimiento de derecho, reclamó el reconocimiento y pago de la suma de treinta millones novecientos dieciséis mil trescientos cincuenta y seis pesos con setenta y cinco centavos m/cte. (\$30.916.356,75). Adicionalmente, solicita el pago de intereses comerciales desde que se hagan efectivos hasta que se restituyan las sumas canceladas, la indexación de las sumas a reintegrar y que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

Reseñó que la Empresa SERA Q.A. hoy PROACTIVA AGUAS DE TUNJA, al ser la prestadora del servicio de acueducto y alcantarillado del Municipio de Tunja de conformidad con el contrato de concesión No. 132 de 1996, a través del personal que estaba a su cargo, procedió a abrir un hueco al frente de la vivienda de la señora Lida Nereida Cifuentes, ubicada en la diagonal 66ª No. 2ª-02, barrio los Muiscas del Municipio de Tunja, sin realizar las gestiones pertinentes de señalización de peligro, ni rellenarlo, lo cual ocasionó que el día 18 de diciembre de 2001 la referida señora cayera en el hueco y se le generara un "... *imbalance pélvico de aproximadamente 8 mm con escoliosis de convejidad izquierda*" (fl. 15), que le produjo una pérdida de la capacidad laboral de 31.33%, sucesos que generaron la declaratoria de responsabilidad en contra de la precitada Empresa y de la entidad territorial, con una distribución de responsabilidad de 70% y 30%, respectivamente.

Adujo que tiene el derecho y el deber de repetir en forma íntegra contra los aquí demandados, como quiera que **i)** pagó a la señora Lida Nereida Cifuentes Molano, la condena que fue impuesta por este Despacho y que fue confirmada en segunda instancia dentro del proceso de reparación directa radicado con el No. 2003-03848; **ii)** la Empresa Proactiva Aguas de Tunja S.A. E.S.P., José Salvatore Gozzo Mangiafico, en su calidad de gerente de la referida empresa y Carlos Gabriel Mejía Angulo como interventor del contrato de concesión No. 132 de 1996, incurrieron en culpa grave como consecuencia de una infracción directa a la Constitución y a la ley, y de una inexcusable omisión en el ejercicio de sus funciones, esto es, el primero por el incumplimiento de las obligaciones y compromisos consignados en el contrato de concesión No. 132 de 1996, el segundo por la falta de acatamiento de las obligaciones y deberes legales que debía cumplir como gerente y a su vez como representante legal de la empresa, y el tercero por la inobservancia y falta de seguimiento del clausulado contenido en el contrato de consultoría No. 004 de 1999 en relación con el deber que le asistía como interventor, de ejercer control, inspección y vigilancia de las obligaciones que le correspondían a la empresa de servicios públicos.

## **1.2. Contestación y tesis de los demandados:**

**1.2.1. Empresa Proactiva Aguas de Tunja S.A. E.S.P.:** Dentro del término para contestar guardó silencio, pese a estar notificada de la existencia del presente proceso.

**1.2.2. Curador ad-litem del señor José Salvatore Gozzo Mangiafico (fl. 242-244 y 300):** Señaló que se opone a las declaraciones y condenas, al considerar que no existen fundamentos legales ni fácticos para declarar responsable patrimonialmente a quien representa, habida

cuenta que éste no era servidor público, y que como particular, no cumplía funciones públicas para el momento de los hechos, no siendo por tanto, sujeto pasivo de la presente acción de repetición.

Propuso la excepción que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva.

### **1.2.3. Carlos Gabriel Mejía Angulo (fl. 271-290 y 300 vto.):**

Señaló que se opone a las pretensiones de la demanda, por considerar que la entidad territorial no puede pretender la devolución de lo pagado en el proceso de reparación directa, habida cuenta que **i)** no ejerció una adecuada defensa técnica y olvidó demostrar la existencia de una interventoría al contrato de concesión que pudiese demostrar el cumplimiento de sus funciones; **ii)** omitió su deber de velar por el buen estado y uso del espacio público, así como por ser garante de la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios en su jurisdicción y por tanto, no puede alegar en provecho suyo su propia culpa; **iii)** confunde el alcance de la ejecución del contrato de consultoría para realizar interventoría sobre unos contratos de concesión para la prestación de servicios, con la interventoría y/o supervisión connaturales a cada uno de los contratos de obra, prestación de servicios o suministros, que ejecutare cada uno de los concesionarios para desarrollar su actividad; **iv)** no se demuestra cual fue la conducta omisiva y sí por el contrario se acredita el cumplimiento en todo momento de las funciones contractuales asignadas en el contrato de consultoría, e incluso con el deber de advertencia al prestador del servicio de acueducto y alcantarillado respecto del deber objetivo de cuidado en relación con el estado de las cajillas de los usuarios de la ciudad para que adoptara las medidas necesarias; **v)** finalmente, considera que no participó a título de omisión en la causación del daño antijurídico que motivó el pago efectuado por la administración municipal y cuya reparación se persigue en la presente acción.

Planteó como medio exceptivo: falta de legitimación en la causa por pasiva.

### **1.3. Alegatos de conclusión:**

Corrido el traslado para alegar (fl. 364 y s), las partes y el Ministerio Público se pronunciaron en los siguientes términos:

**1.3.1. Entidad demandante (fl. 380-383):** Dentro del término concedido reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Señalando que se encuentra acreditado i) el pago de la condena efectuado por la entidad territorial a la señora Cifuentes Molano, por la suma de \$30.916.356,75, en cumplimiento del fallo proferido en primera y segunda instancia dentro del proceso No. 2003-03848, que declaró solidariamente responsables al Municipio de Tunja y a la Empresa SERA Q.A. E.S.P. S.A. hoy PROACTIVA AGUAS DE TUNJA; ii) que la Empresa debe responder por el valor cancelado por la entidad, como quiera que la condena obedeció a la omisión de la precitada empresa al no tapar un hueco abierto por trabajadores de la misma o instalar señales preventivas pertinentes que advirtieran a la comunidad del peligro, actuación que le es atribuible a título de culpa grave de conformidad con el artículo 6º de la Ley 678 de 2001; iii) la omisión a título de culpa grave en que incurrió el consultor, ingeniero Carlos Gabriel Mejía Angulo en relación con el contrato de interventoría, más exactamente en lo que tiene que ver con la función de controlar, inspeccionar y vigilar el cumplimiento de las obligaciones que le correspondían a la Empresa dentro del contrato de concesión No. 132 de 1996.

**1.3.2. Proactiva Aguas de Tunja (fl. 390-394):** Dentro del término concedido alegó que la pretensión resarcitoria impetrada por el Municipio de Tunja, va dirigida no solo contra personas naturales que a su juicio están llamadas a coadyuvar con el pago efectuado en su momento por la entidad territorial, sino que se dirige contra una persona jurídica (PROACTIVA), la cual no puede ser sujeto de calificación de responsabilidad subjetiva, pues es sabido que las personas jurídicas solo actúan a través de sus representantes legales, por tanto no puede predicarse que de forma dolosa o gravemente culposa, PROACTIVA como entidad de derecho privado, esté llamada a participar dentro del presente medio de control de repetición, pues ésta directamente no puede actuar, sino por intermedio de sus funcionarios y/o contratistas, por lo que considera que no existe legitimación en la causa para actuar en las presentes diligencias.

**1.3.3. Curador ad-litem del señor José Salvatore Gozzo Mangiafico (fl. 374-379):** Presentó sus alegatos señalando que deben denegarse la pretensiones de la demanda, como quiera que **i)** a cada una de las partes del contrato de concesión se le asignaron unas funciones y responsabilidades y éstas no fueron cumplidas por el Municipio de Tunja, encontrándose vigente la condena que le fue impuesta en el proceso de reparación directa, no siendo por tanto admisible que ahora la entidad pretenda con un nuevo proceso trasladar su responsabilidad únicamente a la empresa PROACTIVA cuando la condena fue ordenada de manera solidaria; **ii)** para el momento de los hechos el señor Gozzo Mangiafico si bien fungía como gerente de la empresa en mención, también lo es, que no tenía dentro de sus funciones ejercer la inspección, control y vigilancia

del contrato de concesión, sino que ello era de competencia única y exclusivamente del Municipio de Tunja por medio de una interventoría, tal como se probó en el proceso de reparación directa; **iii)** el ex -gerente ni la empresa están llamados a restituir lo pagado por la entidad, sino los propios funcionarios que intervinieron en el contrato de concesión, incluidos el consultor, el interventor que tenían la función de ejercer inspección, control y vigilancia del citado contrato.

**1.3.4. Carlos Gabriel Mejía Angulo (fl. 384-389):** Reiteró que se presenta falta de legitimación en la causa por pasiva, y aclaró que la interventoría sobre los contratos de concesión no implica que tuviese el alcance de irradiar sus efectos a todos y cada uno de los contratos que los prestadores ejecutaran dentro del giro ordinario de su actividad, por lo que señaló que la entidad confunde la ejecución de un contrato de consultoría para realizar la interventoría sobre unos contratos de concesión para la prestación de los servicios públicos, con la interventoría y/o supervisión connaturales a cada uno de los contratos de obra, prestación de servicios, suministros, que ejecutaren cada uno de los concesionarios para desarrollar su actividad.

Finalmente, indicó que se encuentra demostrado que ejerció en su momento funciones de interventor a cabalidad, pero sobre la marcha de la concesión entregada a PROACTIVA, por lo que considera que las providencias dictadas dentro del trámite de reparación directa No. 2003-03848 no tiene la fuerza probatoria requerida para la procedibilidad de la acción de repetición ya que no se prueba la conducta culposa que se le endilga. Además refirió que tampoco fue vinculado ni llamado en garantía dentro de dicho medio de control.

**1.3.5. Ministerio Público (fl. 368-373):** Dentro del término concedido el Procurador Delegado ante este Despacho emitió concepto en el que indicó que **i)** la responsabilidad que podía atribuírsele a PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P. ya fue determinada en el proceso contencioso administrativo de reparación directa No. 2003-03848, por lo que considera que debe entenderse que dicha empresa ya asumió la responsabilidad que le era imputable en virtud de la ejecución del contrato de concesión de prestación de servicios públicos que lo vinculaba con la administración municipal y por ende no es dable llamarlo en acción de repetición y **ii)** tampoco le asiste responsabilidad al señor JOSÉ SALVATORE GOZZO MANGIAFICO llamado en calidad de gerente de PROACTIVA, ya que se reitera ya se determinó la responsabilidad que le correspondía a la persona jurídica que representaba y además no puede confundirse la condición de representante legal, con la empresa propiamente dicha como si se tratase de una sola persona, por lo que

insiste en que debe reconocerse que ningún vínculo ata a Gozzo Mangiafico con la Administración Municipal.

En relación con el señor CARLOS GABRIEL MEJÍA ANGULO precisó que éste fungió como interventor según contrato de consultoría No. 04 de 1999, cuyo objeto fue la interventoría técnica y administrativa de la ejecución de los contratos de concesión con inversión cofinanciada para la operación, mantenimiento, rehabilitación y expansión de los sistemas de acueducto y alcantarillado de la ciudad de Tunja, y que por tanto se encuentra acreditada la calidad del agente, esto es, un particular que cumplía funciones públicas y la existencia de una condena judicial (proceso RD 2003-03848) que generó a cargo del Estado la obligación de pagar una suma de dinero; no obstante, en cuanto al pago efectivo realizado por el Estado, menciona que no es posible tener por acreditado el mismo en razón a que los documentos aportados fueron expedidos por la entidad demandante sin que obre constancia de recibido o consignación bancaria al beneficiario, y en lo que tiene que ver con la cualificación de la conducta considera que tampoco se prueba tal elemento como quiera que la entidad solo se limitó, con fundamento en el fallo condenatorio, a señalar que el ex-servidor actuó con culpa grave debido a la falta de diligencia y cuidado en que incurrió en las obligaciones a su cargo como interventor, cuando la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que no toda condena patrimonial lleva implícita la intención dolosa o culposa del sujeto que da origen a la misma. Por lo que solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

## II. CONSIDERACIONES:

### 1.- De las excepciones:

#### **1.1.- De la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el curador *ad-litem* de José Salvatore Gozzo Mangiafico y por el demandado Carlos Gabriel Mejía Angulo.**

Al respecto, debe indicarse en primer lugar que el Consejo de Estado ha reiterado que la legitimación en la causa se refiere a la existencia de un "vínculo o conexidad que inevitablemente debe existir entre los sujetos que integran la relación controversial."<sup>1</sup> De igual forma, ha precisado que esta figura procesal se predica en dos modalidades: i) de hecho, que se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y demandado y se estructura con la debida integración del contradictorio después de la notificación del auto admisorio de la demanda y ii) la material que hace referencia a la **participación real y concreta de las**

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda, providencia del 7 de abril de 2016, radicado interno (1720-14).C.P.: William Hernández Gómez.

**partes procesales en el hecho que dio origen a la presentación de la demanda y/o a la titularidad del derecho reclamado, independientemente de que dichas personas hayan demandado o sido demandadas<sup>2</sup>.**" (Negrilla fuera del texto).

Definido lo anterior, y como quiera que en el presente caso la legitimación de hecho ya fue analizada en la audiencia inicial celebrada el 15 de junio de 2017 (fl. 298 vto. y s), es del caso, en este momento procesal analizar si los demandados, es decir, José Salvatore Gozzo Mangiafico y Carlos Gabriel Mejía Angulo se encuentran legitimados materialmente en la causa, tal como pasa a explicarse:

**- JOSÉ SALVATORE GOZZO MANGIAFICO:**

Considera el Curador *ad-litem* que su representado no se encuentra legitimado como quiera que para la época de los hechos no era servidor público, ni particular revestido de funciones públicas o contratista del Municipio de Tunja, por el contrario, precisa que sí cumplió funciones, pero para la Empresa PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P. como gerente, por lo que considera que no es sujeto pasivo de la presente acción de repetición.

Pues bien, al respecto se encuentra probado que el señor JOSÉ SALVATORE GOZZO MANGIAFICO, para el momento de los hechos -18 de diciembre de 2001- ostentaba el cargo de Gerente General con funciones de representante legal de la Empresa SERA Q.A. Tunja E.S.P. S.A. (Hoy PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P.), según se desprende de la certificación No. 20173300108451 del 26 de julio de 2017 (fl. 338 s) y se corrobora con el certificado de existencia y representación legal de fecha 4 de marzo de 2003, en el que se hace constar que según acta No. 22 del 03 de abril de 2001 de la Junta Directiva de la Sociedad SERA Q.A. Tunja E.S.P. S.A., el 1º de junio de 2001 fue nombrado como Representante legal y Gerente General de la Empresa en mención (15 y s<sup>3</sup>).

Luego resulta claro, que al ostentar la calidad de representante legal de la Empresa para el momento de los hechos era su obligación representar a la Sociedad ante toda autoridad del orden administrativo<sup>4</sup>, en este caso, ante el Municipio de Tunja en relación a las obligaciones que fueron contraídas por la Empresa de Servicios Públicos a través del anterior representante legal y en relación con el Contrato de Concesión para los Servicios de Acueducto y Alcantarillado No. 0132 de 1996, por lo que se advierte que

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 02 de octubre de 2017. Radicación número: 20001-23-33-003-2015-00647-01(59991). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>3</sup> Del cuaderno principal del proceso de reparación directa, expediente 150013331011-2003-03848-00, demandante: Lida Nereida Cifuentes Molano, tenido en cuenta como prueba trasladada.

<sup>4</sup> Ver fl. 14, del cuaderno principal del proceso de reparación directa, expediente 150013331011-2003-03848-00, demandante: Lida Nereida Cifuentes Molano, tenido en cuenta como prueba trasladada

se encuentra legitimado por pasiva debido a la condición de Representante legal y Gerente General de la Empresa PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P. que ostentaba ante la entidad territorial para el momento de los hechos -18 de diciembre de 2001-.

Ahora bien en cuanto a sí ostentaba o no la calidad de particular investido de funciones públicas y sí incurrió o no en culpa grave para el momento de los hechos en su calidad de representante legal en razón al Contrato de Concesión suscrito por la Empresa con la entidad territorial, se advierte que tales proposiciones serán analizadas en el caso concreto como presupuestos de la procedencia de la acción de repetición y de acuerdo con lo que resulte probado en el plenario.

**- CARLOS GABRIEL MEJÍA ANGULO:**

Aduce que las providencias dictadas dentro del trámite de reparación directa No. 2003-3848 que motivaron el pago efectuado por el Municipio de Tunja y cuya devolución se persigue, no tienen la fuerza probatoria suficiente para acreditar en su contra, como ingeniero interventor, la supuesta conducta culposa requerida para la procedibilidad de la presente acción de repetición.

