

CURADORES URBANOS – Son particulares que ejercen funciones públicas/ RETIRO DEL SERVICIO POR EDAD DE RETIRO FORZOSO DE CURADORA URBANA- No aplicación de normas de los servidores públicos / RETIRO DE SERVICIO DE SERVIDORA DE PERÍODO / CURADORA URBANA / ESTABILIDAD LABORAL / EXPECTATIVA LEGÍTIMA

Los curadores urbanos son particulares que cumplen una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción (art. 9, Ley 810 de 2003). Entonces por disposición de la Carta Política es competencia del legislador determinar el régimen que se les aplicará y las condiciones de ejercicio de dicha función pública, asuntos sometidos a reserva legal. En cumplimiento del mandato constitucional el desarrollo normativo se ha adelantado en las Leyes 810 de 2003 (art. 9) y 1796 de 2016 (título IV). (...)El numeral octavo del artículo noveno de la Ley 810 de 2003 establece que la ley que reglamente las curadurías determinaría las inhabilidades e incompatibilidades e impedimentos para el ejercicio del cargo de curador. Sin embargo, ante la ausencia de dicha ley fue el gobierno nacional, actuando con exceso de la potestad reglamentaria, quién se ocupó de regular para los curadores la falta absoluta por cumplir la edad de retiro forzoso, en los decretos 564 de 2006 (art. 93, num. 7), 1100 de 2008 (art. 5, num. 7) y 1469 de 2010 (art. 102, num. 7).Acudiendo al Decreto 1100 de 2008 (art. 5, num. 7) el municipio de Manizales decidió retirar del servicio a la accionante, y pese a que en aquél no estaba fijada la edad de retiro forzoso se remitió al Decreto 2400 de 1968, norma cuyo campo de aplicación concierne exclusivamente a los servidores públicos. Por consiguiente, nótese, en primera medida, que los actos de retiro de servicio de la demandante se fundaron en una norma reglamentaria expedida por el gobierno nacional con exceso de la potestad reglamentaria, pues tal como lo estableció esta Sala, en sentencia del 9 de febrero de 2017, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, la Ley 810 de 2003 no se ocupó de la edad de retiro forzoso, y la Carta Política establece una reserva legal para regular el régimen de los particulares que ejercen funciones públicas. Cabe destacar, en segundo lugar, que el municipio no podía acudir a la edad de retiro forzoso de 65 años, prevista en el Decreto 2400 de 1968, que se reitera solo cobija a los servidores públicos, ya que así lo consideró la Corte Constitucional, en la sentencia C-351 de 1995. Desconociéndose con ello que la actora en la condición de curadora era una particular que desempeñaba funciones públicas. Aunado a lo anterior, la Sala acoge los planteamientos expuestos por la demandante, en el escrito de apelación, relativos al desconocimiento de la estabilidad laboral; en razón a que tenía una expectativa legítima de terminar el periodo de 5 años para el que había sido nombrada, por haber superado el concurso para el cargo de curador en el municipio de Manizales.Las anteriores consideraciones conllevan a declarar la nulidad de los Decretos 0309 del 27 de julio de 2010 y 0457 del 28 de septiembre de 2010, proferidos por el alcalde del municipio de Manizales (Caldas), a través de los cuales retiró del servicio a la demandante del cargo de Curadora Urbana No. 2.NOTA DE RELATORÍA : Sobre la nulidad del numeral 7 del artículo 102 del Decreto Reglamentario 1469 de 2010, ver : C de E, Sección Segunda, sentencia del 9 de febrero de 2017,rad11001-03-25-000-2014-00942(022905-14) ,C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

FUENTE FORMAL : DECRETO 2400 DE 1968 / DECRETO 564 DE 2006 / DECRETO 1100 DE 2008 / DECRETO 1469 DE 2010 / LEY 1821 DE 2016 / DECRETO LEY 2150 DE 1995 –ARTÍCULO 50 / LEY 388 DE 1997-ARTÍCULO 9 / LEY 810 DE 2003- ARTÍCULO 9 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA-ARTÍCULO 123

RESTABLECIMIENTO POR RETIRO DEL SERVICIO DE CURADOR URBANO / PAGO DE HONORARIOS- Descuento de lo recibido por concepto de mesadas pensionales / DICTAMEN PERICIAL –Desestimación

Visto que se desestima el dictamen, el restablecimiento del derecho se hará conforme lo ha ordenado la jurisprudencia del Consejo de Estado, al indicar que, a manera de ficción, los honorarios se liquidarán con base en los ingresos mensuales netos percibidos por la persona que desempeñó el empleo de curador urbano, en reemplazo de la demandante. Por lo tanto, se calcularán los honorarios netos de quien ejerció el cargo de Curador Urbano N°2 del municipio de Manizales, por el tiempo que le quedaba de periodo a la actora, es decir, del 27 de octubre de 2010 hasta el 7 de julio de 2012. Pero, la Sala observa que Colpensiones, mediante la Resolución 88972 del 6 de mayo de 2013, le reconoció una pensión de vejez a la demandante, la cual es incompatible con la percepción de honorarios provenientes del erario, cuando para el reconocimiento de la pensión se han tenido en cuenta tiempos prestados en el sector público. No obstante, dado que la señora María Lucía Amador Mendieta tenía la expectativa legítima de continuar en el empleo de curadora, hasta la finalización del período de 5 años, y solo habría solicitado el reconocimiento de la pensión por haber finalizado aquél; la Sala debe ordenar como restablecimiento del derecho, que se le paguen las diferencias entre los honorarios netos y el valor de la pensión, en el caso que haya percibido mesadas pensionales antes del 7 de julio de 2012. Además, se ordenará el descuento de los pagos que la actora haya recibido en razón de otro ingreso de origen público por concepto laboral, en virtud de los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la Ley 4 de 1992

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 17001-23-31-000-2011-00158-01(3451-14)

Actor: MARIA LUCIA AMADOR MENDIETA

Demandado: MUNICIPIO DE MANIZALES

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho

Tema : Retiro forzoso

Segunda Instancia – Decreto 01 de 1984

Se desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014), por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Caldas, negó las pretensiones de la demanda promovida por la señora María Lucía Amador Mendieta contra el municipio de Manizales.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

María Lucía Amador Mendieta, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó la nulidad de los Decretos 0309 del 27 de julio de 2010 y 0457 del 28 de septiembre de 2010, proferidos por el alcalde del municipio de Manizales (Caldas), a través de los cuales retiró del servicio a la demandante del cargo de Curadora Urbana No. 2, con fundamento en lo establecido en el artículo 5 del Decreto 1100 de 2008, por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, y se resolvió el recurso de reposición, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene el reintegro de la demandante al cargo de curadora urbana, hasta el vencimiento del período para el que fue designada, y que se declare que no ha existido solución de continuidad.

