



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 091

Asunto:	Decide consulta de desacato
Acción:	Popular –Incidente de Desacato–
Radicación:	17001-33-39-008-2021-00161-02
Accionante:	JOSÉ DAVID GÓMEZ MARTÍNEZ actuando en calidad de Personero Municipal de Chinchiná, Caldas
Accionado:	DEPARTAMENTO DE CALDAS –SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPIO DE CHINCHINÁ, CALDAS.

Manizales, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 41 de la Ley 472 de 1998, el artículo 35 del Código General del Proceso, y el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹, procede el Despacho a revisar, en grado jurisdiccional de consulta, la sanción por desacato impuesta por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales en providencia del 1 de diciembre de 2021, dentro del incidente promovido por el incumplimiento de la orden impartida por ese Despacho judicial en auto n°641 del 23 de julio de 2021 en el que se decretó medida cautelar, dentro de la acción popular de la referencia.

ANTECEDENTES

La providencia que se alega incumplida

En el trámite de la acción popular radicada por el señor Personero del Municipio de Chinchiná, Caldas, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, por auto del 23 de julio de 2021 resolvió:

“1. ORDENAR como medida cautelar, al DEPARTAMENTO DE

¹ En adelante, CPACA.

CALDAS–SECRETARÍA DE EDUCACIÓN que, de manera INMEDIATA, proceda a:- Garantizar el servicio de vigilancia que resulte necesario para velar por la seguridad de la comunidad académica y de las instalaciones de la Sede Cartón Colombia de la Institución Educativa Santo Domingo Savio del Municipio de Chinchiná, tanto en el día como en la noche. -. Garantizar el servicio de aseo y desinfección a la Institución Educativa Santo Domingo Savio-Sede Cartón Colombia, de tal manera que el retorno a clases se desarrolle bajo los parámetros de bioseguridad establecidos por el Ministerio de Salud.”

Incidente de desacato

El personero del Municipio de Chinchiná indicó que por parte del Departamento de Caldas no se había dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el auto que decretó medida cautelar ya que al 3 de agosto de 2021 la Sede Fundación Cartón Colombia de la Institución Educativa Santo Domingo Savio del Municipio de Chinchiná, permanecía sin servicios de vigilancia y aseo y desinfección.

De conformidad con dicha manifestación, la juez de primera instancia surtió las siguientes actuaciones:

-Requerimiento al Gobernador del Departamento de Caldas

Por auto del 05 de agosto de 2021, se dispuso requerir al Gobernador del Departamento de Caldas, para que diera cumplimiento a lo ordenado en el auto n° 641 del 23 de julio de 2021.

Pronunciamiento del Departamento de Caldas

Mediante memorial visible en el archivo 4 del expediente electrónico, manifestó que en virtud de la pandemia Covid -19, el Departamento de Caldas ha trabajado arduamente en cada Institución Educativa con el fin de que el retorno a clases se hubiera realizado de la mejor manera cumpliendo con todos los protocolos de bioseguridad, para lo cual han realizado inversiones para mitigar el riesgo de contagio Covid-19, ya que en estos momentos se puede observar que desde el mes de noviembre de 2020 se han venido entregando elementos de protección y elementos cuya única finalidad es la de mitigar o reducir el riesgo de contagio como lavamanos portátiles y autónomos, tapetes de desinfección, jabón líquido para lavado de manos, desinfectante para los tapetes, alcohol glicerinado, batas antifluido, termómetro y tapabocas.

Mencionó que por medio de la Resolución No. 1900-6 del 28 de abril de 2021, se realizó el traslado de fondos a la I.E. Santo Domingo Savio por valor de catorce millones doscientos nueve mil ochocientos cincuenta pesos (\$ 14'209.850,00) y por medio de la Resolución No. 3553-6 del 26 de julio de 2021 se trasladó la suma de seis millones ochocientos sesenta y cuatro mil pesos (\$ 6'864.000,00), para compra de fumigadoras de aspersión, alcohol glicerinado, amonio cuaternario.