Sobre el particular, se encuentra probado que el Municipio de Tunja a fin de ejercer la vigilancia del Contrato de Concesión No. 0132 de 1996, celebró con el ingeniero Carlos Gabriel Mejía Angulo Contrato de Consultoría No. 004 de 1999, cuyo objeto fue "... **prestar sus servicios profesionales para la Interventoría técnica y administrativa de la ejecución de los contratos de concesión con inversión cofinanciada para la operación, mantenimiento, rehabilitación y expansión de los sistemas de acueducto y alcantarillado de la Ciudad de Tunja (...), la cual comprende en forma general las siguientes actividades: la Interventoría en representación del Alcalde Mayor de Tunja, tendrá la obligación de controlar, inspeccionar y vigilar el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden a los concesionarios SERA Q.A. Tunja S.A. E.S.P. y CIUDAD LIMPIA S.A. por la celebración de los respectivos contratos de concesión, así como por el cumplimiento oportuno de las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1.994, (...)**" (fl. 126 s y 22 s anexo 1).

Así las cosas, en principio, existe una relación contractual entre el demandado y la entidad territorial en razón a la obligación de controlar, inspeccionar y vigilar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por la Empresa con relación al citado Contrato de Concesión y a través del cual la Empresa se comprometió a llevar a cabo la operación, mantenimiento, prestación y comercialización de los servicios de acueducto y alcantarillado

de la Ciudad de Tunja; por consiguiente, se observa que se encuentra legitimado por pasiva habida cuenta que está dentro de sus funciones ejercer en representación del Municipio de Tunja la interventoría técnica y administrativa del precitado Contrato de Concesión.

Ahora en lo que respecta a sí incurrió o no en culpa grave en su calidad consultor-interventor, se advierte que tal postulado será analizado en el caso concreto como uno de los presupuestos de la procedencia de la acción de repetición y de acuerdo con lo que resulte probado en el plenario.

## **2.- PROBLEMA JURÍDICO:**

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial del 15 de junio de 2017 (fl. 301), corresponde al Despacho determinar si el pago que dice la entidad demandante efectuó a la señora Lida Nereida Cifuentes Molano, en virtud de la condena impuesta solidariamente al Municipio de Tunja en sentencia del 02 de diciembre de 2010 proferida por este Despacho y confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante providencia del 20 de noviembre de 2012, resulta atribuible a un actuar gravemente culposo de los demandados, a saber la EMPRESA PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P., JOSÉ SALVATORE GOZZO MANGIAFICO como Gerente de la empresa para la época de los hechos y CARLOS GABRIEL MEJÍA ANGULO en su calidad de interventor del contrato de consultoría suscrito, en razón a los contratos de concesión de acueducto, alcantarillado y aseo celebrados por el Municipio de Tunja. Consecuente con lo anterior, deberá determinarse si es procedente acceder a la pretensión de pago formulada por el Municipio de Tunja en la demanda.

A efectos de resolver el anterior problema jurídico, el Despacho procederá a analizar los siguientes aspectos, en su orden: **i)** marco constitucional y legal de la acción de repetición, **ii)** de los requisitos para la prosperidad de las pretensiones en acción de repetición, y **iii)** análisis del caso concreto.

## **3.- MARCO JURÍDICO:**

### **3.1.- Fundamento Constitucional y legal de la acción de repetición.**

De conformidad con las previsiones constitucionales contenidas en el Art. 90 Superior, la acción de repetición fue consagrada constitucionalmente como un deber atribuido a los entes estatales al disponer que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, previendo que, en el supuesto de que se imponga una condena al Estado

como consecuencia de la reparación patrimonial de un daño que haya sido causado por cuenta de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, el Estado deberá repetir contra éste<sup>5</sup>.

Dicho planteamiento constitucional fue desarrollado por la Ley 678 de 2001, **por la cual se reglamentó la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, indicando que esta acción está encaminada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública**, constituyendo un deber de las entidades públicas promover la acción de repetición cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes.

La Ley 678 de 2001, reguló el tema de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, a través de la acción de repetición y del llamamiento en garantía y finalmente la Ley 1437 de 2011, contempló en su artículo 142 el medio de control de repetición en los siguientes términos:

**"ARTÍCULO 142. Repetición.** Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.

*La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.*

*Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño."*

Si bien lo anterior permite afirmar, que en lo que concierne al trámite procesal, es preciso aplicar la normatividad contenida en el C.P.A.C.A., dado el efecto inmediato de las disposiciones procesales, es preciso decantar cuál es la normatividad aplicable en el aspecto sustancial. Al respecto, el Consejo de Estado, ha precisado que *"...las normas aplicables para dilucidar si el demandado actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo en que tuvo lugar la conducta del agente estatal..."*,

---

<sup>5</sup> ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.  
En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

posición que se aviene con el principio de legalidad contenido en el Artículo 29 Superior, el cual establece que **"...Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio..."**.

Atendiendo entonces a la precisión previamente citada, es claro entonces que el análisis de la responsabilidad del agente público debe efectuarse atendiendo a los parámetros establecidos en la Ley 678 de 2001, pues dicha norma reglamentó lo concerniente a la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición, normativa expedida el 03 de agosto de 2001, esto es, con anterioridad a la materialización de la conducta que se le endilga a la Empresa PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P., José Salvatore Gozzo Mangiafico y Carlos Gabriel Mejía Angulo, pues era la norma vigente para la época en que ocurrió el accidente padecido por la señora Lida Nereida Cifuentes Molano que tuvo lugar el 18 de diciembre de 2001 al caer en un hueco frente a su vivienda.

### **3.2.- De la naturaleza de la acción de repetición.**

El artículo 2º de la Ley 678 de 2001 define la acción de repetición como una acción civil de carácter patrimonial que debe ser ejercida en contra del servidor o ex-servidor público que a consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere dado lugar a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado en virtud de una sentencia condenatoria, una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.

Para la Corte Constitucional, la acción de repetición tiene carácter indemnizatorio y a través de ella el Estado pretende el reintegro de los dineros cancelados a título de indemnización a favor de un particular y en virtud de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto<sup>6</sup>. En el mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en señalar que según las voces del precitado artículo 2º de

<sup>6</sup> Sobre la naturaleza de la acción, la citada Corporación expuso "...Como puede observarse, esta acción tiene un carácter claramente indemnizatorio. La Corte Constitucional sostuvo en relación con los elementos y la finalidad de la misma: "De acuerdo con lo anterior, la acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado. "Para que la entidad pública pueda repetir contra el funcionario o ex funcionario, es necesario que concurren los siguientes requisitos: (i) que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos (sic) causados a un particular; (ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público. (iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia. "Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política. "Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública." Sentencia C-832 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil..." C. Constitucional. M.P. Jaime Araujo Rentarías. Sent. C-778/03 del 11 de septiembre de 2003. Exp. D-4477.

la Ley 678 de 2001, "...la de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto..."<sup>7</sup>, acción que de conformidad con el mismo mandato, puede ejercitarse contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

Han sido entonces consecuentes las Altas Corporaciones en precisar que la acción de repetición, tiene por finalidad garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella<sup>8</sup> y que en tal virtud, al tenor de lo previsto por la citada Ley 678 de 2001, **la prosperidad de la acción de repetición está sujeta a que se acrediten los siguientes requisitos**<sup>9</sup>: **i)** la existencia de condena judicial, acuerdo conciliatorio, transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que imponga una obligación de pagar una suma de dinero a cargo de la entidad estatal correspondiente; **ii)** el pago efectivo realizado por la entidad pública; **iii)** la calidad del demandado como agente o ex agente del Estado o particular en ejercicio de funciones públicas; **iv)** la cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa; y **v)** que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.

Luego, la no acreditación de los tres primeros requisitos, esto es la imposición de una obligación a cargo de la entidad pública demandante, el pago real o efectivo de la indemnización respectiva por parte de esa entidad y la calidad del demandado, tornan improcedente la acción y relevan del análisis de la responsabilidad que se imputa.

#### **4.- CASO CONCRETO:**

De acuerdo con el material probatorio arrojado al proceso y los lineamientos dados por la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>10</sup>, referida a que la Administración, por ostentar la calidad de parte demandante

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Dr. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755). Actor: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Demandado: Jhon Jairo Parra Rentería. Referencia: Acción de Repetición (Consulta de Sentencia).

<sup>8</sup> Normas que consonantes con los artículos 6, 90, 95, 121, 122 y 124 de la Constitución Política; los artículos 63 y 2341 del Código Civil; los artículos 65 a 70 de la Ley 270 de 1996; el artículo 54 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 31 y 44 numeral 9, 40 y 42 de la Ley 446 de 1998.

<sup>9</sup> Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 27 de noviembre de 2006, expediente: 22099; 6 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 3 de octubre de 2007, expediente: 24844; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 13 de mayo de 2009, expediente: 25694; 28 de abril de 2011, expediente: 33407; y 26 de febrero de 2014, expediente: 48384.

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sent. 04-12-2006. Rad. 110010326000199900781-01 (16887). M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

tiene la carga de acreditar oportuna y debidamente los hechos en que se funda la demanda, es preciso establecer si se encuentran reunidos los presupuestos que permitan deprecar la responsabilidad del agente del Estado, así:

#### **4.1.- Existencia de una obligación impuesta al Estado para reparar un daño antijurídico:**

Según lo ha decantado la jurisprudencia del Consejo de Estado, *"...El primer presupuesto para que haya lugar a la procedencia de este medio de control consiste en que el Estado se haya visto compelido a la reparación de un daño antijurídico, por virtud de un fallo condenatorio, de una conciliación debidamente aprobada en sede judicial o haya dado reconocimiento indemnizatorio por virtud de otra forma de terminación de un conflicto, tal y como prevé el artículo 2º de la Ley 678 de 2001..."<sup>11</sup>.*

En este caso, se encuentra debidamente acreditado que el Municipio de Tunja fue condenado solidariamente en un 30% por este Despacho en primera instancia mediante sentencia del 02 de diciembre de 2010, a pagar a la señora Lida Nereida Cifuentes Molano perjuicios morales y materiales por el daño causado; decisión que fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante providencia del 20 de noviembre de 2012 (fl. 32 y 48).

En efecto, en el plenario obra copia de las sentencias de primera y segunda instancia (fl. 22-31 y 33-48) y del expediente de reparación directa radicado con el No. 2003-03848-00 donde se advierte que el fallo proferido por el *ad quem* que confirmó la condena impuesta fue notificado por edicto que fue desfijado el 24 de enero de 2013 (fl. 51).

Así, la obligación previamente citada, fue impuesta a través de una sentencia judicial que ordenó al ente territorial hoy demandante, indemnizar en un 30% el daño que se causó a la señora LIDA NEREIDA CIFUENTES MOLANO como consecuencia de haberse caído en un hueco frente a su vivienda, el 18 de diciembre de 2001, el cual fue realizado por la Empresa SERA Q.A. (hoy PROACTIVA AGUAS DE TUNJA), sin ninguna señalización, lo que le produjo una pérdida de la capacidad laboral de un 31.33%. Lo anterior, evidencia el cumplimiento de la primera de las exigencias para la prosperidad del medio de control, pues está suficientemente demostrado que al Municipio de Tunja, a través de una sentencia judicial ejecutoriada se le impuso una obligación, tendiente a reparar un daño antijurídico sufrido por la señora Cifuentes Molano.

#### **4.2. Pago efectivo de la condena judicial:**

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755).

En lo que concierne al pago efectivo de la condena, se advierte en el expediente los siguientes documentos:

- Copia del certificado de disponibilidad presupuestal No. CD 20141013 del 02 de mayo de 2014, por concepto de pago de condena impuesta dentro de la acción de reparación directa No. 2003-03848 a favor de la señora Lida Nereida Cifuentes Molano y por la suma de treinta millones novecientos dieciséis mil trescientos cincuenta y seis pesos con setenta y cinco centavos m/cte. (\$30.916.356,75) (fl. 52).
- Copia de la orden de pago No. SC1 20140004 del 07 de mayo de 2014, a nombre del abogado Carlos Humberto Ayala Cifuentes en representación de la señora Lida Nereida Cifuentes Molano y por valor de treinta millones novecientos dieciséis mil trescientos cincuenta y seis pesos con setenta y cinco centavos m/cte. (\$30.916.356,75) (fl. 319).
- Copia del comprobante de egreso No. EG 20142534 del 14 de mayo de 2014, por valor de treinta millones novecientos dieciséis mil trescientos cincuenta y seis pesos con setenta y cinco centavos m/cte. (\$30.916.356,75), girados a nombre del abogado Carlos Humberto Ayala Cifuentes en representación de la señora Lida Nereida Cifuentes Molano (fl. 53 y 318).
- Certificación bancaria del Banco Popular del 16 de mayo de 2014, correspondiente a la cuenta de ahorros No. 210-25033517-1 cuyo titular es el señor Carlos Humberto Ayala Cifuentes (fl. 321 y 348).
- Copia de la consignación No. 30743802 efectuada el 21 de mayo de 2014, desde el Banco de Occidente a la cuenta de ahorros del Banco Popular No. 210-25033517-1 cuyo titular es el señor Carlos Humberto Ayala Cifuentes por la suma de treinta millones novecientos dieciséis mil trescientos cincuenta y seis pesos con setenta y cinco centavos m/cte. (\$30.916.356,75) (fl. 323 y 349).

Revisada la prueba documental obrante en el expediente, se pudo verificar que el Municipio de Tunja no sólo adelantó los trámites respectivos para pagar la condena impuesta, sino que efectivamente la pagó a la señora Lida Nereida Cifuentes Molano a través de su apoderado judicial, pues contrario a lo afirmado por el Delegado del Ministerio Público, si obra en el expediente tal como se reseñó en precedencia, copia de la consignación bancaria efectuada a la beneficiaria a través de su apoderado judicial; luego, se advierte que de esta manera se satisface la segunda exigencia a que alude la jurisprudencia<sup>12</sup>, para la procedencia de la condena en repeticón.

---

<sup>12</sup> "La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada. La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo de la suma dineraria que le fue impuesta por condena judicial o en la conciliación, a través de prueba que generalmente es documental, constituida por el acto en el cual se reconoce y ordena el pago a favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por

#### **4.3.- De la calidad de los demandados como agentes o ex agentes del Estado o particulares en ejercicio de funciones públicas:**

Como se señaló, para efectos de adelantar el juicio de responsabilidad, es preciso identificar, la calidad del agente, esto es, si para el momento en que se realizó la conducta, ostentaba la condición de servidor público o si se trataba de un particular en ejercicio de funciones públicas.

Así las cosas, se analizará la calidad de cada uno de los demandados, a saber:

##### **- LA EMPRESA SERA Q.A. TUNJA E.S.P. S.A.<sup>13</sup> (hoy PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P.).**

PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P. adujo en sus alegatos que la pretensión resarcitoria impetrada por el Municipio de Tunja, en contra de la Empresa como persona jurídica no puede prosperar, en razón a que dicho ente no puede ser sujeto de calificación de responsabilidad subjetiva, ya que las personas jurídicas solo actúan a través de sus representantes legales, por tanto no puede predicarse que PROACTIVA como entidad de derecho privado actuó de forma dolosa o gravemente culposa, por lo que no está llamada a participar dentro del presente medio de control de repetición.

Al respecto se advierte que la Empresa en mención es una persona jurídica de derecho privado constituida mediante escritura pública y registrada con matrícula mercantil ante la Cámara de Comercio de Tunja (fl. 312 s), que a través de su representante legal celebró Contrato de Concesión para los Servicios de Acueducto y Alcantarillado No. 0132 del 03 de octubre de 1996, con el Municipio de Tunja adquiriendo por tanto la calidad de contratista en todo lo concerniente a la celebración y ejecución del contrato en mención.

No obstante lo anterior, no es factible que la persona jurídica "Empresa PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P." propiamente dicha, sea considerada sujeto del medio de control de repetición como quiera que esta fue establecido como **"una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público (...) o particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial"** (artículo 2º de la Ley 678 de 2001) (Negrilla fuera del texto), esto es, ha de ejercerse en contra de una persona natural que pueda ser objeto de responsabilidad subjetiva.

---

*el beneficiario."* (Sentencia del 18 de abril de 2016, radicado interno No. 40694 C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.)  
<sup>13</sup> Se advierte del certificado de existencia y representación legal que la Empresa SERA Q.A. Tunja E.S.P. S.A. cambio su nombre por el de PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P. (fl. 312).

Luego para el caso que nos ocupa, debido a su condición de persona moral o *"persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente"* (artículo 633 del Código Civil), carente de voluntad propia, no es posible considerarla un particular revestido de funciones públicas ni tampoco es factible adelantar en su contra un juicio de responsabilidad subjetiva bajo la modalidad de dolo o culpa grave, como quiera tal como lo reseñó el tratadista Javier Tamayo Jaramillo<sup>14</sup> ***"la persona natural obra por sí y en razón de sí misma; goza no solo de entendimiento y voluntad, sino también de los medios u órganos físicos para ejecutar sus decisiones. La persona moral, no; su personalidad no decide ni actúa por sí misma, sino a través del vehículo forzoso de sus agentes sin los cuales no pasaría de ser una abstracción. Por eso se ha dicho que su voluntad es la voluntad de sus agentes. Entonces, sin la coexistencia de la entidad creada y de sus agentes, a través de la "incorporación" de estos en aquella -apelando a un vocablo en uso- constituye un todo indivisible, que no admite tal discriminación."*** (Negrilla fuera del texto).