Pidió el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales causados por haber sido separada del cargo (daño emergente y lucro cesante), desde el retiro hasta el reintegro efectivo; que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del CCA, y se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

De forma subsidiaria, pretendió que se condene a la parte accionada “al reconocimiento y pago a título de indemnización de los perjuicios materiales y devenidos de la separación de la función que cumplía como curadora urbana 2 de la ciudad de Manizales a título de lucro cesante y daño emergente por el tiempo faltante para el cumplimiento del período comprendido entre su retiro y el término del (sic) para el cual había sido designada conforme al concurso de méritos a través del cual accedió al ejercicio de tal función, acorde con el capítulo de estimación razonada de la cuantía”.

Hechos

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda (ff. 4 – 32), en síntesis, son los siguientes:

La Secretaría de Planeación del Municipio de Manizales, mediante convocatoria No. 001 de 2006, convocó a concurso de méritos para la designación de curadores urbanos.

Por reunir los requisitos y aprobar el examen de conocimiento y aptitud, a través del Decreto 0129 del 1 de junio de 2007, la demandante fue designada como Curador Urbano No. 2 del municipio de Manizales, para un período de cinco (5) años contados a partir de la fecha de posesión, llevada a cabo el 7 de junio de 2007.

A través del Decreto 0309 del 27 de julio de 2010, el alcalde de Manizales retiró del servicio a la demandante, sustentado en las disposiciones del artículo 5 del Decreto 1100 de 2008, el cual establece como falta absoluta de los curadores urbanos, el cumplimiento de la edad de retiro forzoso. La interesada interpuso recurso de reposición, que fue decidido mediante el Decreto 0457 del 28 de septiembre de 2010, confirmando el acto recurrido.

Normas violadas y concepto de violación

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

Los artículos 1, 6, 13, 21, 25, 26, 29, 48, 53, 58, 83, 90, 113, 114, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 150 numerales 1 y 23, 189 numeral 11, 210 inciso 2 y 365 de la Constitución Política; 1 del Acto Legislativo 01 de 1999; 23, 99, 101 de la Ley 388 de 1997; 9 de la Ley 810 de 2003; 1, 21, 65, 66, 67, 72, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 88, 90, 93, 94, 97, 100 y 107 del Decreto 564 de 2006; 138 del Decreto 1469 de 2010; 1, 29 y 30 del Decreto 2400 de 1968; y, 9, 25, 40, 41, 42, 49, 55, 59, 61, 62, 67, 69, 73, 74, 82, 84 y 85 del C.C.A.

Señaló que con fundamento en lo establecido en el Decreto 546 de 2006, la Secretaría de Planeación Municipal convocó a concurso de méritos para la designación o redesignación de los curadores urbanos, estableciendo como requisitos para concursar, no ser mayor de 65 años y estar en pleno goce de los derechos civiles (art. 75). En esta misma norma se consagró que el nombramiento se realizaría para períodos individuales de 5 años, “sin poner a este período un límite por la edad (...).”

Afirmó que la demandante bajo el amparo de una norma anterior – Decreto 564 de 2006 –, adquirió el derecho a terminar su período de 5 años, por lo tanto, el hecho de llegar a la edad de 65 años no implicaba una incompatibilidad sobreviniente; siendo contrario a la Constitución que la administración municipal hubiera aplicado una norma posterior desfavorable, que contempla como falta absoluta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso.

Por ello, concluyó que el hecho de cumplir la edad de retiro forzoso (65 años), luego de superar el concurso para el cual fue nombrada, no es causal para ser retirada del servicio.

Adujo que la entidad accionada no podía retirarla del servicio, acudiendo para ello, al Decreto 2400 de 1968, que regula la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la rama ejecutiva nacional; toda vez que, acorde con la Ley 810 de 2003, los curadores son particulares que prestan funciones públicas. En este sentido, indicó que:

“De allí entonces que no es posible, como lo hizo la entidad demandada proceder a la aplicación de las disposiciones aplicables a los empleos de carácter público, a una persona que como la actora nunca tuvo tal calidad, pues por disposición de la ley, pese al cumplimiento de funciones públicas, nunca pierde su condición de particular”.

Contestación de la demanda

El municipio de Manizales, mediante escrito visible a folios 129 a 151 del expediente, se opuso a las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que los curadores urbanos son particulares que desempeñan funciones públicas, sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, faltas absolutas e impedimentos para el ejercicio del cargo, conforme el artículo 101 de la Ley 388 de 1997, modificado por el artículo 9 de la Ley 810 de 2003.

Explicó que el municipio de Manizales legítimamente retiró del servicio a la demandante, por haber cumplido la edad de retiro forzoso (65 años), en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1100 de 2008 y posteriormente por el artículo 102 del Decreto 1469 de 2010.

Afirmó que si la actora no había solicitado el reconocimiento de la pensión de jubilación, por desempeñarse como curadora, dicha decisión atañe a su órbita personal, sin que pueda atribuirse a la entidad vulneración de sus derechos.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y caducidad de la acción y prescripción del derecho.

Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Caldas, en sentencia del 14 de mayo de 2014 (ff. 327 – 332 reverso), declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad accionada y, negó las pretensiones de la demanda.

Encontró que no operó la caducidad de la acción, porque la demanda fue presentada en tiempo el 7 de abril de 2011, ya que el término se suspendió por 20 días en razón del trámite de conciliación prejudicial, extendiéndose hasta el 12 de abril de 2011.

Determinó que las pretensiones de la actora no se encuentran llamadas a prosperar, en consideración a que, “si bien el curador urbano no es un empleado público, sí ejerce una función pública, lo cual implica que para su ejercicio está sujeto a lo que la ley y la reglamentación señalen para el efecto”.

Aseveró que el “legislador puede válidamente establecer una edad límite para el ejercicio de cargos públicos o que impliquen el ejercicio de una función pública, como una política de relevo generacional y de oportunidad para otras personas de acceder a dichos cargos.”

Resaltó que desde la implementación de la figura del curador urbano, se previó el retiro forzoso como causal de separación del servicio. De ahí que, en criterio del Tribunal para el caso de los curadores sea aplicable el Decreto 2400 de 1968, aunque regule la administración de personal de empleados públicos; en consonancia con el Decreto 1100 de 2008, que sí contiene la causal de retiro en comento, para los curadores.

Fundamento del recurso de apelación

La parte demandante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia (ff. 337 a 355 del expediente).

Señaló que los actos administrativos acusados, en virtud de los cuales se retiró del servicio a la actora por cumplir la edad de retiro forzoso, desconocen que la Ley 810 de 2003 establece un período para los curadores de 5 años, que no está limitado por la edad de retiro forzoso. Así pues, indicó que el municipio desconoció su derecho adquirido a permanecer en el cargo durante 5 años, al aplicarle de forma retroactiva el Decreto 1100 de 2008, norma posterior y desfavorable a sus intereses.

En cuanto a la remisión prevista en la Ley 388 de 1997 al régimen de notarios, aclaró que ésta sólo abarca los casos de vacancia en el cargo, vacaciones y suspensiones; siendo entonces improcedente, acudir para su caso a la edad de retiro forzoso prevista para los notarios.