Indicó que en virtud de la presente acción popular y la medida decretada se realizaron las siguientes acciones:

1. Adicionalmente al servicio de aseo con el que ya cuenta la I.E., asignó medio servicio más, con dedicación a la sede Cartón de Colombia.
2. A través de la empresa de seguridad privada "Seguridad Nápoles" realizó un diagnóstico de seguridad a la sede Fundación Cartón de Colombia y, como primera medida, se iniciará rotación permanente con un vigilante y en lo sucesivo, se iniciarán los estudios pertinentes para adoptar otras decisiones que mejoren la seguridad de la Institución Educativa.

Agregó debe de tenerse en cuenta que parte de la problemática en seguridad observada por el Personero obedece a la falta de clases presenciales en la I.E., al punto que los videos aportados como prueba datan del 9 de abril y del 22 de abril de 2021 y otro de un día domingo, cuando en la institución educativa no se estaba prestando ningún servicio, lo que en principio, demuestra que la comunidad educativa no estuvo nunca en riesgo; no obstante, reiteró que se realizó el correspondiente estudio de seguridad y se empezaron a adoptar medidas para contrarrestar cualquier tipo de riesgo

-Mediante auto del 19 de agosto de 2021, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dispuso fijar fecha para llevar a cabo la audiencia de verificación de cumplimiento de la medida cautelar decretada, la cual se realizó el 01 de octubre de 2021.

-En providencia del 07 de octubre de 2021, El Despacho de primera instancia decretó las pruebas solicitadas por la parte demandante y demandada, en las que se ordenó oficiar a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, para que emitiera un informe pormenorizado del cumplimiento de la medida cautelar contenida en el Auto Interlocutorio n° 641 de 2021, del 23 de julio de 2021 y al Rector de la Institución Educativa Santo Domingo Savio del Municipio de Chinchiná, para que certificara si la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas había dado cumplimiento a la medida cautelar mencionada. Se decretó también la prueba testimonial de la señora

ALBA LUCIA AGUDELO FRANCO, coordinadora de la Sede Fundación Cartón Colombia de la Institución Educativa Santo Domingo Savio.

La providencia consultada

Por auto del 1 de diciembre de 2021, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales decidió el incidente de la referencia y dispuso:

PRIMERO: DECLARAR que el GOBERNADOR DE CALDAS, doctor LUIS CARLOS VELÁSQUEZ CARDONA ha incurrido en DESACATO de la medida cautelar contenida en el Auto Interlocutorio No. 641 del 23 de julio de 2021, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: IMPONER al GOBERNADOR DE CALDAS, doctor LUIS CARLOS VELÁSQUEZ CARDONA, a título de sanción MULTA equivalente a DIEZ (10) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES con destino al FONDO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS, conforme a lo normado en el artículo 41 de la Ley 472 del 5 de agosto de 1998. La multa deberá ser cancelada dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de este auto.

PARAGRAFO: Transcurrido el término concedido sin que se haya efectuado el pago de la sanción antes referida, remítase copia de esta providencia con la constancia de ejecutoria con destino al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

TERCERO: SE REQUIERE una vez más al DEPARTAMENTO DE CALDAS para el cumplimiento de la orden dada en la medida cautelar decretada que dio origen al presente trámite incidental, en especial en los puntos señalados en la parte considerativa de la presente providencia.

CUARTO: NOTIFÍQUESE personalmente este auto al GOBERNADOR DE CALDAS, doctor LUIS CARLOS VELÁSQUEZ CARDONA.

QUINTO: CONSÚLTESE esta providencia con el Tribunal Administrativo de Caldas en efecto DEVOLUTIVO, en los términos del artículo 41 de la Ley 472 de 1998.

Como fundamento de la sanción la juez de instancia consideró que “la entidad accionada ha dado cumplimiento a lo ordenado respecto de garantizar el servicio de aseo y desinfección en la sede Cartón de Colombia de la Institución Educativa Santo Domingo Savio, ello por cuanto si bien al inicio de la acción popular el Departamento de Caldas a través de la Secretaria de Educación no se encontraba cumpliendo con los protocolos de

bioseguridad que se exigen en virtud de la actual pandemia Covid-19, no puede desconocer el Despacho que la finalidad del presente trámite incidental es la de verificar el cumplimiento de una orden dada y aplicar las medidas necesarias para asegurar que las ordenes sean cabal y oportunamente satisfechas, en este caso, para el Despacho resulta claro que en cuanto el servicio de aseo y desinfección se encuentra más que satisfecha dicha pretensión tal y como lo establece la docente coordinadora de la sede educativa, quien de primera mano conoce y vivencia las situaciones que al interior de la institución se suscitan.