En consecuencia, se itera que no es dable predicar de la Empresa de Servicios Públicos actuaciones de dolo o culpa grave por ser una persona ficticia carente de voluntad que no actúa por sí misma sino por intermedio de un agente, por lo que resulta claro que solo pueden ser llamados en sede de repetición sus agentes como personas naturales que según el caso, adquieran la calidad de particulares investidos de funciones públicas debido a la relación contractual adquirida con una entidad pública.

Adicionalmente, cabe traer a colación que la responsabilidad de la Empresa SERA Q.A. Tunja E.S.P. S.A. (hoy PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P.) en los hechos que dieron lugar a la condena impuesta al Municipio de Tunja, fue objeto de análisis en la acción de reparación directa No. 2003-03848, donde también fue condenada en un 70% del valor total de la condena a reparar el daño antijurídico causado a la señora Lida Nereida Cifuentes Molano. Luego se observa que existe ya un pronunciamiento judicial en firme donde se analizó la responsabilidad extracontractual de la Empresa a título de falla del servicio y por el cual fue condenada patrimonialmente y solidariamente en un porcentaje independiente al del Municipio de Tunja.

Así las cosas, como quiera que no es posible predicar de la Empresa SERA Q.A. Tunja E.S.P. S.A. (hoy PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P.) su calidad de particular en ejercicio de funciones públicas, debido a su condición de persona jurídica carente de voluntad propia, ni tampoco

---

<sup>14</sup> Javier Tamayo Jaramillo. *Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I. Séptima Reimpresión, septiembre de 2015. Editorial Legis Editores S.A. Pág. 796 a 797. (...) al citar la Sentencia del 30 de junio de 1962 de la Corte Suprema de Justicia*

resulta procedente abordar el estudio del último elemento para la procedencia de la acción de repetición concerniente al análisis de la conducta gravemente culposa que le endilga la entidad territorial, es del caso, denegar las pretensiones de la demanda en contra de la empresa **PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P.** debido a su naturaleza de persona jurídica.

**- JOSÉ SALVATORE GOZZO MANGIAFICO.**

El curador *ad-litem* del demandado GOZZO MANGIAFICO alegó que no existen fundamentos legales ni facticos para declarar responsable patrimonialmente a quien representa, habida cuenta que éste no era servidor público, y que como particular, no cumplía funciones públicas para el momento de los hechos, no siendo por tanto, sujeto pasivo de la presente acción de repetición.

Pues bien, al respecto se observa que contrario a lo afirmado por la defensa oficiosa del demandado se tiene probado que el señor JOSÉ SALVATORE GOZZO MANGIAFICO, para el momento de los hechos -18 de diciembre de 2001- ostentaba el cargo de Gerente General con funciones de representante legal de SERA Q.A. Tunja E.S.P. S.A. (Hoy PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P.) (fl. 338 s); luego se acredita la calidad de particular investido de funciones públicas que ostentaba el demandado al momento de los hechos debido a la relación contractual previamente adquirida por la Empresa con la entidad territorial como contratista en razón al Contrato de Concesión para los Servicios de Acueducto y Alcantarillado No. 0132 de 1996 y a su condición de Gerente General y representante legal de la Empresa, que según se desprende del certificado de existencia y representación legal tenía a su cargo las siguientes atribuciones: **"...OSTENTARA LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD (...) EL GERENTE GENERAL EJERCERÁ TODAS LAS FUNCIONES PROPIAS DE LA NATURALEZA DE SU CARGO, Y EN ESPECIAL LAS SIGUIENTES: 1. REPRESENTAR A LA SOCIEDAD ANTE LOS ACCIONISTAS, ANTE TERCEROS Y ANTE TODA CLASE DE AUTORIDADES DEL ORDEN ADMINISTRATIVO Y JURISDICCIONAL."** (fl. 49<sup>15</sup>), por lo que se encuentra claro que era para el momento de los hechos el llamado a representar a la Empresa en relación al citado contrato y da cuenta de ello, el sin número de oficios que le fueron remitidos por el ingeniero interventor Carlos Gabriel Mejía Angulo relacionados con el citado contrato (fl. 38-65, 77-81, 84, 86-88, 104-110, 116-121, 148, 151, 153-159, 161 y 164-167 anexo 1).

**- CARLOS GABRIEL MEJÍA ANGULO.**

<sup>15</sup> Del cuaderno principal del proceso de reparación directa, expediente 150013331011-2003-03848-00, demandante: Lida Nereida Cifuentes Molano, tenido en cuenta como prueba trasladada.

Se encuentra acreditado que el demandado CARLOS GABRIEL MEJÍA ANGULO, en atención al Contrato de Consultoría No. 004 de 1999 se desempeñó como interventor de los contratos de concesión de acueducto, alcantarillado y aseo celebrados por el Municipio de Tunja Nos. 033 y 132 de 1996 (fl. 126 s), y que para el momento de los hechos -18 de diciembre de 2001- ostentaba dicho cargo, según se desprende de los informes trimestrales como de los memoriales suscritos en su calidad de interventor para los años 2000, 2001, 2002 y 2003 correspondientes al contrato de consultoría previamente citado (fl. 66 s y 178 s anexo 1), así como de la certificación suscrita por el Secretario de Servicios Públicos y de Medio Ambiente del Municipio de Tunja de fecha 28 de diciembre de 2011 en la que hizo constar que el ingeniero MEJÍA ÁNGULO ejerció la interventoría técnica y administrativa del Contrato de Concesión No. 132 de 1996 y que a la fecha de dicha certificación aún se encontraba ejecutando el referido contrato de consultoría (fl. 34 anexo 1); documentos que acreditan la calidad de particular investido de funciones públicas que ostentaba el demandado al momento de los hechos debido a la relación contractual previamente adquirida con la entidad territorial como interventor en razón al Contrato de Consultoría No. 004 de 1999.

#### **4.4.- Calificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado:**

Además de los tres presupuestos analizados en precedencia, resulta de vital importancia examinar si la conducta desplegada por los demandados **JOSÉ SALVATORE GOZZO MANGIAFICO** y **CARLOS GABRIEL MEJÍA ANGULO** como contratistas y por ende como particulares investidos temporalmente de funciones públicas es imputable a **título de culpa grave**, y si en efecto, estos ocasionaron el daño que dio lugar al pago de una condena judicial. No obstante, se itera que no se abordará la calificación de la conducta de la Empresa SERA Q.A. Tunja E.S.P. S.A. (hoy PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P.) en vista de que debido a su condición de persona jurídica no puede ostentar la calidad de agente o particular en ejercicio de funciones públicas, atributo que se insiste, solo se predica de las personas naturales, esto es, de sus agentes.

Así entonces, es del caso establecer si se encuentra presente **el elemento subjetivo que permite imputar responsabilidad al demandado**, esto es, si la actuación de los agentes que originó la condena contra el Estado, es imputable a título de culpa grave.

Por consiguiente, como se decantó en páginas anteriores, el análisis de la conducta del agente, debe efectuarse atendiendo a los parámetros fijados por la norma legal vigente al momento de la realización de la conducta, situación que ha sido depurada por la jurisprudencia del Consejo de

Estado, que frente a estas situaciones ha sido enfático en precisar que **"...las normas sustanciales aplicables para dilucidar si el llamado actuó con culpa grave o dolo, serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público ..."**,<sup>16</sup> que en este caso, serían las vigentes para la época en que ocurrió el accidente padecido por la señora LIDA NEREIDA CIFUENTES MOLANO que tuvo lugar el 18 de diciembre de 2001, al caer en un hueco que había frente a su vivienda y que fue realizado por los trabajadores de la Empresa PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P. en razón al Contrato de Concesión No. 0132 de 1996, y cuya interventoría era ejercida por el ingeniero Carlos Gabriel Mejía Angulo, según se desprende del Contrato de Consultoría No. 004 de 1999.

Pues bien, se observa que el artículo 6º de la referida ley, prevé que la conducta del agente del Estado es **gravemente culposa** **"...cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones..."**. Acorde con lo señalado por la disposición, se presume que la conducta es gravemente culposa en los siguientes eventos:

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

Según el artículo 63 del Código Civil, la culpa grave se denomina como aquella negligencia grave o culpa lata, *"(...) que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios"*<sup>17</sup>.

La Corte Constitucional<sup>18</sup> al analizar los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001, explicó que las presunciones legales tienen como finalidad proteger la moralidad y el patrimonio público, razón por la cual, fueron establecidas como mecanismos procesales tendientes a hacer efectiva la acción de repetición consagrada en el artículo 90 Superior, en contra de los

<sup>16</sup> *Ibidem.*

<sup>17</sup> *Ver Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera de fecha 27 de noviembre de 2006. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01875-01(31975). C.P. Ramiro Saavedra Becerra*

<sup>18</sup> *Corte Constitucional, sentencia C 374 de 2002.*

servidores públicos que con sus acciones u omisiones han dado lugar a condenas de reparación integral en contra del Estado.

Según lo ha decantado la jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en estos eventos, la Administración en su condición de demandante tiene la carga de probar únicamente los supuestos a los que aluden las normas, pues "...se trata de "presunciones legales"<sup>19</sup> (*iuris tantum*) y no de "derecho" (*iuris et de iure*), esto es, de aquellas que admiten prueba en contrario, como lo dispone el artículo 66 del Código Civil y que por lo mismo, de "esta forma se garantiza el derecho de defensa de la persona contra quien opera la presunción"...<sup>20</sup>.

De esta forma se garantiza el derecho fundamental al debido proceso del demandado, pues el agente o ex - agente estatal queda habilitado para presentar prueba en contrario que lo libere de responsabilidad<sup>21</sup>. En otras palabras, por tratarse de una presunción legal, esto es, que admite prueba en contrario, la parte demandada tiene abierta la posibilidad para oponerse y acreditar, en esta sede judicial, o bien la inexistencia del hecho que se presume, o de las circunstancias en que se configuró el hecho para justificar su actuación y liberarse de responsabilidad.

Frente al tema de **las presunciones en materia de repetición**, el Consejo de Estado realizó un análisis en torno a su alcance, puntualizando, entre otros, los siguientes aspectos:

**"(...) No obstante, en relación con las mismas causales de presunción de dolo o culpa grave también es oportuno anotar que, estricto sensu, no establecen hechos indicadores o inferencias con base en las cuales se deduzca un hecho desconocido, sino que directamente consagran una serie de casos que configuran el dolo o la culpa grave. Y es que si bien, por lo regular, la ley señala y establece con claridad la presunción, no siempre existe ésta como tal por la sola razón de que emplee las expresiones "se presume", "se reputa", "se considera", "se colige", "se entenderá" u otras similares, toda vez que el legislador también suele disponer, estatuir, prescribir o definir situaciones o instituciones usando frases de ese estilo."<sup>22</sup>**

<sup>19</sup> El profesor Betancur Jaramillo cuestiona el nomen iuris adoptado por el legislador de 2001, y afirma que "vistas las definiciones y los eventos que los ponen de presente, habrá de concluir que lo que quiso el legislador fue señalar o calificar unos hechos como dolosos en su artículo 5 y otros, como equivalente a culpa grave, en el siguiente. En otras palabras, cuando la primera norma enuncia cinco hechos (...) no lo hace a título de antecedentes para que de él se infiera o presuma el dolo, sino que está dando a entender que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciados y probados no es que se presuma el dolo, sino que existe éste (...) Corrobora la idea de que el artículo 5º no establece presunciones sino que enuncia casos de dolo, la definición misma que sobre este hace en su inciso 1º, al señalar que el agente actúa con dolo cuando el agente quiere la realización de un hecho ajeno a la finalidad del servicio del Estado" BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Medellín, Señá Editora, 2013, p. 124 y 125.

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Óp. Cit. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755). Ver también providencia de la Sección Tercera Subsección C del 27 de agosto de 2015. Radicación: 110010326000201300108 00 (48016). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia C 374 de 2002.

<sup>22</sup> ROCHA, Alvira, Antonio, Op. cit., Pág. 574.

**Por eso, llama la atención a la Sala que los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 más que estatuir presunciones lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos. En efecto, un análisis de las conductas contempladas en las causales establecidas como tales en dichas disposiciones permite llegar a esa conclusión, pues no describen un antecedente a partir del cual se infiera o se presuma el dolo o la culpa grave, sino que están definiendo que cuando ocurra cualquiera de los hechos en las mismas enunciados no es que se presuma el dolo o la culpa grave, sino que existen éstos comportamientos o conductas calificadas<sup>23</sup>, a menos que se entienda que se trata de hechos objetivos de los cuales se deduce un hecho subjetivo relacionado con la culpabilidad del agente.<sup>24</sup>**

*Obsérvese, por ejemplo, que si el agente actuó con desviación de poder no es que se presuma el dolo, sino que esa conducta fue dolosa, máxime cuando la definición que sobre éste hace el inciso primero del artículo 5 de la Ley 678 de 2001 se refiere a que el agente actúa con dolo cuando quiere la realización de un hecho ajeno a la finalidad del servicio del Estado, la cual coincide en líneas generales con la noción de desviación de poder que consiste en el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto o ajeno del que la ley quería al otorgarla; por tanto, en este evento, probados los supuestos de la desviación de poder (carga de la prueba de la entidad pública) resultará probado el dolo en forma directa y no por simple deducción o inferencia, claro está que admite prueba en contrario (carga del agente público demandado), en aras de garantizar su derecho a la defensa”.*

En conclusión, los supuestos contenidos en los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001, lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos, sin que se describa un antecedente a partir del cual se infiera o se presuma el dolo o la culpa grave, pues lo que se define es que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciados se presume que el proceder del agente fue doloso o

<sup>23</sup> En este sentido sobre este asunto Cfr. BETANCUR, Jaramillo, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Señal Editora, Medellín, Séptima Edición, 2009, Págs. 85 y 86. “Ahora la ley no sólo los define, sino que enuncia en sus arts. 5 y 6 unas mal llamadas ‘presunciones’ más a título de ejemplo que de inferencia. Por eso, vistas las definiciones y los eventos que los ponen de presente, habrá que concluir que lo quiso el legislador fue señalar o calificar unos hechos como dolosos en su art. 5 y otros, como equivalente a culpa grave, en el siguiente./ En otras palabras, cuando la primera norma enuncia 5 hechos (...) no lo hace a título de antecedente para que de él se infiera o se presuma el dolo, sino que está dando a entender que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciados no es que se presuma el dolo, sino que existe éste. (...) Igual reflexión cabe hacer con la culpa grave desarrollada en el art. 6. Los cuatro numerales que trae la norma, luego de la definición, son típicos casos de esa culpa grave y no presunciones de la misma (...) sin necesidad de inferencia alguna./ La ley así, como con el dolo, hace de la culpa grave un tipo legal y las conductas que puedan subsumirse en dicho tipo son constitutivas de culpa grave o dolo y no meras inferencias que se deduzcan de hechos conocidos como los enunciados en los antecitados artículos.”

<sup>24</sup> Empero, repárese que, incluso, la Corte Constitucional en sentencia C-778 de 11 de septiembre de 2003, encontró algunas incongruencias en el señalamiento de las causales, así: “i) La incompetencia del agente estatal es la conducta que puede considerarse como la más grave, de las varias indicadas, y a pesar de ello da lugar a presunción de culpa grave (Art. 6º. Num. 2) y no de dolo./ ii) La expedición de una resolución, auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial genera presunción de dolo (Art. 5º, Num. 5), y la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho origina presunción de culpa grave (Art. 6º, Num. 1)./Se observa que objetivamente se trata de unas mismas conductas, que por el aspecto subjetivo reciben una doble calificación jurídica, en forma contradictoria./ No obstante, estas incongruencias no son relevantes, ya que, tanto en el caso de que el comportamiento se subsuma en la presunción de dolo como en el caso en que el mismo se encuadre en la presunción de culpa grave, los efectos jurídicos son iguales, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 90 superior y el Art. 2º de la Ley 678 de 2001 en relación con la acción de repetición.”

gravemente culposo; presunción que, como ya se dijo, admite prueba en contrario y puede ser desvirtuada con la presentación de pruebas que deben ser valoradas independientemente en sede de repetición por el fallador. De tal manera, que *"su previsión legal no constituye una imputación automática de culpabilidad en cabeza del agente contra el cual se dirige la acción de repetición, ya que si este puede aducir medios de convicción en contrario, ello supone que para efectos de la acción de repetición el juez -en estos casos- está autorizado a realizar una nueva evaluación de la conducta del agente."*<sup>25</sup>

Finalmente, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>26</sup> ha reiterado que la responsabilidad personal del agente en procesos de repetición solo puede predicarse en la medida en que se acredite, al considerar que *"... el criterio que tiene el juez contencioso administrativo en el fallo de responsabilidad patrimonial del Estado no ata al juez de la repetición"*<sup>27</sup>, ya que en esta sede judicial puede hacer una valoración y calificación distinta, en la medida en que ya no se ocupa de evaluar la responsabilidad del Estado sino la conducta del agente."