Así mismo, advirtió que a los curadores no se les aplica el Decreto 2400 de 1968, en cuanto a la edad de retiro forzoso, porque no son empleados públicos.

Por otro lado, manifestó que se revocó el nombramiento de la actora sin solicitar su consentimiento, en desconocimiento de las normas sobre revocatoria directa de los actos administrativos.

Sostuvo que la demandante es sujeto de protección constitucional, pues para la fecha de retiro

del servicio no había solicitado el reconocimiento pensional.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Parte demandante

Reiteró lo expuesto en el recurso de apelación y refirió que para la época en que la demandante fue ilegalmente retirada del cargo, no gozaba de la protección de la pensión de vejez. Por ello, el 31 de octubre de 2011 presentó ante Colpensiones la solicitud de reconocimiento pensional (ff. 364 – 369).

5.2. Municipio de Manizales.

Mediante memorial visible a folios 379 a 381 reverso del expediente, el municipio de Manizales (Caldas), ratificó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

6. Concepto del Agente del Ministerio Público

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación, mediante concepto No. 166 del 26 de abril de 2016, solicitó revocar la sentencia de primera instancia (ff. 370-377).

Conceptuó que “las consideraciones jurídico - positivas que se tuvieron en cuenta para retirar a la actora de la función de Curadora Urbana No. 2 de Manizales, por la causa de la inhabilidad sobreviniente de la edad mayor a 65 años, no encajan dentro del concepto de legalidad, pues, como se acaba de demostrar el Decreto 2400 de 1968, no le es aplicable a los particulares que cumplen funciones públicas, como el caso de los Curadores Urbanos.”

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

1. Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación, presentado por la parte actora, corresponde a la Sala establecer si revoca la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, se determinará si la causal de desvinculación del servicio por edad de retiro forzoso, prevista en el Decreto 2400 de 1968, es aplicable a la actora, quien se desempeñaba en el empleo de curadora urbana, tal como lo dijo el Tribunal; o si, por el contrario, es improcedente acudir a dicha norma, según lo sostiene la recurrente, porque no es una empleada pública, sino una particular con funciones públicas.

Con el fin de desatar el problema jurídico, se abordarán los siguientes aspectos: 2.1 Marco normativo y jurisprudencial; 2.2 Hechos probados; y 2.3 Caso concreto.

2.1 Marco normativo y jurisprudencia

Los curadores urbanos no son empleados públicos

El antecedente de la creación de los curadores urbanos es el Decreto Ley 2150 de 1995 “Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”, que, con el propósito de descongestionar las oficinas de planeación municipal, como lo explicó la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto del 3 de febrero de 200, creó esta figura, definida como la función pública ejercida por particulares para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas, mediante el otorgamiento de licencias de urbanización y construcción (art. 50)

.

Se destaca entonces que la normativa de los curadores ha estado contenida en el artículo 50 del Decreto Ley 2150 de 1995, derogado expresamente por el numeral 9 del artículo 138 de la Ley 388 de 199, que a su vez, en su artículo 101, definió a los curadores urbanos. Dicha disposición fue modificada por el artículo 9 de la Ley 810 de 200, norma reglamentada por el Decreto 1469 de 2010. **Y, actualmente, la Ley 1796 del 13 de julio de 201 regula el concurso de méritos para la designación de los curadores y su régimen disciplinario.**

Ahora bien, teniendo en cuenta que el curador es un particular que cumple funciones públicas, **su régimen general y el ejercicio de la función debe ser regulado por la ley, como así lo dispone la Constitución Política al señalar: “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio” (art. 123) y “Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley” (art. 210).**

En todo caso, si bien, la Constitución Política posibilita que los particulares ejerzan funciones públicas, esta circunstancia no implica que sean servidores públicos, como se consideró en sentencia del 9 de febrero de 2017, de la Sección Segunda, Subsección B:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional

y del Consejo de Estad

, en forma reiterada ha señalado que el hecho de que la Constitución Política permita que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas y la connatural consecuencia de que esto implique un incremento de los compromisos que los particulares adquieren con el Estado y con la sociedad, no modifica el estatus de particulares ni los convierte por ese hecho en servidores públicos.

(...)

En este orden, para la Sala es válido concluir que los curadores urbanos hacen parte de la descentralización por colaboración del Estado, en cuanto son particulares que prestan una función pública, no son servidores públicos y su regulación como regla general fue diferida por el constituyente a la ley.

En suma, la Constitución Política autoriza que los particulares ejerzan funciones públicas sin darles la calidad de servidores públicos, pero somete a la ley su régimen general y el ejercicio de la función.

Ahora bien, como se señaló, el artículo 123 de la Carta Política dispone que corresponde a la ley determinar “el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen

funciones públicas y regular su ejercicio”; como es el caso de los curadores urbanos. En este contexto, el numeral 4 del artículo 9 de la Ley 810 de 2003, dispone que corresponde a la ley reglamentar las curadurías, en los siguientes términos: “4. Los curadores urbanos serán designados para periodos individuales de cinco (5) años y podrán ser designados nuevamente para el desempeño de esta función pública, previa evaluación de su desempeño por parte de los alcaldes municipales o distritales, en todo de conformidad con la ley que reglamente las Curadurías y con los términos y procedimientos que para el efecto reglamente el Gobierno Nacional.” (Subrayado fuera del texto).

De la edad de retiro forzoso para los servidores públicos y la regulación en el caso de los curadores urbanos

La edad de retiro forzoso está instituida como una limitación para acceder y ejercer el empleo, en igualdad de condiciones, garantizando el derecho al trabajo y el relevo generacional, según los artículos 54 y 334 de la Carta Política, que imponen al Estado la obligación de promover la ubicación laboral de las personas que se encuentran en edad de trabajar y lo autorizan para intervenir con el fin de alcanzar el pleno empleo de los recursos humanos.

En el campo de los servidores públicos, inicialmente el Decreto Ley 2400 de 19 de septiembre de 1968 por el cual “se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”, reglamentado por el Decreto 1950 de 24 de septiembre de 1973, en el artículo 122 preceptuaba que “La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año.”. No obstante, en la actualidad la norma vigente, es la Ley 1821 de 2016 que la aumentó a 70 años.

La aplicación exclusiva a los empleados públicos de la citada edad de retiro forzoso fue reiterada por la Corte Constitucional, en la sentencia C – 351 de 1995, al estudiar la exequibilidad del artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, donde determinó que “la edad de retiro consagrada en esta norma solo es aplicable a los servidores públicos”.

Descendiendo, al caso de los curadores urbanos, el Decreto 564 de 2006 incluyó la edad de retiro forzoso entre las faltas absolutas:

“Artículo 93. Faltas Absolutas: Se consideran faltas absolutas de los curadores urbanos, las siguientes:

1. La renuncia aceptada en debida forma por el alcalde municipal o distrital.
2. La destitución del cargo.
3. La incapacidad médica por más de 180 días.
4. La muerte del curador urbano.
5. La inhabilidad sobreviniente.
6. La declaratoria de abandono injustificado del cargo por más de tres días hábiles consecutivos, sin perjuicio de las sanciones que procedan.