Ahora bien, respecto del servicio de vigilancia, recordemos que el fundamento de tal pedimento radica en que la Institución Educativa no cuenta con personal de vigilancia, ni con cerramiento perimetral, lo cual ha generado que habitantes en situación de calle ingresen permanentemente a las instalaciones a consumir sustancias psicoactivas, tener relaciones sexuales, generar daños a la infraestructura y el hurto de la infraestructura de la Institución Educativa.

De acuerdo con lo manifestado por el Departamento de Caldas, el rector y la coordinadora de la Institución Educativa Santo Domingo Savio- Sede Cartón Colombia, se pudo establecer que actualmente se presta el servicio de vigilancia de seguridad de manera alterna, es decir, día de por medio y solo en las noches, ya que la persona que presta el servicio de guarda de vigilancia es el mismo designado para la sede central Santo Domingo Savio, que presta dicho servicio en ambas sedes un día sí y un día no de manera alternada.

(...) considera el Despacho que con el ánimo salvaguardar la seguridad de la comunidad educativa de la multicitada sede, el servicio de vigilancia se debe prestar durante las 24 horas y no de manera alterna día de por medio y solo en las noches como lo vienen haciendo, toda vez que los docentes y estudiantes se enfrentan a un ambiente delictivo de consumo de sustancias psicoactivas por parte de terceros ajenos a la institución que pueden ingresar en cualquier momento.

Así las cosas, el servicio de vigilancia de manera alterna, es decir, día de por medio y solo en las noches, no resulta ser suficiente para atender las necesidades y situaciones que vive la Sede Cartón Colombia, (...).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Competencia del Tribunal

Como se indicó al inicio de esta providencia, de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 41 de la Ley 472 de 1998, esta Corporación es

competente para revisar en grado jurisdiccional de consulta, la legalidad de la sanción impuesta por desacato al Gobernador del Departamento de Caldas, señor Luis Carlos Velásquez Cardona, por parte del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales.

Sentido y alcance del incidente de desacato en acciones populares

El artículo 41 de la Ley 472 de 1998, en cuanto al desacato, dispone en lo pertinente que,

La persona que incumpliere una orden judicial proferida por la autoridad competente en los procesos que se adelanten por acciones populares, incurrirá en multa hasta de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales con destino al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, conmutables en arresto hasta de seis (6) meses, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por la misma autoridad que profirió la orden judicial, mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico, quien decidirá en el término de tres (3) días si debe revocarse o no la sanción. La consulta se hará en efecto devolutivo².

De acuerdo con lo expuesto, el desacato tiene fundamento en el incumplimiento de la orden legalmente dada por un juez dentro del trámite de una acción popular, de tal suerte que si es inobservada el juez debe imponer, previo trámite incidental especial, la sanción correspondiente por la desobediencia en que incurre.

Este precepto, como lo ha señalado el H. Consejo de Estado³, “(...) no es más que un medio que utiliza el juez del conocimiento de la acción popular, en ejercicio de su potestad disciplinaria, para sancionar **a quien** desatienda las órdenes judiciales que se han expedido para hacer efectiva la protección de los derechos colectivos”.

En punto al objeto y alcance del desacato en acciones de tutela, así como a la facultad que le asiste al Juez para sancionar por desacato a quien incumple un fallo dentro de tal mecanismo de amparo, la H. Corte Constitucional en la sentencia T-421 de 2003 precisó, entre otras cosas, que la finalidad del

² Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-542-10 de 30 de junio de 2010, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

³ H. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Dr. Álvaro González Murcia. Sentencia del 30 de abril de 2003. Radicación número: 41001-23-31-000-2000-3508-02(AP). Actor: Rubén Darío López López. Demandado: Municipio de Neiva.

incidente de desacato no es la imposición de la sanción en sí misma, sino la sanción como una de las formas de búsqueda del cumplimiento de la sentencia, que la imposición o no de una sanción dentro del incidente puede implicar que el demandado se persuada o no del cumplimiento de una sentencia, y que en caso de que se haya adelantado todo el trámite y resuelto sancionar por desacato, **para que la sanción no se haga efectiva el renuente a cumplir podrá evitar ser sancionado acatando**. Las anteriores consideraciones son también aplicables a las acciones populares, tal como lo sostuvo el H. Consejo de Estado en sentencia del 30 de octubre de 2008⁴.