En este caso, de acuerdo a los planteamientos de la parte demandante, se imputa responsabilidad a los demandados señores **JOSÉ SALVATORE GOZZO MANGIAFICO** y **CARLOS GABRIEL MEJÍA ANGULO** por la caída que sufrió la señora Lida Nereida Cifuentes Molano en un hueco que fue abierto al frente de su vivienda por el personal de la Empresa SERA Q.A. Tunja E.S.P. S.A. (hoy PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P.) siendo el señor Gozzo Mangiafico el Gerente General, sumado a que representaba a la Sociedad en el Contrato de Concesión para los Servicios de Acueducto y Alcantarillado No. 0132 de 1996 previamente celebrado y para el cual fue nombrado como interventor el ingeniero Mejía Angulo, sin haberse rellenado e instalado las respectivas señales de precaución necesarias para evitar la ocurrencia del daño que fue objeto la referida señora el día 18 de diciembre de 2001 y que le produjo una pérdida de su capacidad laboral de un 31.33%; presupuestos que se encuentran probados documentalmente (ver fl. 55 s, 18 s<sup>28</sup> y 195<sup>29</sup>).

Explicado lo anterior, es del caso entrar a analizar los presupuestos que configuran la conducta gravemente culposa en el caso concreto, así:

### **I.- Presupuestos para la configuración de culpa grave en el caso concreto:**

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Óp. Cit. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755).

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sección tercera. Subsección B. sentencia del 08 de julio de 2016. Radicación número: 25000-23-26-000-2008-10548-01(42419). C.P.: Ramiro Pazos Guerrero

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, rad. 41001233100019980000101 (29.222), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>28</sup> Del cuaderno principal del proceso de reparación directa, expediente 150013331011-2003-03848-00, demandante: Lida Nereida Cifuentes Molano, tenido en cuenta como prueba trasladada.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

Descendiendo al sub lite, es pertinente memorar que la parte demandante indica que los demandados señores José Salvatore Gozzo Mangiafico, en su calidad de representante legal y Gerente General de la Empresa SERA Q.A. Tunja E.S.P. S.A. y Carlos Gabriel Mejía Angulo como interventor del contrato de concesión No. 132 de 1996 para el momento de los hechos, **incurrieron en culpa grave como consecuencia de una infracción directa a la Constitución y a la ley, y de una inexcusable omisión en el ejercicio de sus funciones**, esto es, el primero porque "... *no obró con diligencia y precaución a fin de evitar el suceso que hoy nos convoca, como quiera que no impartió las instrucciones necesarias para evitar que la apertura del hueco generara las lesiones que originaron el pago de los recursos que hoy se pretende reintegrar al Municipio, ni se conoce la realización de actividades de seguimiento, supervisión e inspección de las labores citadas...*" (fl. 6), y el segundo por "... *omisión en la observancia de las obligaciones consignadas en el Contrato de Interventoría por parte del contratista, específicamente en el debido, oportuno y eficiente control, inspección y vigilancia al cumplimiento de las obligaciones que le corresponden a la Empresa SERA Q.A. Tunja S.A. E.S.P., hoy PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P., dentro del contrato de Concesión No. 132 de 1996...*" (fl. 18), ya que "... *no se evidencia actuación alguna desplegada por el interventor destinada a hacer seguimiento, inspección y vigilancia de las obras realizadas por la Empresa SERA Q.A., ni la exigencia de la adopción de medidas oportunas y conducentes para que el hueco fuera tapado de forma pronta y técnica, o demandar la instalación de la debida señalización de peligro...*" (fl. 6).

La entidad accionante funda su planteamiento en la sentencia proferida en el proceso de reparación directa No. 2003-03848, que dio origen a la condena, donde se decidió declarar la responsabilidad solidaria del Municipio de Tunja y la Empresa PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P. por las lesiones sufridas por la señora Lida Nereida Cifuentes Molano, en hechos ocurridos el 18 de diciembre de 2001, y a su vez dispuso condenarlas al pago de perjuicios morales y materiales en atención al grado de participación en la producción del daño, por las siguientes consideraciones:

*"(...)En el plenario se encuentra probado que las obras realizadas sobre un andén ubicado en la Diagonal 66 A No. 2 A-02 del Barrio "Los Muiscas" en la ciudad de Tunja, que hace parte del espacio público fueron ejecutadas por la empresa SERA Q.A hoy PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P.*

*Se encuentra acreditado que habiéndose realizado las obras, la empresa PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P, omitió colocar la señalización que permitiera advertir a los transeúntes el peligro que representaba la existencia de un hueco en un (sic) andén transitado, como área de paso obligatorio por los peatones.*

*Se constató la existencia de contrato de concesión entre el Municipio de Tunja y la empresa SERA Q.A. para la operación, mantenimiento, rehabilitación y expansión de los sistemas de acueducto y alcantarillado de la ciudad de Tunja, en la que el Municipio se obligó a realizar la inspección, control y vigilancia por medio de una interventoría.*

*Al expediente se arrimó prueba suficiente sobre el daño causado a la señora LYDA NEREIDA CIFUENTES MOLANO, materializado en una pérdida de capacidad laboral equivalente a 31,33%, como consecuencia de las lesiones sufridas al haber caído al hueco que realizó la empresa SERA Q.A hoy PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P., al haber omitido disponer de la señalización que tenía el deber de colocar en los alrededores de la obra como medida de precaución para evitar un posible accidente, pese a la obligación que tenía el contratista de colocar las correspondientes señales preventivas en el sitio de la obra y la obligación del interventor en representación del Municipio, de verificar el cumplimiento de las medidas de seguridad y control que debía adoptar el contratista.*

*Así las cosas, se puede verificar claramente la existencia de un nexo causal entre el daño ocasionado a la señora LYDA NEREIDA CIFUENTES MOLANO y la omisión solidaria de la administración municipal y de la empresa concesionaria y por ende se materializan los elementos que permiten imputar la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas." (fl. 29 vto.) (Negrilla fuera del texto).*

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 20 de noviembre de 2012 confirmó la decisión anteriormente adoptada, en los siguientes términos:

*"Así las cosas, en el caso sub examine, la Empresa SERA Q.A. E.S.P., tenía obligaciones precisas e inequívocas en relación a la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado, luego en esta circunstancias no se desvirtuó que el hueco elaborado donde se lesionó la actora, no haya correspondido a este tipo de trabajos, situación similar se puede predicar del Municipio de Tunja, quien debió ejercer control y vigilancia por medio del interventor designado para tal fin, pero nada manifestó al respecto; tal y como se estableció en las cláusulas del contrato de concesión No. 132 y que ha quedado reseñado.*

*Por lo tanto, en estas condiciones no es posible que el ente territorial accionado pueda eludir su responsabilidad para trasladársele únicamente a la empresa concesionaria, desde luego, condenada por el acontecimiento ocurrido el 18 de diciembre de 2001, y que da cuenta los hechos de la demanda, más aún, en atención a la cláusula 10 del referido contrato, pues el Municipio descuido su obligación de controlar, inspeccionar y*

*vigilar el cumplimiento de los deberes del concesionario, situación que no se demostró dentro del plenario, lo que conducen necesariamente a reparar el daño de manera solidaria, como acertadamente lo plasmó el A-quo.*

*Conviene precisar que la entidad recurrente no adujo nada sobre el cumplimiento de las cargas contractuales que le correspondía a través del interventor, quien además, asumía deberes precisos dentro del contrato de concesión, lo cual configuró una omisión respecto del seguimiento del mismo.” (fl. 45 y 46)*

Acorde con lo anterior, es imperioso analizar si la conducta de los demandados José Salvatore Gozzo Mangiafico y Carlos Gabriel Mejía Angulo es gravemente culposa y por ende, determinar si se encuadra en los presupuestos que consagra la referida norma y que sean aplicables al caso, así:

### **1. VIOLACIÓN MANIFIESTA E INEXCUSABLE DE LAS NORMAS DE DERECHO (numeral 1º del artículo 6º de la Ley 678 de 2001)**

Al respecto, la Corte Constitucional<sup>30</sup> ha precisado “... *que se entiende que se ha actuado en forma gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa de la Constitución o de la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Esta norma ha agregado a las expresiones utilizadas por el artículo 6º de la Carta los calificativos ‘directa’ e ‘inexcusable’ para dar a entender que no se trata de cualquier violación de la ley, ni de cualquier omisión o extralimitación (...).*”

De acuerdo con lo expuesto, se procederá a calificar la conducta de los demandados José Salvatore Gozzo Mangiafico y Carlos Gabriel Mejía Angulo, analizando las obligaciones contractuales adquiridas con el Municipio de Tunja, y luego la conducta por éstos asumida frente a dichas obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión para los Servicios de Acueducto y Alcantarillado No. 0132 de 1996 y el Contrato de Consultoría No. 004 de 1999, respectivamente, y si como consecuencia de ello, dieron lugar al daño que tuvo que reparar patrimonialmente el Municipio de Tunja.

#### **1.1. JOSÉ SALVATORE GOZZO MANGIAFICO.**

El curador *ad-litem* del citado demandado invocó como argumentos de defensa frente a la conducta endilgada por la entidad territorial, que si bien para el momento de los hechos su representado fungía como gerente de la empresa en mención, también lo es, que no tenía dentro de sus

---

<sup>30</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-285 del 23 de abril de 2002. Expediente D-3736. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

funciones ejercer la inspección, control y vigilancia del contrato de concesión, sino que ello era de competencia única y exclusivamente del Municipio de Tunja por medio de una interventoría, tal como se probó en el proceso de reparación directa.

Al respecto se advierte que el Contrato de Concesión para los Servicios de Acueducto y Alcantarillado No. 0132 de fecha 03 de octubre de 1996 fue celebrado para dicha época entre el Alcalde Municipal de Tunja y el señor Francisco Carmona González en su calidad de representante legal de la Empresa SERA Q.A. Tunja E.S.P. S.A. (fl. 55) y suscrito por un plazo de 30 años (cláusula 2ª -fl. 56- ), tuvo como objeto contractual "CLAUSULA 1 - OBJETO DEL CONTRATO Consiste en la entrega, en Concesión con inversiones cofinanciadas, para la operación, mantenimiento, prestación y comercialización de los servicios de acueducto y alcantarillado de la Ciudad de Tunja, así como también de **la realización de los trabajos y obras necesarias para el reacondicionamiento mantenimiento, mejora y expansión de ambos sistemas.** Comprende la captación y potabilización de agua cruda, el transporte, distribución y comercialización de agua potable y la colección, transporte, tratamiento, disposición y eventual reutilización y comercialización de residuos del sistema de alcantarillado, así como la comercialización del agua procedente de las plantas de tratamiento de líquidos residuales. Dentro del objeto de la Concesión se incluye la **realización de todas las obras y trabajos accesorios y complementarios que sean necesarios para atender a la población con un adecuado nivel y calidad del servicio.** (...) (fl. 56) (Negrilla fuera del texto) y se consignaron como obligaciones a cargo de la Empresa SERA Q.A. Tunja E.S.P. S.A. en su calidad de concesionario las siguientes: **CLÁUSULA 7 - OBLIGACIONES ESPECIALES DEL CONCESIONARIO.** Serán los establecidos en la Ley N° 142 de 1994, y las normas reglamentarias dictadas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y los que surjan del Contrato de Concesión indicándose entre otros. **1. Operar, administrar y mantener los bienes afectados a los servicios en las condiciones que se establecen en el Contrato de Concesión. 2. Preparar los planes de optimización, mejoras y expansión previstos en el Contrato de Concesión. 3. Elaborar los proyectos y ejecutar por sí o por terceros todas las obras inherentes a los fines del mantenimiento, mejora y expansión de los servicios. 4. Captar con cargo a las aguas superficiales de los recursos hídricos que surcan el territorio y las aguas subterráneas del subsuelo, para prestar el servicio de acueducto. En todos los casos deberá solicitar la autorización de los organismos responsables y suscribir los contratos correspondientes. 5. Tendrá derecho al vertido con cargo de las aguas residuales tratadas a los cursos de agua conforme a las normas indicadas en el presente contrato; alternativamente podrá comercializarlas para usos permitidos. En todos los casos deberá solicitar**

la autorización de los organismos responsables y suscribir los contratos correspondientes. 6. Ejercer el uso, previa, autorización legal respectiva y libre de todo cargo y gravamen, de los terrenos que pertenezcan a EAAT (e.l.) o a EL MUNICIPIO (actualmente afectados a los servicios), con arreglo y acuerdo de EL MUNICIPIO. 7. Solicitar la constitución de servidumbres para la ejecución de nuevas obras e instalaciones necesarias a sus fines, previa autorización, legal respectiva y de conformidad con lo preceptuado en la Ley N° 142 de 1994 normas concordantes o substitutivas. 8. Realizar los trámites judiciales y legales en lo concerniente a la expropiación de acuerdo con la Ley N° 142 de 1994, normas concordantes o substitutivas. 9. Acordar con empresas, organismos municipales, instituciones, prestatarios de servicios públicos o particulares, el uso común del suelo o subsuelo, cuando sea necesario para la construcción y explotación de las obras y planes aprobados. De existir reglamentación al respecto, el acuerdo deberá transformarse en autorización, de conformidad con lo determinado en la Ley N° 142 de 1994. De ser necesario remover o adecuar instalaciones existentes y de no llegarse a un acuerdo, el Concesionario requerirá la intervención de EL MUNICIPIO para resolver- el conflicto. 10. Cobrar las tarifas y precios por los servicios prestados en los términos y las modalidades del régimen tarifado económico que se establezcan en el presente Contrato de Concesión. (...) 11. El Concesionario estará facultado, previo aviso al Usuario y conminación de pago con una antelación de TREINTA (30) DÍAS HÁBILES, al corte de los servicios por atraso de por lo menos TRES (3) PERIODOS consecutivos en el pago de los importes facturados, sin perjuicio del pago de intereses, recargos o multas que correspondieren. (Artículo 141 de la Ley No. 142 de 1994). 12. Publicar información mensual de manera tal que los Usuarios puedan tener conocimiento cabal sobre los planes de mejora y expansión de las instalaciones, que operan. También publicará información con una antelación de VEINTICUATRO (24) HORAS sobre los cortes de los servicios, planificados para efectuar reparaciones y/o mejoras. 13. Presentar a EL MUNICIPIO los informes anuales de la marcha estadística de las actividades desarrolladas y las planificadas con cronogramas de cumplimiento de las metas a que se obliga contractualmente Sin perjuicio de los informes ordinarios que se establecen precedentemente, estará obligado a proporcionar a EL MUNICIPIO toda información que éste le requiera." (fl. 59 y 60) (Negrilla fuera del texto).

De igual forma, se observa que para el momento de los hechos -18 de diciembre de 2001-, ejercía como nuevo representante legal y Gerente General de la Empresa el señor José Salvatore Gozzo Mangiafico, según se desprende del certificado de existencia y representación legal de fecha 04 de marzo de 2003 donde se señala que fue nombrado el 1º de junio de

2001 por la Junta Directiva de la Sociedad SERA Q.A. Tunja E.S.P. S.A para un periodo de 2 años (fl. 15 y s<sup>31</sup>).

Adicionalmente, del citado certificado de existencia y representación legal se observa como atribuciones a cargo del representante legal y Gerente General de la Empresa las siguientes: "... OSTENTARA LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD (...) EJERCERÁ TODAS LAS FUNCIONES PROPIAS DE LA NATURALEZA DE SU CARGO, Y EN ESPECIAL LAS SIGUIENTES: 1. **REPRESENTAR A LA SOCIEDAD ANTE LOS ACCIONISTAS, ANTE TERCEROS Y ANTE TODA CLASE DE AUTORIDADES DEL ORDEN ADMINISTRATIVO Y JURISDICCIONAL.** 2. PRESENTAR A LA ASAMBLEA GENERAL EN SUS REUNIONES ORDINARIAS UN INVENTARIO Y UN BALANCE DE FIN DE EJERCICIO, JUNTO CON UN INFORME ESCRITO SOBRE LA SITUACIÓN DE LA SOCIEDAD, UN DETALLE COMPLETO DE LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS Y UN PROYECTO DE UTILIDADES OBTENIDAS 3. **FIRMAR EL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE LA ALCALDÍA MAYOR DE TUNJA.** 4. **CELEBRAR Y SUSCRIBIR TODA CLASE DE ACTOS Y CONTRATOS NECESARIOS PARA EL DESARROLLO DEL OBJETO SOCIAL EN FORMA DIRECTA CUANDO LA CUANTÍA DE CADA ACTO O CONTRATO FUERA HASTA 200 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES.** PARÁGRAFO. ADICIONALMENTE A LAS FUNCIONES ANTERIORES, EL GERENTE GENERAL TENDRÁ TODAS AQUELLAS QUE LE SEAN DELEGADAS POR LA JUNTA DIRECTIVA (...)" (fl. 14<sup>32</sup>).