7. **El retiro forzoso.**

8. El ejercicio de cargo público no autorizado por la ley.”

Dicha normativa fue modificada por el artículo 5 del Decreto 1100 de 2008, en los siguientes términos:

“Se consideran faltas absolutas de los curadores urbanos, las siguientes:

1. La renuncia aceptada en debida forma por el alcalde municipal o distrital.
2. La destitución del cargo.
3. La incapacidad médica por más de 180 días.
4. La muerte del curador urbano.
5. La inhabilidad sobreviniente.
6. La declaratoria de abandono injustificado del cargo por más de tres días hábiles consecutivos, sin perjuicio de las sanciones que procedan.

7. El cumplimiento de la edad para el retiro forzoso.

8. La terminación del período individual para el cual fue designado.
9. La orden o decisión judicial.”

A través del Decreto 1469 del 30 de abril de 2010, se reprodujo en iguales términos lo relacionado con las faltas absolutas de los curadores urbanos (art. 102), siendo el precepto vigente para el momento en que se expidieron los actos administrativos demandados.

No obstante, esta Subsección mediante sentencia del 9 de febrero de 2017, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, declaró la nulidad del numeral 7 del artículo 102 del Decreto Reglamentario 1469 de 2010, por exceso de la potestad reglamentaria. Se determinó entonces que la edad de retiro forzoso es una inhabilidad y para el caso de los curadores urbanos, debe estar contenida en una norma de rango legal, no reglamentaria. De ahí que el vacío en la Ley 810 de 2003, no pudiera ser suplido por el gobierno nacional.

En dicha providencia, se afirmó que, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 123 y 210 de la Constitución, es de competencia de la ley, lo relativo al régimen de los particulares que ejercen funciones públicas. Sin embargo, el artículo 9 de la Ley 810 de 2003, a pesar de regular algunos aspectos de la curaduría urbana, dejó de lado lo correspondiente a la edad de retiro forzoso. Por ello, resultó clara la falta de competencia del gobierno nacional, para que, mediante un decreto reglamentario la fijara como falta absoluta para los curadores. En este sentido se explicó:

“Así las cosas, es claro para la Sala, que cuando el Ejecutivo estableció en el numeral 2.º del artículo 83 del Decreto Reglamentario 1469 de 2010, que para poder concursar al cargo de curador los aspirantes debían entre otras, acreditar «no ser mayor de 65 años», se excedió en el ejercicio de sus facultades reglamentarias, puesto que la norma en que se fundó para la expedición de dicha regulación, esto es, Ley 810 de 2003, no le asignó la atribución de establecer dicho requisito.

Lo anterior no quiere decir, en modo alguno, que los curadores urbanos no estuvieren sujetos a una edad de retiro forzoso, pues, en este punto, la Sala acoge el criterio jurisprudencial que esta Corporación tiene definido desde la sentencia de 30 de abril de 2009, con ponencia del Consejero Marco Antonio Velilla, en el expediente 2005-00151-00, según el cual a quienes desempeñen la función pública en general se les aplica, en lo que tiene que ver con este preciso tópico, las previsiones del Decreto Ley 2400 de 1968 que en su artículo 31 fija la edad de retiro forzoso en 65 años”

2.2 Hechos probados

Designación en el cargo de curadora

Mediante Convocatoria No. 001 de 2006, el municipio de Manizales (Caldas) convocó a concurso de méritos para la designación o redesignación (sic) de los curadores urbanos de la ciudad (f. 34 – 43). Superadas las etapas de la referida convocatoria, el alcalde de Manizales designó a la demandante como Curador Urbano No. 2, para un período de 5 años contados a partir de la fecha de posesión, el 7 de junio de 2007 (fl. 52).

Retiro del servicio

El alcalde de Manizales, a través del Decreto 0309 del 27 de julio de 2010, retiró del servicio a la señora María Lucía Amador Mendieta como Curadora Urbana 2; por cuanto al superar la edad de 65 años incurrió en la causal de falta absoluta de los artículos 5 del Decreto 1100 de 2008 y 102 del Decreto 1469 de 2010, en armonía con el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968. Decisión confirmada en el Decreto 457 del 28 de septiembre de 2010, que resolvió el recurso de reposición, con fundamento en los siguientes argumentos (ff. 58-59 y 67-73):

“(…)

El decreto 564 de 2006 establece el marco jurídico aplicable a la situación jurídica concreta de la Arquitecta MARIA LUCIA AMADOR MENDIETA, por la época de vinculación a su servicio como Curadora Urbana Número 2 de la ciudad de Manizales. El artículo 93 numeral 7 del citado decreto consagra como falta absoluta “el retiro forzoso”.

En un sistema jurídico interdependiente como el nuestro, debe acudirse a otras normas legales para obtener la definición de lo que se entiende por los diferentes términos jurídicos, pues no puede pretenderse que cada norma jurídica traiga sus propias definiciones de situaciones de fácil concurrencia en otros ámbitos legales.

No con esto, se quiere decir, como lo pretende la recurrente, que se quiera aplicar la norma jurídica de referencia, al caso particular, cuando la norma específica lo ha dispuesto de otra manera.

Con la aclaración que antecede, se tiene que la norma de referencia para determinar el alcance de la expresión “retiro forzoso” contenida en el artículo 93 numeral 7 del decreto nacional 564 de 2006 como falta absoluta, se ha establecido en nuestro sistema jurídico desde el decreto 2400 de 1968, en su artículo 31 cuando estableció que (...) todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años, será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Así mismo, el artículo 102 del decreto 1469 de 2010, que reglamentó el artículo 5 del decreto 1100 de 2008, estableció como falta absoluta: “El cumplimiento de la edad para retiro forzoso”. Sin que se establezca la

edad para retiro forzoso, por lo que fuerza remitir al decreto 2400 de 1968 que establece la edad para retiro forzoso a los 65 años.

(...)

Los Curadores Urbanos, son particulares que desempeñan funciones Administrativas de naturaleza pública y de interés general en los términos del artículo 209 de la Constitución Nacional, reglamentado entre otros por los artículos 3, 110 y 111 de la ley 489 de 1.998. En tal sentido, le son aplicables las disposiciones que regulan la administración de personal civil y respecto a sus funciones las definidas en la Constitución y la ley o las asignadas por autoridad competente, igualmente se encuentran sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, faltas absolutas e impedimentos para el ejercicio del cargo, provistos en cada caso.

(...)

En conclusión para el caso concreto se tiene que tanto para la época de convocatoria del concurso en el que fue vinculada la recurrente, como para el día de hoy en que se resuelve el recurso contra el acto administrativo que la desvincula de la prestación de su servicio público, se cuenta con la suficiente claridad referida a que es causal constitutiva de falta absoluta: “llegar a la edad de retiro forzoso” que en el fondo no es más que “tener más de 65 años de edad”, caso que se encuentra suficientemente acreditado dentro del sumario, por lo que habrá de confirmarse el acto administrativo recurrido por estar ajustado a derecho.