Conviene precisar que, tal como acontece en los incidentes de desacato promovidos dentro de las acciones de tutela, la procedencia en la imposición de la sanción por desacato requiere además del sólo incumplimiento a lo ordenado en el curso de una acción popular, el comportamiento negligente y la renuencia del sujeto pasivo a acatar la decisión proferida. En tal sentido, no puede presumirse la responsabilidad por el mero hecho del incumplimiento.

Examen del caso concreto

En el *sub lite*, la orden judicial que se dice desacatada, fue del siguiente tenor:

“1. ORDENAR como medida cautelar, al DEPARTAMENTO DE CALDAS –SECRETARÍA DE EDUCACIÓN que, de manera INMEDIATA, proceda a: -. Garantizar el servicio de vigilancia que resulte necesario para velar por la seguridad de la comunidad académica y de las instalaciones de la Sede Cartón Colombia de la Institución Educativa Santo Domingo Savio del Municipio de Chinchiná, tanto en el día como en la noche. -. Garantizar el servicio de aseo y desinfección a la Institución Educativa Santo Domingo Savio-Sede Cartón Colombia, de tal manera que el retorno a clases se desarrolle bajo los parámetros de bioseguridad establecidos por el Ministerio de Salud.”

Este Despacho advierte que respecto de la parte final de la orden anterior no existe discusión, ya que se acreditó el servicio de aseo y desinfección en la Institución Educativa Santo Domingo Savio-Sede Cartón Colombia y así se concluyó en el auto que se analiza.

⁴ H. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Sentencia del 30 de octubre de 2008. Radicación número: 08001-23-31-000-2002-00635-01(AP). Actor: Bernabé Hernández Meza. Demandado: Municipio de Sabanalarga.

Ahora, en relación con la orden de garantizar el servicio de vigilancia que resulte necesario para velar por la seguridad de la comunidad académica y de las instalaciones de la Sede Cartón Colombia de la Institución Educativa Santo Domingo Savio del Municipio de Chinchiná, tanto en el día como en la noche, se acreditó en primera instancia el cumplimiento parcial de dicha medida y por ello la Juez de instancia concluyó que:

De acuerdo con lo manifestado por el Departamento de Caldas, el rector y la coordinadora de la Institución Educativa Santo Domingo Savio- Sede Cartón Colombia, se pudo establecer que actualmente se presta el servicio de vigilancia de seguridad de manera alterna, es decir, día de por medio y solo en las noches, ya que la persona que presta el servicio de guarda de vigilancia es el mismo designado para la sede central Santo Domingo Savio, que presta dicho servicio en ambas sedes un día sí y un día no de manera alternada.

La simple lectura de la anterior conclusión conduciría a confirmar la sanción impuesta por desacato, sin embargo, procede este Despacho al análisis de los argumentos del Departamento de Caldas para sustentar el cumplimiento de la medida.

En primer lugar, aduce el Departamento de Caldas que la empresa de seguridad Nápoles realizó estudio de seguridad en el que plasmó varias recomendaciones entre las cuales se encuentran:

- 1.- Instalar servicio de vigilancia física en horas de la noche, por días intermedios y/o alternos, así mismo, malla perimetral con una altura optima y con apoyo en concertina.
- 2.- Adquirir una línea de internet con el fin de que los funcionarios puedan monitorear desde sus equipos celulares el Circuito Cerrado de Televisión.

Al respecto, indicó el apoderado de la entidad territorial que de la existencia de dicho estudio informó al juzgado de conocimiento antes de la sanción.

En segundo término, el Departamento de Caldas adujo que de manera oportuna informó al Juzgado Octavo Administrativo de Manizales que en el Juzgado Primero Administrativo de esta ciudad con radicado n°170013333001-2021-00187-00, se adelantaba otra acción Popular, donde intervenían las mismas partes, con las mismas pretensiones, sobre la I.E. SANTO DOMINGO SAVIO, excepto la sede Cartón de Colombia, por estar adelantándose ya el presente proceso.