No obstante, de lo anterior se advierte que **i)** las obligaciones consignadas en el contrato de concesión como de las funciones atribuidas por la Junta Directiva al representante legal, no se observan funciones específicas concernientes a ejercer inspección, control y vigilancia del contrato de concesión en mención y por ende la puesta en marcha de proyectos y la realización de los trabajos y obras necesarias para el reacondicionamiento mantenimiento, mejora y expansión del sistema de acueducto y alcantarillado de la ciudad de Tunja, sino por el contrario se advierte a cargo del Representante Legal y Gerente General de la Sociedad funciones eminentemente administrativas y no operacionales, pues es claro del renombrado certificado de existencia y representación legal que el Gerente General ejercería funciones de representación de la Sociedad, de celebración y suscripción de toda clase de actos y contratos necesarios para el desarrollo del objeto social de la Empresa, así como la facultad de "firmar" el Contrato de Concesión del Servicio de Acueducto y Alcantarillado con el Municipio de Tunja; **ii)** no se prueba en el expediente que el demandado en su calidad de representante legal hubiera celebrado

<sup>31</sup> Del cuaderno principal del proceso de reparación directa, expediente 150013331011-2003-03848-00, demandante: Lida Nereida Cifuentes Molano, tenido en cuenta como prueba trasladada.

<sup>32</sup> Ibidem.

y suscrito contratos de obra a fin de llevar a cabo las obras de mantenimiento, mejora y expansión de los servicios de acueducto y alcantarillado más exactamente en lo relacionado con la apertura de un hueco al frente de la vivienda de la señora Lida Nereida Cifuentes, ubicada en el municipio de Tunja.

Luego no es dable predicar del demandado Gozzo Mangiafico una conducta gravemente culposa por las circunstancias que dieron lugar a la condena que le fue impuesta al Municipio de Tunja, bajo el argumento de que incumplió las obligaciones y deberes legales que debía acatar, por el solo hecho de ostentar para el momento de los hechos la condición de Representante Legal y Gerente General de la Empresa y por ende adquirir, debido a la existencia del contrato de concesión previamente celebrado con el Municipio, la calidad de particular investido temporalmente de funciones públicas por razón de la representación que ejercía en esa época en nombre de la Sociedad, más aún cuando en el extracto "del informe fiscal 99 (junio 1999) de la Contraloría Municipal de Tunja" -que será valorado por el Despacho toda vez que no fue tachado de falso por las partes-, se señala que la Gerencia de Planeación Técnica y Construcciones de la Empresa "*Es la encargada de **planear, dirigir y controlar** las inversiones y **obras previstas en el Plan de Reacondicionamiento, Mejoras y expansión de los servicios de acueducto y alcantarillado.** Identifica, diseña, proyecta y controla las inversiones anuales, realiza y/o **contrata** los estudios técnico-económicos, diseños y **obras que se requieran para la ejecución de proyectos asociados a la prestación de los servicios**, realiza las funciones de interventoría sobre los contratos que la Empresa tenga en proceso y que afecten los servicios, y otras.*" (fl. 31 anexo 1), lo cual se corrobora con el oficio de fecha 31 de octubre de 2001 suscrito por el Director de Interventoría Contratos Nos. 033/96 y 132/96 ingeniero Carlos Gabriel Mejía Angulo como también del oficio No. 005870 del 03 de diciembre de 2001 suscrito por el Gerente Comercial de la Empresa (fl. 104 s y 111 anexo 1) de los cuales se deduce que existe una serie de responsabilidades a cargo de las Gerencias de Operaciones y Comercial, de Construcciones y Planeación de la Empresa en relación con el citado contrato, esta última encargada de entre otras cosas, de planear, dirigir y controlar las obras previstas en el Plan de Reacondicionamiento, Mejoras y expansión de los servicios de acueducto y alcantarillado, así como contratar las obras que se requieran para la ejecución de proyectos asociados a la prestación de los citados servicios.

## **1.2. CARLOS GABRIEL MEJÍA ANGULO.**

En relación con la conducta gravemente culposa endilgada en su contra por el Municipio de Tunja, el demandado MEJÍA ANGULO alegó que ejerció a cabalidad funciones de interventor e incluso cumplió con el deber de

advertencia al prestador del servicio de acueducto y alcantarillado respecto del deber objetivo de cuidado en relación con el estado de las cajillas de los usuarios de la ciudad para que adoptará las medidas necesarias, pero sobre la marcha de la concesión entregada a PROACTIVA, por lo que considera que no puede confundirse la ejecución de un contrato de consultoría para realizar la interventoría sobre unos contratos de concesión para la prestación de los servicios públicos, con la interventoría y/o supervisión connaturales a cada uno de los contratos de obra que los prestadores ejecutaran dentro del giro ordinario de su actividad.

Al respecto se advierte que en la cláusula 10º del Contrato de Concesión No. 0132 de 1996 se hizo referencia de manera sucinta a las principales funciones del interventor externo, en los siguientes términos: *"Las principales funciones del interventor, además de su deber general de vigilancia, serán exigir el cumplimiento del contrato en todas sus partes, para lo cual tendrá derecho, entre otras a recibir plena información del concesionario; resolver toda consulta sobre la correcta interpretación de los diseños, planos o especificaciones, cobertura y calidad, y sobre errores y omisiones que puedan contener los documentos del contrato. Colaborar con el concesionario para el mejor cumplimiento del objeto del contrato y, en general, todas las funciones que según la ley, la naturaleza y el texto de este contrato, o la costumbre a falta de las anteriores, se consideren propias del interventor."* (fl. 64)

La anterior disposición, fue materializada con la suscripción del Contrato de Consultoría No. 004 de 1999, cuyo objeto contractual y las obligaciones del interventor fueron las siguientes:

**"CLAUSULA PRIMERA. OBJETO. EL INTERVENTOR,** obrando por su propia cuenta y riesgo se obliga para con EL MUNICIPIO a **prestar sus servicios profesionales para la Interventoría técnica y administrativa de la ejecución de los contratos de concesión con inversión cofinanciada para la operación, mantenimiento, rehabilitación y expansión de los sistemas de acueducto y alcantarillado de la Ciudad de Tunja** y de la ejecución del contrato de concesión de prestación del servicio de aseo urbano en la misma Ciudad, la cual comprende en forma general las siguientes actividades: la Interventoría en representación del Alcalde Mayor de Tunja, tendrá la obligación de **controlar, inspeccionar y vigilar el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden a los, concesionarios SERA Q.A. Tunja S.A. E.S.P. y CIUDAD LIMPIA S.A. por la celebración de los respectivos contratos de concesión,** así como por el cumplimiento oportuno de las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1.994, normas concordantes y substitutivas y las normas expedidas, o que expidan la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, la Superintendencia de Servicios

*Públicos Domiciliarios y demás entidades de regulación y fiscalización, competentes para el efecto.*

**(...) CLAUSULA SEXTA. ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES DEL INTERVENTOR.** **a).** **Exigir el cumplimiento de los contratos de concesión de los servicios** señalados, en todas sus partes. **b).** Solicitar plena información a los concesionarios para poder desempeñar sus funciones. **c).** Resolver toda consulta sobre la correcta interpretación de los diseños, planos o especificaciones, cobertura, calidad y sobre errores y omisiones que puedan contener los documentos contractuales. **d).** **Colaborar con los concesionarios para el mejor cumplimiento del objeto de sus contratos**, y en general, todas las funciones que según la ley, la naturaleza y el texto de los contratos de concesión, o la costumbre o a falta de las anteriores, las que se consideren propias del interventor. **e).** **Estudio previo y cuidadoso con la Alcaldía Mayor, de los diseños preliminares y presupuestos de obra o inversión que elaboren los Concesionarios y presentación de informes sobre las eventuales imprevisiones o inconsistencias que encuentre en los contratos de obra que se celebren durante la concesión, en virtud de la reposición o ampliación del sistema de acueducto y alcantarillado, de las obras o procesos del servicio de Aseo Urbano, como también de las cláusulas de los contratos de consultoría o construcción que programen celebrar los concesionarios.**

**INTERVENTORIA TECNICA.** Comprende: **1).** **La vigilancia del desarrollo de los contratos de concesión, a fin de que se cumpla lo dispuesto en planos, memorias, cálculos, cronogramas y demás aspectos técnicos de la ejecución de tales contratos.** **2).** Control sobre las especificaciones técnicas de los materiales, equipos y elementos que pretendan adquirir los concesionarios para los distintos trabajos u obras relativas a la concesión a fin de que se cumplan las condiciones de calidad, seguridad y economía y se ajusten a las normas técnicas aceptadas por el Organismo Nacional competente para tal efecto: **3).** Controlar el cumplimiento de los cronogramas de trabajo de los concesionarios, presentando informes bimestrales al Municipio sobre este cumplimiento. **4).** **Colaborar para que se resuelvan los problemas que puedan afectar las obras en construcción y labores en ejecución.** **5).** Proponer cambios en las especificaciones técnicas, cuando haya lugar, con el visto bueno del Municipio, explicando las razones de conveniencia para la misma.

**INTERVENTORIA ADMINISTRATIVA.** Comprende las siguientes obligaciones: **1).** Revisar las inversiones efectuadas por los concesionarios con los fondos de la Concesión, para verificar que se destinen exclusivamente al objeto del contrato de manera eficiente y económica. **2).** Vigilar que se pague a los subcontratistas el valor de los subcontratos cabalmente cumplidos. **3).** Revisar, aprobar u objetar las cuentas que eventualmente presenten los concesionarios. **4).** Exigir el cumplimiento de los registros legales o reglamentarios en lo que concierne al contrato, así como la constitución y aprobación de las garantías estipuladas en el mismo.

**5).** Cuidar que se corrijan las anomalías presentadas en la ejecución de los contratos de concesión. **6).** **Tomar las medidas o formular todas las recomendaciones que tiendan a efectuar el control de la ejecución de los contratos de concesión.** PARAGRAFO. El interventor responderá solidariamente de acuerdo al artículo 53 de la Ley 80 de 1.993. Las divergencias que se presenten entre el interventor y los concesionarios, relacionadas con la supervisión, control o la ejecución de los contratos de concesión, serán dirimidas por la personal delegada por el Municipio como Supervisor y un representante del Concesionario. En caso de no llegar a un acuerdo, las dirimirá el Alcalde Mayor. (...)” (fl. 127-130 y 23-26 anexo 1).

Que en desarrollo del aludido contrato y en lo que tiene que ver con la interventoría técnica y administrativa que debía ejercer sobre el contrato de concesión No. 0132 de 1996, se prueba que ejecutó las siguientes actividades en el año 2001<sup>33</sup>:

- Mediante oficios Nos. INT-01-02241, 02251, 04277, 06292 y 11325 de fechas 08, 21 de febrero, 26 de abril, 20 de junio y 26 de noviembre de 2001, comunicó al Gerente General de SERA Q.A. S.A. E.S.P. la respuesta recibida a la consulta elevada en relación con la compatibilidad y obligatoriedad de aplicación por parte del Concesionario de las Resoluciones 0822/98 y 1096/2000 (Reglamento Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento básico); las aclaraciones dadas a FINDETER con respecto al Proyecto de Apoyo Financiero de la Nación al Municipio de Tunja; el informe especial relativo a las inversiones a que están comprometidos el Municipio y el Concesionario en relación con el Plan de Reacondicionamiento, Mejoras y Expansión (PRME); lo estipulado en el numeral 2º del cláusula 28 del Contrato 132/96 concerniente a definir con el Municipio el Plan Quincenal; su deber de oficiar a todas la entidades oficiales a las cuales les preste los servicios los costos estimados para el año 2002, respectivamente. (fl. 66 s, 77, 78 s, 86, 87 s y 169 anexo 1)
- A través de los oficios Nos. INT-01-03265, 10316 y 10322 de fechas 26 de marzo, 31 de octubre y 13 de noviembre de 2001, solicitó al Gerente General de SERA Q.A. S.A. E.S.P. se adelantara el estudio de cálculo de costos de la facturación conjunta del servicio de aseo, con los de acueducto y alcantarillado; la cooperación para que los Gerentes de área de la Empresa proporcionaran mensualmente la información requerida por el interventor; impartir instrucciones a la Gerencia Administrativa y Financiera de la Empresa para que suministre con carácter urgente datos e informaciones relativas a pagos

<sup>33</sup> Anualidad en la que ocurrieron los hechos por los cuales fue condenado el Municipio de Tunja.

realizados a Ciudad Limpia, respectivamente. (fl. 66 s, 84, 104 s y 107 s anexo 1).

- Mediante oficio No. 01-11326 del 26 de noviembre de 2001, le manifestó al Gerente General de SERA Q.A. S.A. su preocupación respecto de la existencia de cajillas de andén sin tapa, rotas o en malas condiciones y a su vez le recomendó que procediera de inmediato a acometer un programa de sustitución de las citadas tapas (fl. 68 y 110 anexo 1).
- A través de informes trimestrales Nos. 01, 02 y 03 correspondientes a los meses de enero a septiembre de 2001 y respecto del Contrato de Concesión No. 132 de 1996 (fl. 178 s) expuso, entre otras cosas, al Municipio de Tunja que *"La actividad de construcciones, la ha venido desarrollando el Concesionario en forma adecuada, y de manera conjunta y coordinada entre la Gerencia de Planeación y Construcciones, y la de Operaciones que, en conjunto, conforman el Área Operacional de la Empresa, de forma que se viene cumpliendo con lo previsto en el PRME, tal como se manifestó en el informe especial presentado por la interventoría a este respecto, el año pasado. (...) En relación con el Concesionario de los servicios de acueducto y alcantarillado, como se indicó antes, **la interventoría ha hecho la revisión de planos, memorias y cálculos correspondientes a los diversos estudios y diseños que realiza este Concesionario, pues ha tenido acceso completo a estos documentos, y ha tenido oportunidad de acompañar directamente las labores que adelanta el equipo técnico de diseño de esta Empresa, principalmente desde el punto de vista conceptual y de cumplimiento de la Norma Nacional que rige estos trabajos, encontrando que están acordes con la citada Norma Colombiana (RAS 98 y nuevo RAS 2.000).**"* (fl. 271, 345, 431, 496 y 684 anexo 1). (Negrilla fuera del texto).

No obstante, se observa de las anteriores actuaciones, así como de las obligaciones a cargo del interventor y del objeto contractual-consultoría-, que no existió ninguna obligación específica a cargo del demandado relativa hacer seguimiento, inspección y vigilancia de cada una las obras de construcción realizadas por la Empresa SERA Q.A. S.A. E.PS. por las cuales haya que alegarse que actuó con culpa grave por omisión en el ejercicio de sus funciones, toda vez que si bien es cierto tiene a su cargo exigir, controlar, inspeccionar, vigilar y por ende formular todas las recomendaciones necesarias para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato de concesión para los servicios de acueducto y alcantarillado por la Empresa de Servicios Públicos, también lo es, que dicha exigencia se enmarcó en una interventoría técnica y administrativa

del mencionado contrato de concesión y no de supervisión e interventoría de cada uno de los contratos y/o de las obras de construcción que tuviere que ejecutar el concesionario para cumplir con el Plan de Reacondicionamiento, Mejoras y Expansión de los servicios de acueducto y alcantarillado, más exactamente que tuviese que ver con lo ocurrido con "la apertura de un hueco por trabajadores a cargo de la Empresa que no fue tapado y sobre el cual no se instalaron señales preventivas pertinentes que advirtieran a la comunidad del peligro", ya de las obligaciones que fueron expresamente señaladas en la cláusula sexta relacionadas con las **obras en construcción** solo se advierte las siguientes: **i)** Efectuar estudio previo y cuidadoso de los diseños preliminares y presupuestos de obra o inversión que elaboren los Concesionarios y presentación de informes sobre las eventuales imprevisiones o inconsistencias que encuentre en los contratos de obra que se celebren durante la concesión, como también de las cláusulas de los contratos de consultoría o construcción que programen celebrar los concesionarios en virtud de la reposición o ampliación del sistema de acueducto y alcantarillado; **ii)** Colaborar para que se resuelvan los problemas que puedan afectar las obras en construcción y labores en ejecución, que están estrechamente relacionadas con la función de interventoría técnica.