(...)

Por último, cabe agregar que el decreto de nombramiento no podía limitar su existencia al cumplimiento de la edad de 65 años y 1 día de la curadora, puesto que esta situación en el momento de la expedición del acto administrativo decreto 0129 de 1 de junio de 2007, era un suceso futuro e incierto, que debía aclararse en el momento de su ocurrencia, situación que se verificó a través del acto administrativo que se recurre.

(...).”

La Alcaldía de Manizales, en edicto que se desfijó el 26 de octubre de 2010, notificó el Decreto 457 de 2010, que resolvió el recurso de reposición.

La demandante presentó acción de tutela ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Conocimiento y Depuración de Manizales, con la intención de salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso y al trabajo. Mediante providencia del 15 de diciembre de 2010 (ff. 152 – 161) el mencionado despacho judicial, declaró la improcedencia de la acción, por cuanto la demandante contaba con otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos que reclamaba. Decisión que fue confirmada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales, a través de la sentencia del 20 de enero de 2011 (ff. 163 – 172).

Reemplazo de la actora

El alcalde de Manizales, en el Decreto 512 del 27 de octubre de 2010, designó provisionalmente como curador urbano No. 2 al señor Jhon Jairo Osorio Garcí.

Reconocimiento pensional

La demandante presentó solicitud de reconocimiento de pensión de vejez, el 31 de octubre de

2011 ante el Instituto de Seguro Social, como lo informó el gerente nacional de Defensa Judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES (fl. 110 cuad. pruebas). Y, a partir de la consulta del registro único de afiliados a la protección social, se constató que Colpensiones le reconoció una pensión de vejez a la señora María Lucía Amador Mendieta, mediante la Resolución 88972 del 6 de mayo de 201.

2.3 Caso concreto

En el asunto bajo estudio, la accionante solicita la nulidad de los actos administrativos que la retiraron del servicio como curadora urbana, por haber llegado a la edad de retiro forzoso de 65 años. Como fundamento de la demanda señala, principalmente, que la edad de retiro forzoso, prevista en el Decreto 2400 de 1968, regula a los empleados públicos, no siendo este el caso de los curadores urbanos.

El Tribunal Administrativo desestimó las pretensiones de la accionante al considerar que, por ejercer una función pública, los curadores sí están sometidos a la edad de retiro forzoso, regulada en el Decreto 2400 de 1968.

Inconforme con la decisión del tribunal, la demandante aduce que los actos acusados desconocen la Ley 810 de 2003, la cual no limita el periodo de los curadores por la edad de retiro forzoso, e insiste en que el Decreto 2400 de 1968 no se aplica a los curadores urbanos.

Ahora bien, de conformidad con el material probatorio recaudado en el proceso se concluye que la señora María Lucía Amador Mendieta superó el concurso de méritos que le permitió ser designada como curador urbano por un período de 5 años, desde el 7 de junio de 2007. Sin embargo, no lo finalizó pues fue retirada del servicio al incurrir en la falta absoluta de llegar a la edad de retiro forzoso de 65 años. El municipio basó su decisión en el artículo 5° del Decreto 1100 de 2008, que en su criterio le permitía remitirse al Decreto 2400 de 1968, que en efecto establecía la de edad retiro forzoso a los 65 años.

Visto el marco normativo y jurisprudencial es claro que los curadores urbanos son particulares que cumplen una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción (art. 9, Ley 810 de 2003).

Entonces por disposición de la Carta Política es competencia del legislador determinar el régimen que se les aplicará y las condiciones de ejercicio de dicha función pública, asuntos sometidos a reserva legal. En cumplimiento del mandato constitucional el desarrollo normativo se ha adelantado en las Leyes 810 de 2003 (art. 9) y 1796 de 2016 (título IV).

Por su parte, la Ley 810 de 2003 determinó qué aspectos podían ser regulados por el gobierno nacional, en el inciso 4 y el numeral 3 del artículo 9, así:

“ARTÍCULO 9o. El artículo **101** de la Ley 388 de 1997 quedará así:

Artículo 101. Curadores urbanos. El curador urbano es un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, y para el loteo o subdivisión de predios, a petición del interesado en adelantar proyectos de parcelación, urbanización, edificación, demolición o de loteo o subdivisión de predios, en las zonas o áreas del municipio o distrito que la administración municipal o distrital le haya determinado como de su jurisdicción.

La curaduría urbana implica el ejercicio de una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción.

El curador urbano o la entidad competente encargada de ejercer la función pública de verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito, municipios o en el departamento de San Andrés y Providencia y Santa Catalina, serán la entidad encargada de otorgar las licencias de construcción que afecten los bienes de uso bajo la jurisdicción de la Autoridad Marítima Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el Plan de Ordenamiento Territorial y previo el concepto técnico favorable de la Dirección General Marítima, Dimar, del Ministerio de Defensa Nacional. La licencia de ocupación temporal del espacio público sobre los bienes de uso públicos bajo jurisdicción de la Dimar será otorgada por la autoridad municipal o distrital competente, así como por la autoridad designada para tal efecto por la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

El Gobierno Nacional reglamentará la distribución del recaudo que realiza la Dimar por los derechos por concesiones o permisos de utilización de los bienes de uso público bajo su jurisdicción, entre la Dimar y el respectivo municipio, distrito o la Gobernación de San Andrés y Providencia, según el caso.

El ejercicio de la curaduría urbana deberá sujetarse entre otras a las siguientes disposiciones:

1. El alcalde municipal o distrital designará a los curadores urbanos, previo concurso de méritos, a quienes figuren en los primeros lugares de la lista de elegibles, en estricto orden de calificación.

Para ser designado curador deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Poseer título profesional de arquitecto, ingeniero civil o posgrado de urbanismo o planificación regional o urbana;
- b) Acreditar una experiencia laboral mínima de diez (10) años en el ejercicio de actividades relacionadas con el desarrollo o la planificación urbana.
- c) Acreditar la colaboración del grupo interdisciplinario especializado que apoyará la labor del curador urbano.

2. Los municipios y distritos podrán establecer, previo concepto favorable del Ministerio de Desarrollo, el número de curadores en su jurisdicción, teniendo en cuenta la actividad edificadora, el volumen de las solicitudes de licencia urbanísticas, las necesidades del servicio y la sostenibilidad de las curadurías urbanas. En todo caso cuando el municipio o distrito opte por la figura del curador urbano, garantizará que este servicio sea prestado, al menos, por dos de ellos. El Gobierno Nacional reglamentará esta materia.

3. El Gobierno Nacional reglamentará todo lo relacionado con las expensas a cargo de los particulares que realicen trámites ante las curadurías urbanas, al igual que lo relacionado con la remuneración de quienes ejercen esta función, teniéndose en cuenta, entre otros, la cuantía y naturaleza de las obras que requieren licencia y las actuaciones que sean necesarios <sic> para expedirlas.

4. Los curadores urbanos serán designados para periodos individuales de cinco (5) años y podrán

ser designados nuevamente para el desempeño de esta función pública, previa evaluación de su desempeño por parte de los alcaldes municipales o distritales, en todo de conformidad con la ley que reglamente las Curadurías y con los términos y procedimientos que para el efecto reglamente el Gobierno Nacional.

5. A partir de la entrada en vigencia de esta ley, el Ministerio de Desarrollo Económico continuará cumpliendo con las funciones de coordinación y seguimiento de los curadores urbanos, con el objetivo de orientar y apoyar su adecuada implantación al interior de las administraciones locales.

6. El alcalde municipal o distrital, o su delegado permanente, será la instancia encargado de vigilar y controlar el cumplimiento de las normas urbanísticas por parte de los curadores urbanos.

7. Mientras se expide la ley de que habla en el numeral 4 de este artículo, a los curadores urbanos se les aplicarán, en lo pertinente, las normas establecidas en el Estatuto de Notariado y Registro para los casos de vacancia en el cargo, vacaciones y suspensiones temporales y licencias.

8. Ley que reglamente las curadurías determinará ente otros aspectos, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los curadores urbanos, además de los impedimentos para el ejercicio del cargo, que sean aplicables a los curadores y a los integrantes del grupo interdisciplinario de apoyo.

9. Los curadores urbanos harán parte de los Consejos Consultivos de Ordenamiento en los Municipios y Distritos en donde existen.

PARÁGRAFO. En todo caso las concesiones y permisos que otorgue la Dimar deberán otorgarse con sujeción a las normas que sobre usos del suelo haya definido el municipio o distrito en su Plan de Ordenamiento Territorial”.

Ahora bien, el numeral octavo del artículo noveno de la Ley 810 de 2003 establece que la ley que reglamente las curadurías determinaría las inhabilidades e incompatibilidades e impedimentos para el ejercicio del cargo de curador. Sin embargo, ante la ausencia de dicha ley fue el gobierno nacional, actuando con exceso de la potestad reglamentaria, quién se ocupó de regular para los curadores la falta absoluta por cumplir la edad de retiro forzoso, en los decretos 564 de 2006 (art. 93, num. 7), 1100 de 2008 (art. 5, num. 7) y 1469 de 2010 (art. 102, num. 7).

Acudiendo al Decreto 1100 de 2008 (art. 5, num. 7) el municipio de Manizales decidió retirar del servicio a la accionante, y pese a que en aquél no estaba fijada la edad de retiro forzoso se remitió al Decreto 2400 de 1968, norma cuyo campo de aplicación concierne exclusivamente a los servidores públicos.

Por consiguiente, nótese, en primera medida, que los actos de retiro de servicio de la demandante se fundaron en una norma reglamentaria expedida por el gobierno nacional con exceso de la potestad reglamentaria, pues tal como lo estableció esta Sala, en sentencia del 9 de febrero de 2017, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, la Ley 810 de 2003 no se ocupó de la edad de retiro forzoso, y la Carta Política establece una reserva legal para regular el régimen de los particulares que ejercen funciones públicas.

Cabe destacar, en segundo lugar, que el municipio no podía acudir a la edad de retiro forzoso de 65 años, prevista en el Decreto 2400 de 1968, que se reitera solo cobija a los servidores públicos,

ya que así lo consideró la Corte Constitucional, en la sentencia C-351 de 1995. Desconociéndose con ello que la actora en la condición de curadora era una particular que desempeñaba funciones públicas.

Aunado a lo anterior, la Sala acoge los planteamientos expuestos por la demandante, en el escrito de apelación, relativos al desconocimiento de la estabilidad laboral; en razón a que tenía una expectativa legítima de terminar el periodo de 5 años para el que había sido nombrada, por haber superado el concurso para el cargo de curador en el municipio de Manizales.

Las anteriores consideraciones conllevan a declarar la nulidad de los **Decretos 0309 del 27 de julio de 2010 y 0457 del 28 de septiembre de 2010**, proferidos por el alcalde del municipio de Manizales (Caldas), a través de los cuales retiró del servicio a la demandante del cargo de Curadora Urbana No. 2.

Del restablecimiento del derecho. Reintegro

Como consecuencia de lo anterior, se analizará la solicitud de reintegro de la parte demandante al cargo de Curadora Urbana del municipio de Manizales.

Para tal efecto, la Sala dirá que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos enjuiciados la situación se retrotrae a su estado anterior, lo que significa en materia laboral, que se ordene el reintegro cuya desvinculación se produjo por la decisión ilegal.

Empero, en el sub lite el periodo para el cual fue designada la demandante culminó el 7 de junio de 2012, por consiguiente, no es posible ordenar el reintegro al cargo de curadora urbana del municipio de Manizales.

Restablecimiento del derecho por el pago de los honorarios

-Dictamen pericial y objeción por error grave

En cuanto al restablecimiento del derecho por el pago de los honorarios dejados de percibir por la señora Amador Mendieta, entre el 27 de octubre de 2010 y el 7 de junio de 2012, cuando vencía el período para el cual fue designada, se tiene que obra en el proceso el dictamen pericial, contenido en el cuaderno 3, rendido el 24 de mayo de 2013, donde estableció el monto de la indemnización, así:

RESUMEN DE INDEMNIZACIONES

A continuación presento un cuadro en el cual se resume el valor determinado por cada una de las indemnizaciones para las cuales se ordenó este experticio:

CONCEPTO	VALOR	OBSERVACIONES
I. LUCRO CESANTE	\$ 279.736.542	Se encuentra en el literal d, numeral 5, del capítulo I
II. COSTOS FINANCIEROS	0	No se determinó valor alguno
III. DAÑO EMERGENTE	\$54.671.819	
TOTAL INDEMNIZACION	\$334.408.361	

Sobre la forma cómo se realizó, el auxiliar de la justicia indicó que “Para realizar el experticio se solicitó a la señora MARIA LUCÍA AMADOR MENDIETA la presentación de los libros de contabilidad (libro mayor y balances, libro de inventario), estado de resultados, documentos soportes de pagos (facturas de venta, comprobantes de egreso, facturas de gastos y/o compras de bienes y servicios) necesarios para la prestación del servicio de curaduría urbana correspondientes al año 2010”.

Del anterior dictamen, el a quo corrió traslado a las partes por el término de 3 días, según el numeral 1 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, mediante auto del 15 de julio de 2013 (f. 306).