En atención a lo anterior, es necesario resaltar que la entidad territorial suscribió con el demandado un **contrato de consultoría en la modalidad de interventoría**, que según la Ley 80 de 1993 (artículo 32 numeral 2<sup>o</sup><sup>34</sup>) y lo reiterado por el Consejo de Estado "*Son (...) los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.*"<sup>35</sup> (Negrilla fuera del texto).

<sup>34</sup> "2o. Contrato de Consultoría. Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato."

<sup>35</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de abril de 2006. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832). C. P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

Luego, el contrato cuyo objeto es la interventoría, lleva consigo unas funciones administrativas y técnicas, que han sido resumidas en los siguientes términos:

<b>"Funciones Administrativas"<sup>36</sup></b>	<b>"Funciones técnicas"<sup>37</sup></b>
<p>a) Acopiar la documentación producida en la etapa precontractual que requiera, a fin de contar con el máximo de información sobre el origen del contrato.</p> <p>b) Establecer mecanismos ágiles y eficientes para el desarrollo de la interventoría a su cargo.</p> <p>c) Verificar que existan los permisos y licencias necesarios para la ejecución del objeto contractual.</p> <p>d) Llevar estricto control sobre la correspondencia que se produzca con el contratista durante la ejecución del contrato.</p> <p>e) Organizar la información y los documentos que se generen durante la ejecución del contrato, manteniéndolos a disposición de los interesados y entregar los originales a la entidad contratante inmediatamente al recibo del documento.</p> <p>f) Vigilar porque se cumplan los requisitos contractuales de las garantías o amparos de póliza del contrato y los requisitos en materia de obligaciones de las partes.</p> <p>g) Evitar que por causas atribuibles a la entidad estatal sobrevenga mayor onerosidad, es decir, precaver que se rompa el equilibrio financiero del contrato o convenio.</p> <p>h) Programar y coordinar, con quien sea necesario, reuniones periódicas para analizar el estado de ejecución y avance del contrato o convenio.</p> <p>i) <u>Presentar informes sobre el estado de ejecución y avance de los contratos o convenios con la periodicidad que se requiera, atendiendo el objeto y naturaleza de los mismos, de igual manera, presentar informes necesarios para atender los requerimientos efectuados por los organismos de control, respecto de las obligaciones a su cargo.</u></p> <p>j) Exigir el cumplimiento de las normas de seguridad, higiene, salud ocupacional y las de carácter ambiental que sean aplicables.</p> <p>k) <u>Adelantar cualquier otra actuación administrativa necesaria para la correcta dirección, desarrollo y ejecución del contrato.</u></p> <p>l) <u>Mantener el control sobre la vigencia y plazo de las garantías otorgadas por el</u></p>	<p>a) Verificar y aprobar la localización de los trabajos y de sus condiciones técnicas para iniciar y desarrollar el contrato. Igualmente constatar, según el caso, <u>la existencia de planos, diseños, estudios, cálculos, especificaciones y demás consideraciones técnicas necesarias para la ejecución del objeto pactado</u> exigidos en los pliegos de condiciones, términos de referencia, oferta y aquellos que correspondan a la naturaleza del contrato o convenio.</p> <p>b) Verificar que el contratista suministre y mantenga el personal así como el equipo con las características e idoneidad exigidas de acuerdo con los pliegos de condiciones, términos de referencia, oferta y, demás que correspondan a la naturaleza del contrato o convenio, y exigir su reemplazo cuando fuere necesario.</p> <p>c) <u>Estudiar y recomendar los requerimientos de carácter técnico que no impliquen modificaciones al contrato o convenio.</u> En caso de requerirse modificaciones éstas deberán someterse a la decisión del correspondiente ordenador del gasto, previo concepto de la dependencia o área jurídica.</p> <p>d) <u>Controlar el avance del contrato o convenio con base en el cronograma previsto</u> de acuerdo con los pliegos de condiciones, términos de referencia, oferta y demás que correspondan a la naturaleza del contrato o convenio y, recomendar los ajustes a que haya lugar.</p> <p>e) Controlar e inspeccionar de manera permanente la calidad de la obra, equipos, materiales, bienes, insumos y productos; al igual, que ordenar y supervisar los ensayos o pruebas necesarios para el control de los mismos.</p> <p>f) Verificar, cuando a ello hubiere lugar, el reintegro de los equipos, elementos y documentos suministrados por la entidad estatal, así como, constatar su estado y cantidad.</p> <p>g) Abrir y llevar el libro para registrar en él las novedades, órdenes e instrucciones impartidas durante el plazo del contrato o convenio, cuando se trata de obra física o interventoría de ésta, copia del cual deberá dejar en la entidad estatal para que forme parte del expediente final del contrato al cual se le ejerció la interventoría.</p> <p>h) Certificar el cumplimiento del contrato en</p>

<sup>36</sup> Ernesto Matallana Camacho. Manual de Contratación de la Administración Pública Reforma de la Ley 80 de 1993. Tercera Edición. Universidad Externado de Colombia, 2013, pág. 961 y vto.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<u>contratista.</u> m) Las demás inherentes al contrato o convenio respectivo." (Subrayado fuera del texto).	<u>sus diferentes etapas de ejecución.</u> i) Llevar a cabo las demás actividades conducentes al desarrollo del objeto contractual." (Subrayado fuera del texto).
---	--

Funciones generales que al igual que las consignadas en la cláusula sexta del Contrato de Consultoría No. 004 de 1999 se asemejan a una interventoría eminentemente técnica y administrativa y no de supervisión e interventoría de contrato de obras, derivados del precitado contrato de concesión, que como se indicó en renglones anteriores, esa función de interventoría estaba a cargo de la Gerencia de Planeación Técnica y Construcciones de la Empresa SERA Q.A. S.A. (fl. 31 anexo 1), luego resulta claro que dicha área era la responsable de controlar las obras de construcción ejecutadas en el marco de los proyectos asociados a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado más exactamente en lo relacionado con la ejecución del contrato de concesión, y no el demandado Mejía Angulo que tan solo tenía a su cargo, en representación del Municipio, la interventoría técnica y administrativa global del citado contrato.

Finalmente, cabe precisar que si bien el interventor recomendó al representante legal de la Empresa SERA Q.A. S.A. E.S.P procediera de inmediato a acometer un programa de sustitución de las tapas de las cajillas de los andenes (fl. 68 y 110 anexo 1), también lo es, que tal actuación de su parte no puede entenderse como una obligación a su cargo y por ende también suponer a su cargo el deber de supervisar la apertura de huecos en los andenes sin señalización alguna, cuando se encuentra acreditado que éste fue contratado en el marco de un contrato de consultoría con el objeto de que ejerciera la interventoría técnica y administrativa del renombrado contrato de concesión suscrito para los Servicios de Acueducto y Alcantarillado de la ciudad; no siendo por tanto justificable que se endilgue al interventor a título de culpa grave los hechos que fueron ventilados en el proceso de reparación directa No. 2003-03848 y que dieron lugar a la condena, cuando no era de su competencia ejercer la supervisión e interventoría de las obras de construcción y/o contratos de obra pública que hubiere adelantado la Empresa para cumplir con el objeto contractual del Contrato de Concesión No. 0132 de 1996.

Ahora en cuanto al análisis de las restantes tres presunciones que prevé la norma para imputar responsabilidad a título de culpa grave, a saber ii) carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable; iii) omisión en las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable; iv) violación del debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención

física o corporal; se advierte que no se emprenderá un estudio de los mismos, como quiera que no son aplicables al caso que nos ocupa.

#### **4. CONCLUSIÓN:**

Decantado lo anterior, se encuentra claro que los demandados:

i) la Empresa SERA Q.A. Tunja E.S.P. S.A. -hoy PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P.- no ostenta la calidad de particular en ejercicio de funciones públicas, debido a su condición de persona jurídica carente de voluntad propia ya que solo actúa a través de sus agentes y por tanto, no puede endilgarse en su contra conductas gravemente culposas, no siendo sujeto del presente medio de control;

ii) JOSÉ SALVATORE GOZZO MANGIAFICO en su condición de representante legal de la Empresa Proactiva Aguas de Tunja S.A. E.S.P., no incurrió en una conducta gravemente culposa por una infracción directa de la Constitución o de la ley o de una inexcusable omisión en el ejercicio de sus funciones, como quiera que no existe prueba alguna que acredite que tenía como funciones las de ejercer algún control y vigilancia de las obras de construcción que llegaren a realizarse en el marco del Contrato de Concesión, sino por el contrario se encuentra acreditado que al interior de la Empresa existía una Gerencia de Planeación Técnica y Construcciones encargada de planear, dirigir y controlar las obras previstas en el Plan de Reacondicionamiento, Mejoras y expansión de los servicios de acueducto y alcantarillado, así como de contratar las obras que se requieran para la ejecución de proyectos asociados a la prestación de los servicios en mención y a su vez una Gerencia de Operaciones, luego no puede endilgarse responsabilidad subjetiva alguna al representante legal por cuanto no se acreditó un incumplimiento de sus funciones que hubiere sido determinante en la producción del daño por el cual fue condenado el Municipio de Tunja.

iii) CARLOS GABRIEL MEJÍA ANGULO en su calidad de interventor del contrato de concesión, no incurrió en una conducta gravemente culposa por una infracción directa de la Constitución o de la ley o de una inexcusable omisión en el ejercicio de sus funciones, habida cuenta que ejerció labores de interventoría y su accionar se enmarcó en lo estipulado en el contrato de consultoría No. 004 de 1999 que le designó funciones de interventoría técnica y administrativa relativas al Contrato de Concesión para los Servicios de Acueducto y Alcantarillado No. 0132 de 1996, las cuales no contemplaron expresamente funciones de supervisión e interventoría respecto de cada una de las obras de construcción o contratos de obra pública que llegare a celebrar y/o ejecutar la Empresa SERA Q.A. S.A. E.S.P. en el marco del citado contrato de concesión, luego

no puede endilgarse responsabilidad alguna al demandado cuando no se verificó un incumplimiento de sus obligaciones de interventoría que hayan contribuido a generar el daño por el cual se condenó al ente territorial.

Adicionalmente, fuerza concluir que no puede endilgarse en contra de los demandados señores José Salvatore Gozzo Mangiafico en su condición de representante legal de la citada Empresa de Servicios Públicos y Carlos Gabriel Mejía Angulo en su calidad de interventor de la concesión una conducta gravemente culposa como consecuencia de una infracción directa a la Constitución y a la ley o de una inexcusable omisión en el ejercicio de sus funciones, como quiera que no se advierte que i) hubieren actuando en contra de los postulados constitucionales y legales que deben regir las actuaciones de los particulares revestidos temporalmente de funciones públicas; ii) hubieran inobservado negligente e imprudentemente las obligaciones que les fueron atribuidas por una parte en representación legal de la Empresa y por otra como interventor del citado contrato de concesión, respectivamente; o iii) que la conducta desplegada por los demandados hubiese sido inexcusable y por ende carente de toda justificación representando una clara omisión del deber funcional exigible, ni resultó probado un actuar descuidado, poco prudente o negligente que necesariamente comporte su responsabilidad subjetiva en el asunto que nos convoca.

De acuerdo con lo antes expuesto, el Despacho advierte que de las pruebas documentales allegadas por el Municipio de Tunja no se logró acreditar la presunción de derecho por ésta invocada; adicionalmente, es del caso, señalar que el fallo condenatorio no determina la existencia de culpa grave en el actuar del entonces representante legal de la Empresa SERA Q.A. S.A. E.S.P. José Salvatore Gozzo Mangiafico, ni del interventor contratista Carlos Gabriel Mejía Angulo, pues aunque es cierto que se condenó a la entidad territorial en un 30% bajo el argumento de que descuido su obligación de controlar, inspeccionar y vigilar el cumplimiento de los deberes del concesionario, ya que no acreditó el cumplimiento de las cargas contractuales que le correspondían a través del interventor y las por éste desempeñadas, también lo es, que como se indicó en precedencia, dicha afirmación por sí solo no es óbice, para dar por cierta la responsabilidad subjetiva que se endilga a los accionados.

Sumado a lo anterior, respecto de la carga de la prueba que debe asumir la parte demandante, el Consejo de Estado ha señalado que **las entidades públicas que ejercen la acción de repetición deben realizar una labor probatoria que tienda a demostrar el dolo y**

**culpa grave con el que actuó el funcionario demandado, exactamente se señaló<sup>38</sup>:**

*“No satisface esta conducta procesal cuando la actora se limita a afirmar o incluso, en principio, cuando simplemente allega al expediente la sola sentencia de condena a cargo del Estado, puesto que **en este juicio no se trata de una pretensión ejecutiva, sino de un proceso contencioso y declarativo de su responsabilidad por culpa grave o dolo en su acción u omisión que habría ocasionado un daño que resarciría el Estado, y en el cual el interesado en obtener una sentencia favorable de la jurisdicción deberá desplegar una actividad probatoria prolífica, acorde y proporcional con dicho interés, siendo por tanto indispensable que sea celoso en atender la carga procesal probatoria que implica el acreditamiento de los elementos que han sido explicados, para el éxito y prosperidad de las pretensiones y el aseguramiento de los fines constitucionales y legales de la acción de repetición, lo cual no se evidenció en el presente caso. Sobre este aspecto, bien señala el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que “...incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.** (Resalta el Despacho).*

En tal sentido, la misma Corporación en providencia del 27 de agosto de 2015, proceso 110010326000201300108-00 (48016), señaló que **“lo vital es que quede evidenciado en el plenario que la conducta del servidor público, ex servidor o particular que ejecute funciones públicas fue dolosa o gravemente culposa, es decir, que ese elemento subjetivo enmarcado en el actuar del servidor público se destaque y aflore en la actuación procesal, para que así, la entidad pública pueda sacar adelante sus pretensiones económicas.”**

De igual forma, el Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>39</sup> ha señalado:

*“Debe decir la Sala que la sentencia de condena no se constituye en este proceso como un elemento de juicio determinante para acreditar la culpa grave que se endilga al demandada, pues, como fuera ya advertido, el análisis jurídico en sede de repetición se nutre de la situación fáctica y probatoria que en razón del planteamiento del litigio propuesto por las partes se da al interior de la controversia retributiva, por ello su decisión no se gobierna por las razones que llevaron al resultado desfavorable a la entidad pública que ahora demanda, (...) Recuérdese que la culpa grave impone una actuación distante de los mínimos legales, una conducta inexcusable carente de toda justificación, un descuido que no admite comparación siquiera con un actuar de poca prudencia y*

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 2006 Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación No 52001-23-31-000-1998-00150-01(17482).

<sup>39</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No. 3. Sentencia del 12 de abril de 2018. Expediente: 15001-33-33-011-2013-00196-01. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

*para efectos de repetición, (...) ha de evidenciarse una franca infracción al deber objetivo de cuidado con connotaciones de un actuar especialmente grosero, negligente, imprudente, y omisión del deber funcional exigible."*

Así entonces, aunque la sentencia es condenatoria y el juez administrativo fundó su decisión de instancia en una razón clara y determinada, la cual no es susceptible de discusión en esta instancia, es claro para el Despacho que el razonamiento en que se funda la decisión judicial, aun cuando se encuentre en firme y haga tránsito a cosa juzgada, **no tiene la virtud de demostrar por sí misma la presencia del elemento subjetivo de la responsabilidad, esto es, no demuestra la existencia de un actuar gravemente culposo del entonces representante legal de la Empresa SERA Q.A. S.A. E.S.P. José Salvatore Gozzo Mangiafico, ni del interventor contratista Carlos Gabriel Mejía Angulo**, es más del proceso de reparación directa radicado con el No. 2003-03848 y su respectiva condena, se advierte que el fallador de primera y segunda instancia analizaron estrictamente la responsabilidad extracontractual del estado a título de falla del servicio y no hicieron alusión alguna a la conducta personal de los demandados, pues allí nada se dijo respecto de la responsabilidad que se endilga al representante legal de la Empresa ni al contratista interventor, por lo que no puede pretender la entidad que con la condena resulte satisfecho el factor subjetivo que está basado en presunciones legales que a su vez, deben ser acreditadas para la prosperidad de la acción de repetición.

Pues tal como lo precisó el Ministerio Público a través de su delegado, no toda condena patrimonial lleva implícita la intención dolosa o culposa del sujeto que da origen a la misma.

En ese orden de ideas, es claro que no se encuentra demostrada la concurrencia de los elementos indispensables para declarar la responsabilidad patrimonial del señor **Carlos Gabriel Mejía Angulo**, ni la del señor **José Salvatore Gozzo Mangiafico**, ni menos aún de la **Empresa Proactiva Aguas de Tunja S.A. E.S.P.**, razón por la cual las pretensiones de la demanda serán denegadas.