El municipio de Manizales solicitó la aclaración y complementación del dictamen, el 23 de julio de 2013. En respuesta, el 8 de agosto de 2013, el perito lo reiteró, y se pronunció de forma concreta sobre cuál fue la metodología utilizada para la realización del dictamen, así:

A continuación explico la metodología utilizada para llegar a la cifra final del Lucro Cesante a indemnizar y respecto de los soportes /los que no relaciona taxativamente/ se anexaron los que se consideraron necesarios para soportar el informe final:

- Se solicitan los Estados de Resultados por los meses de enero a diciembre de 2.010.
- Se revisan, cruzan y verifican las cifras registradas en estos estados de resultados con los soportes contables y demás libros de contabilidad y declaraciones tributarias.
- Con base en estos estados de resultados se obtiene la utilidad promedio mensual para el año 2.010, que es la base para calcular la indemnización por Lucro Cesante
- Se determina el periodo a indemnizar
- El promedio mensual obtenido se ajusta con el Índice de Precios al Consumidor (IPC), publicado por el DANE (Departamento Nacional de Estadística), por el periodo 1 de febrero de 2011 a junio 12 de 2.013, para cada uno de estos meses, como se liquidó en el anexo # 6 del informe pericial
- Se liquida como lucro cesante por cada mes dejado de laborar el valor promedio de utilidad generado en el año 2010, ajustado con el IPC, acumulado desde el 1 de febrero de 2.011, hasta el mes que se está liquidando

Para llegar a la cifra final por concepto de indemnización por daño emergente, se siguió el siguiente procedimiento:

- Se solicitan las relaciones de gastos considerados como daño emergente, las cuales estaban acompañadas de las facturas o documentos que soportan dichos gastos.
- Se evalúan estos gastos para determinar si son procedentes, si tienen relación de causalidad con la actividad productora de renta, si los soportes se ajustan a las normatividad vigente.
- Se reconocen aquellos gastos que se considera cumplen con los parámetros anteriores, los gastos que no cumplen son rechazados.
- Se presenta a continuación un resumen de la liquidación de la indemnización por concepto de daño emergente:

Ante la inconformidad frente a la respuesta del perito, de conformidad con lo establecido en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, el municipio objetó por error grave el dictamen,

reiterando los argumentos del escrito de aclaración

.

Como primer aspecto, se advierte que el a quo, no se pronunció sobre la objeción, por ello, será analizada, pues conforme el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época, se puede resolver en la sentencia.

La jurisprudencia de esta Corporación ha definido que el error grave se da cuando el dictamen se rinde frente a materias distintas sobre las que debió versar la pericia, y en consecuencia, al presentarse cambia el sentido de aquél, de modo que “cuando el perito dictamina en sentido contrario a la realidad y de esa manera altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizad”. El error grave conduce a conclusiones erradas y, por ello, no puede ser tenido en cuenta el dictamen, “pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven (...)”.

Igualmente, impera traer a colación los requisitos que debe reunir un dictamen probatorio, para que el juez lo valore según los principios de la sana crítica y las reglas de la experienci:

“Que (...) esté debidamente fundamentado. Así como el testimonio debe contener la llamada 'razón de la ciencia del dicho', en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y (...) puede negarse a adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable (...).

“Que las conclusiones (...) sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos (...) puede ocurrir también que el juez no se encuentre en condiciones de apreciar sus defectos, en cuyo caso tendrá que aceptarla; pero si considera que las conclusiones de los peritos contrarían normas generales de la experiencia o hechos notorios o una presunción de derecho o una cosa juzgada o reglas elementales de la lógica, o que son contradictorias o evidentemente exageradas o inverosímiles, o que no encuentran respaldo suficiente en los fundamentos del dictamen o que están desvirtuadas por otras pruebas de mayor credibilidad, puede rechazarlo (...).

“Que las conclusiones sean convincentes y no parezcan improbables, absurdas o imposibles (...) no basta que las conclusiones sean claras y firmes, como consecuencia lógica de sus fundamentos o motivaciones, porque el perito puede exponer con claridad, firmeza y lógica tesis equivocadas. Si a pesar de esa apariencia, el juez considera que los hechos afirmados en las conclusiones son improbables, de acuerdo con las reglas generales de la experiencia y con la crítica lógica del dictamen, este no será convincente, ni podrá otorgarle la certeza indispensable para que lo adopte como fundamento exclusivo de su decisión (...).

“Que no existan otras pruebas que desvirtúen el dictamen o lo hagan dudoso o incierto. Es obvio que si en el proceso aparecen otras pruebas que desvirtúen las conclusiones del dictamen o al menos dejen al juez en situación de incertidumbre sobre el mérito que le merezca, luego de una crítica razonada y de conjunto, aquél no puede tener plena eficacia probatoria.

En el presente caso, se advierte que el dictamen pericial practicado en el proceso tuvo por objeto

determinar, el monto de la indemnización que solicita la parte actora, integrado por los perjuicios sufridos, como consecuencia del retiro como Curadora Urbana en el municipio de Manizales, durante el lapso transcurrido entre el 27 de octubre de 2010 y el 7 de junio de 2012, fecha en que se terminaba el periodo para el cual fue designada. Además, se solicitó se tasara el daño emergente correspondiente a los costos financieros, costos tributarios, servicio públicos, mercantiles, laborales y parafiscales.

Para un mejor entendimiento de la objeción por error grave, interpuesta por el municipio, la Sala procede a sintetizar sus argumentos:

Los estados financieros solo se deben fundar en los libros de contabilidad que cumplen con los requisitos del Código de Comercio.

-El perito se basó en los “ingresos propiamente dichos”, cuando lo debido era tener en cuenta los estados financieros, que no fueron soportados con los libros de contabilidad, pese a ordenarlo así los artículos 48 y 56 del Código de Comercio. Advirtió que la única prueba de los estados financieros son los libros de contabilidad (art. 68 ídem

173

626

.

-Con las declaraciones de IVA debieron aportarse los documentos fuente denominados, el auxiliar de caja o auxiliar de ingresos para cada periodo.

El dictamen tuvo en cuenta ingresos recibidos por la función de curaduría, presuntamente percibidos por la actora después del retiro del servicio

-El municipio indicó que devengar ingresos con posterioridad a la dejación del cargo, por procesos terminados, puede constituir un ilícito penal.

Se aportaron dos estados de resultados diferentes para el mes de octubre de 2010.

-Se presentaron dos estados diferentes para el mes de octubre de 2010, que además no están certificados, requisito que deben cumplir (Ley 43 de 1993, art. 7, num. 3, lit. b).

Los estados financieros carecen de la certificación exigida por la ley

-Los estados no están firmados, en conjunto, por la curadora y la contadora pública, por lo tanto, solo se pueden tener en cuenta como borradores.

La metodología no fue adecuada

-El dictamen debió efectuarse con los libros de contabilidad, los estados financieros certificados, y éstos se cruzan con las declaraciones de IVA y la declaración anual de renta.

Falta de confiabilidad

-Los estados financieros básicos que se preparan para efectos de inspección, vigilancia y control, deben ser confiables y oportunos (art. 26 Dec. 2649 de 1993), y observar los principios de comprensibilidad, relevancia, confiabilidad y comparabilidad. Por este motivo, el municipio

reprocha el dictamen, ya que existen unas diferencias de \$9.473.009 y \$17.471.183, entre los ingresos reportados en el estado de resultados y los de la declaración de IVA, en los periodos julio – agosto y noviembre – diciembre de 2010.