## **5. DE LAS COSTAS:**

Sobre el particular, advierte el Despacho que si bien en anteriores providencias asumió la postura del Consejo de Estado<sup>40</sup> <sup>41</sup> y del Tribunal

---

<sup>40</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección C, C.P.: William Hernández Gómez, providencia del siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016), Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014).

<sup>41</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección C, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, providencia del veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015), Radicación: 110010326000201300108 00 (48016) Actor: NACIÓN - CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA Demandado: JULIO CÉSAR TURBAY QUINTERO, Asunto: ACCIÓN DE REPETICIÓN (sentencia) Expediente 48.016 Actor: Contraloría General de la República Acción de repetición

Administrativo de Boyacá<sup>42</sup> de condenar en costas y agencias en derecho a la parte vencida independientemente de que en el caso se ventilará un interés público; también lo es, que resulta necesario modificar dicha postura en razón a recientes pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>43</sup>, que han concluido: *“No hay lugar a vacilaciones sobre el interés público que fundamenta a la acción de repetición y por ende el juez al momento de definir el caso que se sometió a su conocimiento, debe aplicar la excepción a la regla general contemplada en el artículo 188 del CPACA y no condenar en costas. Si bien, esta Sala únicamente consideraba esta excepción cuando el Estado resulta condenado, lo cierto es que la norma no establece diferencias, y de forma general se refiere a los procesos en los que se ventile un interés público, razón por la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 del CPACA no habrá condena en costas, (...)”* (Negrilla fuera del texto).

En consecuencia, y de conformidad con la excepción planteada en el artículo 188 del CPACA, no se condenará en costas en atención a que en el presente proceso se ventiló un asunto de interés público.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Curador Ad-litem del demandado JOSÉ SALVATORE GOZZO MANGIAFICO, por las consideraciones expuestas.

**SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el demandado CARLOS GABRIEL MEJÍA ANGULO, según lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda instaurada por el Municipio de Tunja, en contra de los demandados EMPRESA PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P., JOSÉ SALVATORE GOZZO MANGIAFICO y CARLOS GABRIEL MEJÍA ANGULO, por las razones expuestas en la parte motiva.

**CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS** en la presente instancia.

---

<sup>42</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. Providencia de fecha 02 de junio de 2016, Exp. 15001 33 33 004 2012 00104-02, M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros.

<sup>43</sup> Se cita entre otros: Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia del 12 de abril de 2018. Expediente: 15001-33-33-011-2013-00196-01. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

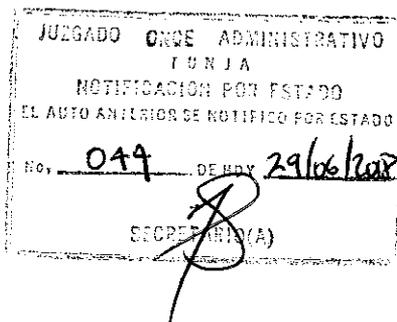
**QUINTO: POR SECRETARÍA,** devuélvase al Archivo de la Rama Judicial ubicado en el Barrio Santa Rita de la ciudad de Tunja el expediente de reparación directa radicado con el No. 150013331011-2003-03848-00 que se encuentra relacionado en los procesos que fueron archivados por este Despacho y que fue remitido en calidad de préstamo.

**SEXTO:** Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

**SEPTIMO: NOTIFÍQUESE** por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
**JUEZ**



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 28 JUN 2018

**DEMANDANTE:** MARIO GONZALEZ MARCIALES  
**DEMANDADO:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN  
NACIONAL – FONDO NACIONAL DE  
PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
**RADICACIÓN:** 15001 33 33 011 2018 00106 00  
**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL  
DERECHO**

Del estudio de la demanda y sus anexos, se advierte que reúne los presupuestos y requisitos exigidos por los artículos 160, 162 y 166 de la Ley 1437 de 2011, y el Despacho es competente para avocar su conocimiento en virtud de la naturaleza jurídica del asunto señalada en el artículo 104-4 *ibídem*, así como de la competencia conferida en el numeral 2º del artículo 155 y numeral 3º del artículo 156 *ibídem*.

Por lo expuesto, el Despacho,

**RESUELVE**

**PRIMERO: ADMITIR** la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el ciudadano **MARIO GONZALEZ MARCIALES** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

**SEGUNDO: TRAMITAR** conforme al procedimiento previsto en el Título V de la Ley 1437 de 2011 para el proceso contencioso administrativo de primera instancia.

**TERCERO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de esta providencia al representante legal de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** o a quien este haya delegado la facultad, de conformidad con lo previsto por el numeral 1º del artículo 171 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso - Ley 1564 de 2012, esto es, vía correo electrónico al buzón para notificaciones judiciales, y córrasele traslado de la demanda por el término de **treinta (30) días** (artículo 172 de la Ley 1437 de 2011), plazo que comenzará a correr al vencimiento del término común de **veinticinco (25) días** después de surtida la última notificación.

**CUARTO: NOTIFICAR** personalmente al **Agente del Ministerio Público** delegado ante este Despacho y a la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, conforme lo establecen los artículos 197, 198 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado este último por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012.

**QUINTO: NOTIFICAR** por estado electrónico a la parte demandante, de conformidad con los artículos 171-1 y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**SEXTO:** Atendiendo a lo previsto en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, la entidad demandada, durante el término para contestar la demanda, deberá allegar el **expediente administrativo** que contenga **los antecedentes administrativos del acto acusado**, y la **totalidad de las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso**, so pena de incurrir **falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto**.

**SÉPTIMO:** Adviértasele a la entidad demandada, que es su deber allegar junto con la contestación de la demanda y antes de la audiencia inicial, certificación expedida por el Comité de Conciliación o la posición asumida por dicha Entidad en materia de conciliación, en relación con asuntos de esta índole, lo anterior de conformidad con el artículo 19 numeral 5 del Decreto 1716 de 2009.

**OCTAVO:** La parte actora deberá sufragar los gastos del proceso (notificación y envío postal) de que trata el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, para lo cual deberá consignar la suma de siete mil quinientos pesos (\$7.500) en la cuenta **4-1503-0-22921-00** del Banco Agrario, **convenio 13271**, y acreditar su pago a través de la Oficina del Centro de Servicios, para que repose en el expediente dentro de los **cinco (5) días** siguientes a la ejecutoria de esta providencia, so pena de dar aplicación al artículo 178 del CPACA. Si al finalizar el trámite quedare algún excedente de la suma antes fijada, por secretaría se hará la correspondiente devolución sin necesidad de auto que lo ordene.

**NOVENO: RECONOCER** personería jurídica para actuar como apoderado del demandante al abogado HENRY ORLANDO PALACIOS ESPITIA, portador de la T.P. No. 83.363 del C.S de la J., en los términos y para los efectos del poder conferido (fl. 1).

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto anterior se notificó por Estado N° <u>44</u> , Hoy <u>29/06</u> /2018 siendo las 8:00 AM.
 SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 28 JUN 2018

**DEMANDANTE:** LAURA RUBY AMAYA DE CASTILLO  
**DEMANDADO:** NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN  
NACIONAL - FONDO NACIONAL DE  
PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
**RADICACIÓN:** 15001 33 33 011 2018 00102 00  
**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL  
DERECHO**

Del estudio de la demanda y sus anexos, se advierte que reúne los presupuestos y requisitos exigidos por los artículos 160, 162 y 166 de la Ley 1437 de 2011, y el Despacho es competente para avocar su conocimiento en virtud de la naturaleza jurídica del asunto señalada en el artículo 104-4 *ibídem*, así como de la competencia conferida en el numeral 2º del artículo 155 y numeral 3º del artículo 156 *ibídem*.

Por lo expuesto, el Despacho,

**RESUELVE**

**PRIMERO: ADMITIR** la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó la ciudadana **LAURA RUBY AMAYA DE CASTILLO** en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

**SEGUNDO: TRAMITAR** conforme al procedimiento previsto en el Título V de la Ley 1437 de 2011 para el proceso contencioso administrativo de primera instancia.

**TERCERO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de esta providencia al representante legal de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** o a quien este haya delegado la facultad, de conformidad con lo previsto por el numeral 1º del artículo 171 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso - Ley 1564 de 2012, esto es, vía correo electrónico al buzón para notificaciones judiciales, y córrasele traslado de la demanda por el término de **treinta (30) días** (artículo 172 de la Ley 1437 de 2011), plazo que comenzará a correr al vencimiento del término común de **veinticinco (25) días** después de surtida la última notificación.

**CUARTO: NOTIFICAR** personalmente al **Agente del Ministerio Público** delegado ante este Despacho y a la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, conforme lo establecen los artículos 197, 198 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado este último por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012.

**QUINTO: NOTIFICAR** por estado electrónico a la parte demandante, de conformidad con los artículos 171-1 y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**SEXTO:** Atendiendo a lo previsto en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, la entidad demandada, durante el término para contestar la demanda, deberá allegar el **expediente administrativo** que contenga **los antecedentes administrativos del acto acusado**, y la **totalidad de las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso**, so pena de incurrir **falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto**.

**SÉPTIMO:** Adviértasele a la entidad demandada, que es su deber allegar junto con la contestación de la demanda y antes de la audiencia inicial, certificación expedida por el Comité de Conciliación o la posición asumida por dicha Entidad en materia de conciliación, en relación con asuntos de esta índole, lo anterior de conformidad con el artículo 19 numeral 5 del Decreto 1716 de 2009.

**OCTAVO:** La parte actora deberá sufragar los gastos del proceso (notificación y envío postal) de que trata el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, para lo cual deberá consignar la suma de siete mil quinientos pesos (\$7.500) en la cuenta **4 -1503-0-22921-00** del Banco Agrario, **convenio 13271**, y acreditar su pago a través de la Oficina del Centro de Servicios, para que repose en el expediente dentro de los **cinco (5) días** siguientes a la ejecutoria de esta providencia, so pena de dar aplicación al artículo 178 del CPACA. Si al finalizar el trámite quedare algún excedente de la suma antes fijada, por secretaría se hará la correspondiente devolución sin necesidad de auto que lo ordene.

**NOVENO: RECONOCER** personería jurídica para actuar como apoderada de la demandante a la abogada DIANA NOHEMY RIAÑO FLOREZ, portadora de la T.P. No. 281.836 del C.S de la J., en los términos y para los efectos del poder conferido (fls. 1-3).

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
-----
<b>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</b>
El auto anterior se notificó por Estado N° <u>44</u> , Hoy <u>29/06/2018</u> siendo las 8:00 AM.
 SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, 28 JUN 2018

**DEMANDANTE : BLANCA CECILIA ROMERO FRANCO**  
**DEMANDADO : UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE  
GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES  
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN  
SOCIAL - UGPP**  
**RADICACIÓN : 150013333011201800101-00**  
**ACCIÓN EJECUTIVA**

De conformidad con el acta individual de reparto de 12 de junio de 2018 - secuencia 678 - (fl. 34), correspondió a este Despacho el conocimiento del medio de control de la referencia.

Corresponde al Despacho decidir respecto de la admisión de la demanda EJECUTIVA formulada a través de apoderado judicial por la señora BLANCA CECILIA ROMERO FRANCO, contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, en la que pretende se libre mandamiento de pago a su favor, por las sumas que surgen de la diferencia entre las mesadas pensionales reliquidadas con la totalidad de los factores salariales y las mesadas efectivamente pagadas a la demandante y la indexación correspondiente, de acuerdo a lo ordenado en la sentencia proferida el 25 de marzo de 2010 por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de la Ciudad de Tunja, dentro del proceso radicado con el No. 2006-1472.

Por lo anterior el Despacho, determinará si es o no competente para conocer del presente asunto, en los términos de los artículos 104, 155, 156, 297 y 298 del C.P.A.C.A., previas las siguientes,

**CONSIDERACIONES**

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 104, establece la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, así:

*"...La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes*

*especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

*"Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

*"(...)*

*"6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en contratos celebrados por estas entidades....".*

A su turno, el artículo 155 ibídem define la competencia de los Jueces Administrativos en primera instancia, atendiendo al factor cuantía en los siguientes términos:

*"...Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:*

*(...)*

*7. De los procesos ejecutivos, cuando la cuantía no exceda de mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes..."*

No obstante lo anterior, es claro para el Despacho que el criterio que determina la competencia en los medios de control de ejecución de condenas impuestas por esta Jurisdicción, es el factor territorial, delimitado por el numeral 9 del artículo 156 del CPACA, así,

**"ARTÍCULO 156. Competencia por razón del territorio.** *Para la determinación de la competencia por razón del territorio se observarán las siguientes reglas:*

*(...)*

*9. En las ejecuciones de las condenas impuestas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o de las obligaciones contenidas en una conciliación aprobada por esta jurisdicción, **será competente el juez que profirió la providencia respectiva...** (Negrilla fuera de texto).*

Por su parte, en los artículos 297 y 298 del C.P.A.C.A. se estableció cuáles documentos constituyen título ejecutivo, y se aclaró que sin excepción alguna el Juez que debe ordenar el cumplimiento, es aquel que profirió la sentencia, así:

**"ARTÍCULO 297. Título ejecutivo.** *Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:*

*1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.*

*(...)*

37

**ARTÍCULO 298. Procedimiento.** En los casos a que se refiere el numeral 1 del artículo anterior, si transcurrido un (1) año desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria o de la fecha que ella señale, esta no se ha pagado, sin excepción alguna **el juez que la profirió ordenará su cumplimiento inmediato.** (Resalta el Despacho)

De acuerdo con lo antes expuesto, al revisar el expediente de la referencia, encuentra el Despacho que el ejecutante pretende el pago de las sumas de dinero que resulten de la condena impuesta en las sentencia de 25 de marzo de 2010 proferida por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de la Ciudad de Tunja; por lo que, en aplicación de lo dispuesto en la normatividad antes enunciada, la ejecución de dicha providencia corresponde al Juez de conocimiento.

Por consiguiente, el Despacho se abstendrá de avocar conocimiento del presente asunto, y en su lugar ordenará remitir el proceso Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja, para que de conformidad con las reglas de competencia antes enunciadas, avoque su conocimiento.

En consecuencia, el Despacho

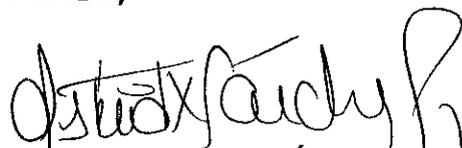
### RESUELVE

**PRIMERO: ABSTENERSE** de avocar el conocimiento del medio de control de la referencia por las razones antes expuestas.

**SEGUNDO: REMITIR** de manera inmediata las presentes diligencias al Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos para que el expediente sea dado de baja en el inventario de este Despacho y, por su conducto, se envíe al Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja.

**TERCERO:** Comuníquese esta decisión a los interesados, previas las anotaciones y constancias de rigor en el Sistema de Información Judicial.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**



**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ RÁEZ**

**Juez**

Juzgado 11° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
<b>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</b>
El auto anterior se notificó por Estado N° <u>44</u> , Hoy <u>29/06/2018</u> siendo las 8:00 AM.
 <b>SECRETARIA</b>

173

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL  
DE TUNJA

Tunja, 28 JUN 2018

**DEMANDANTE: JAVIER ORTÍZ DEL VALLE**

**DEMANDADO: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN  
EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN  
JUDICIAL DE TUNJA**

**RADICACIÓN: 15001 33 33 007 2016 00169 00**

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL  
DERECHO**

Ingresa al Despacho el expediente de la referencia, informando que el apoderado de la parte actora no ha sufragado los gastos de notificación dispuestos en el auto admisorio de la demanda.

Sin embargo, se observa que mediante memorial allegado el 15 de junio de 2018 (fl. 172) se acreditó el pago de los referidos gastos; por lo que el Despacho,

**RESUELVE**

**PRIMERO:** Por Secretaría, **DAR CUMPLIMIENTO** a los numerales tercero y cuarto del auto admisorio de la demanda proferido el 1º de marzo de 2018.

**CÚMPLASE.**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez



727

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, 28 JUN 2018

**DEMANDANTE:** DIANA CONSUELO MENDOZA GIL  
**DEMANDADO:** DEPARTAMENTO DE BOYACÁ  
**RADICACIÓN:** 15001 33 33 011 2013 00115 - 00  
**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sería del caso proceder al cálculo de la indemnización compensatoria de que trata el artículo 189 de la Ley 1437 de 2011. Sin embargo, se observa que en la sentencia de segunda instancia se dispuso que la orden de reintegro debería efectuarse *"siempre y cuando el cargo no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos o suprimido, o la actora se encuentre en edad de retiro forzoso"*. (fl. 639 vto)

Pese a que en escrito allegado el **1º de agosto de 2017** (fl. 661) el apoderado del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ advirtió la imposibilidad de cumplimiento del fallo por *"no existir vacante en el área de pecuaria tanto en la Institución Educativa Santa Cruz de Motavita, como en las Instituciones Educativas de esa especialidad en el Departamento"*, el Despacho considera necesario aclarar dicha situación a efectos de verificar que se cumplen expresamente los supuestos señalados en el fallo de segunda instancia; especialmente, **que el cargo haya sido provisto por concurso de méritos o que fue suprimido**. Ello como quiera que el Departamento de Boyacá sólo manifestó la inexistencia de la vacante, sin explicar si se debe a la provisión del cargo por concurso o a la supresión del mismo.

Adicionalmente, se observa que en escritos allegados el **11 y 25 de abril** de los corrientes (fl. 722-726) el apoderado de la parte actora advirtió sobre la inexistencia de soportes probatorios que acrediten lo expresado por la entidad demandada.

Así las cosas, se ordenará requerir al **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ** para que dentro de los diez (10) días siguientes al recibo del correspondiente oficio, informe al Despacho allegando los actos administrativos correspondientes y/o soportes donde se acredite que la imposibilidad de reintegro de la actora **DIANA CONSUELO MENDOZA GIL** se debe a la provisión del cargo mediante concurso de méritos o a la supresión del mismo. En caso contrario, para que exponga con claridad las razones por las cuales se hace inviable dar cumplimiento a tal orden.

Por lo expuesto, el Despacho

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REQUERIR** a al **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ** para que dentro de los diez (10) días siguientes al recibo del correspondiente oficio:

- Informe al Despacho allegando los actos administrativos correspondientes y/o soportes donde se acredite que la imposibilidad de reintegro de la actora **DIANA CONSUELO MENDOZA GIL** se debe a la provisión del cargo mediante concurso de méritos o a la supresión del mismo. En caso contrario, para que exponga con claridad las razones por las cuales se hace inviable dar cumplimiento a tal orden.

**SEGUNDO: ADVERTIR** a la autoridad oficiada que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 276 del CGP la demora, renuencia o inexactitud injustificada para rendir el informe será sancionado con multa de cinco (5) a diez (10) SMLMV, sin perjuicio de las demás sanciones que hubiere lugar.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ASTRID XIMENA SANCHEZ PÁEZ**  
Juez

Juzgado 11º Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto anterior se notificó por Estado Nº <u>44</u> , Hoy <u>29</u> /06/2018 siendo las 8:00 AM.
 SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, veintiocho (28) de junio de dos mil dieciocho (2018)

**EJECUTANTE:** GERMÁN CLAROS MORA  
**EJECUTADO:** UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE  
GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES  
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL  
UGPP  
**RADICACIÓN:** 15001 33 33 011 2017 00012 00  
**ACCIÓN:** EJECUTIVA

**ASUNTO A RESOLVER:**

Este Despacho mediante providencia del **13 de julio de 2017** (fl. 80-85), libró mandamiento de pago dentro de la acción ejecutiva de la referencia y en proveído del **30 de noviembre** siguiente (fl. 143-147) notificado por estado electrónico resolvió el recurso de reposición interpuesto en su contra.

Si bien la ejecutada contestó la demanda oportunamente (fl. 152-164), se advierte que no propuso excepciones de mérito que ataquen la obligación contenida en el título ejecutivo como se analizará más adelante. Razón por la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 440 del C.G.P corresponde proferir auto para seguir adelante la ejecución.

**I. ANTECEDENTES:**

**1.1.- Pretensiones:**

En ejercicio de la acción ejecutiva, el señor **GERMÁN CLAROS MORA**, mediante apoderado judicial solicitó se librara mandamiento ejecutivo por las siguientes sumas de dinero:

*"Por la suma de **NOVENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS UN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$94.701.259)**, por concepto de intereses moratorios derivados de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá - Sala de Decisión No. 4 de fecha 6 de marzo de 2008, (...) los cuales fueron causados desde el 18 de enero de 2011 hasta cuando se efectúe el pago total de la misma, (...)"*

**1.2.- Mandamiento de pago:**

Mediante auto de fecha **13 de julio de 2017** (fl. 80-85), se libró mandamiento de pago a favor del ejecutante en los siguientes términos:

*"Por la suma de **treinta y siete millones ochocientos veintidós mil doscientos dieciocho pesos con cero centavos m/cte. (\$37.822.218)**, por concepto de intereses moratorios reconocidos en las sentencias proferidas el 06 de marzo de 2008 y el 07 de octubre de 2010 por el Tribunal Administrativo de Boyacá y el Consejo de Estado, respectivamente, liquidados desde el **18 de enero de 2011** (día siguiente a la ejecutoria) hasta el **1º de febrero de 2013** (fecha de pago)."*

## **II. CONSIDERACIONES:**

Transcurrido en legal forma el trámite del proceso ejecutivo, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado y sin que se propusieran excepciones de mérito por la parte ejecutada, se profiere auto de seguir adelante la ejecución de que trata el inciso segundo artículo 440 del Código General del Proceso.

### **1.- Hechos probados:**

- Mediante sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el **06 de marzo de 2008**, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho radicado 2003-01447-00, se ordenó pagar pensión mensual vitalicia de jubilación a favor del señor **GERMAN CLAROS MORA** teniendo en cuenta el promedio de los factores devengados durante el último año de servicios, la actualización de la condena en los términos del artículo 178 del CCA y al cumplimiento de la sentencia según lo indicado en los artículos 176 y 177 ibídem. (fl. 13-24).
- La anterior providencia fue confirmada en sentencia del **07 de octubre de 2010** por el Consejo de Estado – Sección Segunda (fl. 26-33).
- La sentencia cobró ejecutoria el **17 de enero de 2011**, según constancia expedida por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Boyacá (fl. 12).
- La ejecutante radicó solicitud de cumplimiento de la sentencia el día **10 de mayo de 2011** ante la entidad ejecutada (fl. 35).
- La UGPP expidió la Resolución No. UGM 040340 del **28 de marzo de 2012**, modificada por la Resolución No. UGM 054388 del **15 de agosto de 2012** para dar cumplimiento al citado fallo, reliquidando la cuantía de la mesada pensional en la suma de \$926.107 m/cte (fl. 29-41).
- Los montos reconocidos en anteriores Resoluciones fueron incluidos en nómina en el mes de enero de 2013, siendo la fecha de pago el **1 de**

**febrero de 2013** tal y como se dispuso en el mandamiento de pago (fl. 77-78).

## **2.- Del título ejecutivo:**

Tal y como se dispuso en el auto de fecha 13 de julio de 2017 (fl. 80-85), en el presente caso, la obligación que se pretende ejecutar está contenida en el título ejecutivo integrado por:

- **Copia auténtica de la sentencia de fecha seis (6) de marzo de dos mil dieciocho (2018)**, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual se declaró la nulidad de las Resoluciones No. 9352 y 8107 de 2002, se ordenó pagar pensión de jubilación al ejecutante con el promedio mensual de los factores salariales devengados durante el último año de servicios "*... esto es, teniendo en cuenta además del salario básico, las primas de toda especie percibidas en el último año de servicios, que en el presente caso debe ser: salario básico, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, prima de recreación y bonificación de servicios*" y se dispuso dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA. (fl. 13-24)
- **Copia auténtica de la sentencia de fecha siete (7) de octubre de dos mil diez (2010)**, proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado, mediante la cual se adicionó la anterior decisión en el sentido de ordenar "*incluir en la nueva liquidación, además de los factores ordenados por el quo, la prima de riesgo.*". (fl. 26-33)
- Constancia de que la anterior sentencia cobró ejecutoria el **17 de enero de 2011**, suscrita por la Secretaria del Tribunal Administrativo de Boyacá. (fl. 12)

Recuerda el Despacho que el cumplimiento de los requisitos formales y de fondo que debe reunir el título ejecutivo según lo dispuesto en el artículo 422 del Código General del Proceso, ya fue objeto de estudio en el auto que ordenó librar mandamiento de pago calendado del **13 de julio de 2017**; oportunidad en la que se concluyó que el título base de recaudo se es una sentencia judicial debidamente ejecutoriada que contiene una obligación clara, expresa y exigible a favor del ejecutante.

## **3.- De las excepciones:**

Emitido y notificado el auto que dispone la orden de pago, el ejecutado bien puede proceder a sufragar la obligación, recurrirla decisión vía reposición, o proponer dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de aquel, las excepciones de mérito señaladas expresamente

en el artículo 442 del C.G.P, a cuyo tenor literal establece en el numeral segundo que **"Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida."** (Negrita y subraya fuera de texto); caso en el cual, corresponderá citar a audiencia como lo dispone el numeral segundo del artículo 443 ibídem. Aclara el artículo 442, que las excepciones previas deberán alegarse mediante recurso de reposición contra el mandamiento de pago. De lo que se infiere que resulta inadmisibles la proposición de estos medios exceptivos por vía distinta y que no podrán proponerse como excepciones de mérito hechos constitutivos de excepciones previas.

Además de lo anterior, el ejecutado también podrá guardar silencio absteniéndose de presentar excepciones de mérito que controviertan bien la legalidad o la existencia del título, o la extinción de la obligación por hechos posteriores a la sentencia. Caso en el cual, procede dictar auto que ordene seguir adelante la ejecución, ratificando lo ordenado en el mandamiento ejecutivo. Sobre el particular, el artículo 440 ibídem, establece:

**"Cumplimiento de la obligación, orden de ejecución y condena en costas.** Cumplida la obligación dentro del término señalado en el mandamiento ejecutivo, se condenará en costas al ejecutado, quien sin embargo, podrá pedir dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que las imponga, que se le exonere de ellas si prueba que estuvo dispuesto a pagar antes de ser demandado y que el acreedor no se allanó a recibirle. Esta petición se tramitará como incidente, que no impedirá la entrega al demandante del valor del crédito.

**Si el ejecutado no propone excepciones oportunamente, el juez ordenará, por medio de auto que no admite recurso, el remate y el avalúo de los bienes embargados y de los que posteriormente se embarguen, si fuere el caso, o seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo, practicar la liquidación del crédito y condenar en costas al ejecutado..."** (Negrita fuera de texto)

En cuanto al trámite de las excepciones en el proceso ejecutivo, en proveído del 28 de mayo de 2018<sup>1</sup>, expresó el Tribunal Administrativo de Boyacá que:

---

<sup>1</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. Auto del 28 de mayo de 2018. Exp: 15238333975120140003901.

*"(...) las excepciones susceptibles de proponerse en los procesos ejecutivos son aquellas taxativamente previstas en el referido artículo 442, que muestran la extinción de la obligación, por lo que no resultaría lógico dar cabida a excepciones previas, genéricas o innominadas o en todo caso distintas a las allí previstas, ni las meras oposiciones o simples alegatos de defensa, toda vez que ello abriría el paso a la discusión de asuntos que ya fueron zanjados en la decisión que da origen al título ejecutivo que pretende hacerse efectivo, o en todo caso debates que no son del resorte natural de un proceso de ejecución."*

Y más adelante concluyó:

*"(...) el juez de la ejecución debe verificar la procedencia de la excepción, esto es, que se trate de una de las que están taxativamente señaladas en la norma, que el hecho exceptivo se corresponda con la denominación de la misma a fin de no prohiñar excepciones camufladas por el simple nombre y que el fundamento fáctico date de una fecha posterior de la sentencia (...)".*

En asuntos de similares contornos, la misma Corporación<sup>2</sup> se pronunció frente a excepciones como la falta de legitimación por pasiva e inexistencia de la obligación, concluyendo que las mismas son improcedentes por no estar enlistadas en el numeral segundo del artículo 442 del CGP.

#### **4.- CASO CONCRETO:**

Para el caso que nos ocupa, se advierte que la entidad ejecutada propuso como excepciones las que denominó "**falta de legitimación en la causa o cobro de lo no debido**" e "**inexistencia de una obligación clara, expresa y exigible**" (fl.157-162). La primera de ellas, bajo argumentos textualmente idénticos a los propuestos en el recurso de reposición (fl. 96-105) que fuere interpuesto en contra del auto mediante el cual se libró mandamiento de pago y que fueron resueltos en auto del **30 de noviembre de 2017** (fl. 143-147), y la segunda, advirtiendo falencias en la conformación del título ejecutivo, -que en su parecer es de aquellos denominados complejos y que requiere conformarse con "*las sentencias judiciales, constancia de ejecutoria de las mismas y el recibo de pago de las condenas impuestas a la entidad (...) ello con el fin se reitera de establecer una obligación clara, expresa y exigible.*"-. Además, expresando que la UGPP no es la competente para el pago de los intereses moratorios reclamados y que el ejecutante debió acudir al proceso de liquidación de CAJANAL para hacer efectivo el pago de la obligación; siendo éstos, fundamentos también esbozados en el recurso de reposición y que no constituyen excepción de mérito o de fondo que merezca ser objeto de estudio en este momento procesal, por cuanto dichos tópicos ya fueron absueltos en la resolución del recurso de reposición.

2 Tribunal Administrativo de Boyacá, providencia proferida en audiencia de fecha 27 de julio de 2016, Radicados Nos. 150013333005201400181-01 y 150013333004201500064-01. M.P. Dr. Fabio Iván Afanado García.

Así las cosas, teniendo en cuenta que las excepciones propuestas no son de las previstas taxativamente en el artículo 442 del CGP, que los argumentos que las sustentan tampoco estructuran o llevan a la configuración de tales medios exceptivos y siendo inadmisibles reabrir debates ya resueltos, las mismas serán rechazadas por improcedentes.

Así las cosas, siendo evidente que la obligación subsiste aun después de proferido el mandamiento de pago en los términos del artículo 430 del CGP y que no se advierte para el caso que nos ocupa irregularidad formal alguna, es del caso ordenar seguir adelante la ejecución en los mismos términos consignados en el auto que libró mandamiento de pago.

### **5.- De las costas.**

Al tenor de lo consignado en el inciso final del artículo 440 del CGP, en el auto que ordena proseguir con la ejecución se condenará en costas al ejecutado. Luego, teniendo en cuenta que las pretensiones del libelo introductorio prosperaron parcialmente, librándose orden de pago por valor inferior al solicitado, se condenará parcialmente en costas y agencias en derecho a la parte vencida tal como lo ordena el artículo 365 del CGP, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 ibídem.

En los términos del artículo 5º numeral 4º del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016<sup>3</sup> fíjese como agencias en derecho el porcentaje **mínimo** establecido correspondiente al 3% del valor por el cual se ordena seguir adelante la ejecución<sup>4</sup>, esto es, un millón ciento treinta y cuatro mil seiscientos sesenta y seis pesos m/cte. (\$1.134.666).

Por lo anterior, el Despacho,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: RECHAZAR POR IMPROCEDENTES** las excepciones de "**falta de legitimación en la causa o cobro de lo no debido**" e "**inexistencia de una obligación clara, expresa y exigible**" propuestas por la apoderada de la UGPP, conforme a las motivaciones precedentes.

**SEGUNDO: ORDENAR** seguir adelante la ejecución a favor del demandante **GERMÁN CLAROS MORA** en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP**, por las siguientes sumas de dinero, a saber:

3. Aplicable a las demandas interpuestas a partir del 5 de agosto de 2016 – Art. 7. En el presente caso la demanda fue presentada el 12 de octubre de 2016 (fl. 10)

4 Valor ordenado en el mandamiento de pago \$37.822.218 – Mínima cuantía.

169  
/

- Por la suma de **treinta y siete millones ochocientos veintidós mil doscientos dieciocho pesos m/cte. (\$37.822.218)**, por concepto de intereses moratorios reconocidos en las sentencias proferidas el 06 de marzo de 2008 y el 07 de octubre de 2010 por el Tribunal Administrativo de Boyacá y el Consejo de Estado, respectivamente, liquidados desde el **18 de enero de 2011** (día siguiente a la ejecutoria) hasta el **1º de febrero de 2013** (fecha de pago)."

**TERCERO:** Las partes deberán presentar la liquidación del crédito de conformidad con lo normado en el artículo 446 del C.G.P. y lo dispuesto en esta providencia.

**CUARTO: CONDENAR** en costas a la entidad demandada de conformidad con los artículos 365 y 440 del CGP. Líquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

**QUINTO:** Conforme a lo dispuesto en el numeral anterior, en los términos del artículo 5º numeral 4º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 **fijese como agencias en derecho** el 3% del valor por el cual se ordena seguir adelante la ejecución<sup>5</sup>, esto es, un millón ciento treinta y cuatro mil seiscientos sesenta y seis pesos m/cte. (\$1.134.666).

**SEXTO:** De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 295 del CGP, por Secretaría envíese correo electrónico a los apoderados de las partes, así mismo infórmese de la publicidad del estado en la página Web de la rama judicial.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
Juez

Juzgado 11º Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto anterior se notificó por Estado Nº <u>44</u> , Hoy <u>29/06/2018</u> siendo las 8:00 AM.
SECRETARIO

<sup>5</sup> Valor ordenado en el mandamiento de pago \$37.822.218 - Mínima cuantía.