Con el fin de estudiar las objeciones realizadas por la parte pasiva, la Sala destaca que la prueba pericial informa al juez sobre aspectos técnicos, artísticos o científicos, pero no es suficiente con que el auxiliar de la justicia responda los interrogantes de la parte, sino que se debe rendir el dictamen con suficiencia y certeza. Así pues, el juez desde las reglas de la experiencia y la sana crítica evalúa las conclusiones del perito, para determinar si las acoge.

En este orden de ideas, para abordar lo debatido por el municipio, debe señalarse que la certificación de estados financieros, según el **artículo 37 de la Ley 222 de 1995**, **“consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros”**. Dicha declaración debe ser emitida por el representante legal y el contador público, responsables de la preparación de los estados financieros. De este modo, la omisión de la firma del representante legal conlleva a que los estados financieros no estén certificados. Esta Sala se permite traer lo considerado por la Sección Cuarta de esta Corporación, sobre dichos documentos contable:

“De esta manera, la firma del representante legal y del contador es la que da “testimonio” de que la información contenida en el estado financiero se ha verificado de manera previa y se ajusta a los libros.

Esto se corrobora con lo expuesto en el artículo 33 del Decreto 2649 de 1993, que señala que “[s]on estados financieros certificados aquellos firmados por el representante legal, por el contador público que los hubiere preparado y por el revisor fiscal, si lo hubiere, dando así testimonio de que han sido fielmente tomados de los libros”.

Visto lo anterior, la Sala debe decir que el dictamen pericial se basó en los estados de resultados mensuales del año 2010, sin embargo, tal como lo anotó la parte demandada, no se aportaron al proceso los estados financieros certificados ni los libros de contabilidad con las formalidades exigidas por el Código de Comercio. Y, aunque en la respuesta a la solicitud de aclaración del dictamen, el perito haya indicado que la firma del contador público, les da presunción de legalidad, el Consejo de Estado ha considerado que los documentos emanados de los contadores para que tengan valor probatorio “no puede limitarse a simples afirmaciones sobre las operaciones de orden interno y externo carentes de respaldo documental. El profesional de las ciencias contables es responsable de la contabilidad o de la revisión y análisis de las operaciones de un ente social y está en capacidad de indicar los soportes, asientos y libros contables donde aparecen registradas las afirmaciones vertidas en sus certificaciones.

También se precisa que para el mes de octubre de 2010, con la demanda se aportó un certificado de resultados con unos ingresos de \$86.653.241 (fl. 71), y después para ese mismo mes el valor se varió a \$47.813.424. El perito justificó el cambio señalando que esos ingresos de \$86.653.241 correspondían a la suma de los meses de octubre (\$47.813.424), noviembre (\$29.217.281) y diciembre (\$9.622.536) (fl. 93 cuad. 3). No obstante, si bien el perito aclara cómo hace la operación matemática, lo cierto es que la actora fue retirada efectivamente del servicio desde el 27 de octubre de 2010 (inclusive). De donde se colige que dichos ingresos de los meses de noviembre y diciembre carecen de justificación.

Por consiguiente, la Sala comparte el reproche del municipio sobre que los estados utilizados por el perito para efectuar el dictamen no se encontraban certificados ni soportados en los libros de contabilidad que cumplieran con los requisitos del Código de Comercio, que son necesarios para darle al juez certeza sobre los honorarios percibidos por la actora durante el año 2010, de los cuales partió el perito para hacer una proyección sobre lo dejado de percibir por el tiempo que le restaba del periodo de 5 años, para el que fue designada.

Como corolario de lo expuesto, al incumplirse con los requisitos de la contabilidad presentada por la parte actora y que fue objeto de estudio por el perito, la Sala no puede tener como prueba dicho dictamen.

Pues bien, se destaca que la parte actora solicita el pago de una indemnización, integrada por los perjuicios materiales causados debido a la separación del cargo; pero, esta corporación ha considerado que el restablecimiento del derecho opera no a título de indemnización sino como una ficción, en virtud de la cual se retrotrae la situación jurídica como si la persona hubiera permanecido en el empleo, y por ello, se ordena el pago de la remuneración dejada de percibir.

Así las cosas, visto que se desestima el dictamen, el restablecimiento del derecho se hará conforme lo ha ordenado la jurisprudencia del Consejo de Estado, al indicar que, a manera de ficción, los honorarios se liquidarán con base en los ingresos mensuales netos percibidos por la persona que desempeñó el empleo de curador urbano, en reemplazo de la demandante.

Por lo tanto, se calcularán los honorarios netos de quien ejerció el cargo de Curador Urbano N°2 del municipio de Manizales, por el tiempo que le quedaba de periodo a la actora, es decir, del 27 de octubre de 2010 hasta el 7 de julio de 2012. Pero, la Sala observa que Colpensiones, mediante la Resolución 88972 del 6 de mayo de 2013, le reconoció una pensión de vejez a la demandante, la cual es incompatible con la percepción de honorarios provenientes del erario, cuando para el reconocimiento de la pensión se han tenido en cuenta tiempos prestados en el sector público.

No obstante, dado que la señora María Lucía Amador Mendieta tenía la expectativa legítima de continuar en el empleo de curadora, hasta la finalización del período de 5 años, y solo habría solicitado el reconocimiento de la pensión por haber finalizado aquél; la Sala debe ordenar como restablecimiento del derecho, que se le paguen las diferencias entre los honorarios netos y el valor de la pensión, en el caso que haya percibido mesadas pensionales antes del 7 de julio de 2012.

Además, se ordenará el descuento de los pagos que la actora haya recibido en razón de otro ingreso de origen público por concepto laboral, en virtud de los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la Ley 4 de 199.

III. DECISIÓN

La Sala concluye que la decisión de primera instancia deberá ser revocada, teniendo en cuenta que se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia del quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014), proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que negó las súplicas de la demanda.

En su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de los Decretos 0309 del 27 de julio de 2010 y 0457 del 28 de septiembre de 2010, dictados por el alcalde de Manizales (Caldas), por medio de los cuales retiró del servicio a la señora María Lucía Amador Mendieta como Curadora Urbana No. 2, por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior nulidad se le ORDENA al Municipio de Manizales (Caldas) reconocer y pagar a título de restablecimiento del derecho, los honorarios netos de quien ejerció el cargo de Curador Urbano N°2 del municipio de Manizales, por el tiempo que le quedaba de periodo a la actora, es decir, del 27 de octubre de 2010 hasta el 7 de julio de 2012. No obstante, en el caso que haya percibido la pensión antes del 7 de julio de 2012, se le pagarán las diferencias entre los honorarios netos y el valor de la mesada.

Además, se ordenará el descuento de los pagos que la actora haya recibido en razón de otro ingreso de origen público por concepto laboral, en virtud de los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la Ley 4 de 1992.

Dicho pago se ajustará en su valor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$R = \frac{Rh \text{ índice final}}{\text{Índice inicial}}$

Índice inicial

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es la correspondiente suma adeudada, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, según se dispuso en la parte motiva de la providencia).

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Se dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