Explicó el Departamento de Caldas que a través de la sentencia 210 del 25 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales se aprobó el acuerdo logrado en audiencia de pacto de cumplimiento en la que se dispuso:

“(i) La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas se compromete a mantener durante lo que resta de la vigencia 2021 y por todo el año 2022, las gestiones adoptadas en torno al manejo de las condiciones de aseo en la Institución Educativa Santo Domingo Savio (Chinchiná), con ocasión a la medida cautelar impartida por el despacho con la admisión de este medio de control; comprometiéndose además durante el mismo tiempo a tomar y ordenar las reparaciones que sean necesarias para los lavamanos portátiles con que cuenta dicha Institución, que aseguren su efectivo y completo funcionamiento.

(ii) La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas se compromete -a través de la gestión del rector de la institución educativa- a implementar un sistema de monitoreo con un plazo de ejecución máximo al 07 de diciembre de 2021. Servicio que será prestado bajo la modalidad de vigilancia disuasiva con una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2023 en los términos como fuera determinado según los estudios que arrojó la empresa contratada para el efecto, durante las 24 horas y 7 siete días a la semana, con las amplitudes contractuales que se permitan y que sean del caso.”

En criterio de la entidad accionada, al tener las dos acciones populares el mismo objeto, pero en sedes diferentes de la IE Santo Domingo Savio (Chinchiná), no existe fundamento para sancionar al Gobernador de Caldas ya que para imponer la sanción se cambió el contenido inicial de lo ordenado en la medida cautelar al concluir en el auto consultado que: *“(...) con el ánimo salvaguardar la seguridad de la comunidad educativa de la multicitada sede, el servicio de vigilancia se debe prestar durante las 24 horas y no de manera alterna día de por medio y solo en las noches como lo vienen haciendo (...)”*; pasando por alto que lo dispuesto en la orden cautelar fue garantizar el servicio de vigilancia que resulte necesario para velar por la seguridad de la comunidad académica y de las instalaciones de la Sede Cartón Colombia de la Institución Educativa Santo Domingo Savio del Municipio de Chinchiná, tanto en el día como en la noche.

Se agregó que el 30 de noviembre de 2021, se suscribió el contrato de suministro n°50 entre la Institución Educativa Santo Domingo Savio y la empresa de seguridad privada VIGITECOL LTDA para el suministro de elementos para el monitoreo de cámaras de seguridad en la sede Fundación Cartón Colombia, según Resolución Departamental No. 5294-6, precisando

que si bien el origen se encuentra en la acción popular tramitada en el Juzgado Primero Administrativo de Manizales, lo cierto es que el monitoreo se realizará en toda la institución educativa durante todos los días de la semana.

Finalmente se refirió a la certificación de la unión temporal Seguridad Gobercaldas SED 2020, conformada por la empresa de Seguridad privada "Seguridad Nápoles" y "VIGITECOL" en la que indican lo siguiente: *"me permito manifestar a la entidad, que desde el pasado 5 de agosto de 2021, la institución educativa santo domingo sabio, sede Cartón de Colombia, cuenta con servicio de vigilancia 12 Horas Nocturnas, en días alternos, lo anterior una vez realizado el Análisis del entorno: Con la ayuda de estadísticas publicadas por autoridades, bases de datos de información delincriminal del entorno con el ánimo de medir el nivel de riesgo, acerca de la presencia de organizaciones y/o bandas delincuenciales en el sector, relaciones con vecinos, antecedentes delincuenciales en la zona, vías de acceso y puntos de atención cercanos como hospitales o estaciones de policía.*

Destaca el apoderado del Departamento de Caldas que los argumentos anteriores se presentaron ante el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales antes del 2 de diciembre de 2021, fecha en la que se emitió la providencia de sanción al Gobernador de Caldas.

Frente a lo anterior, el señor Personero del Municipio de Chinchiná, Caldas, en escrito del 24 de febrero del presente año, refirió en esta instancia que las omisiones que dieron lugar a la medida cautelar de urgencia aún no han sido resueltas, ya que la IE Santo Domingo Savio, sede cartón Colombia no cuenta con vigilante que proporcione seguridad a las instalaciones de dicho establecimiento educativo en ninguna jornada y que el servicio de aseo únicamente se prestó hasta el sábado 19 de febrero de 2022; por lo que solicita confirmar la sanción al Gobernador del Departamento de Caldas.

Así mismo, el 11 de marzo del presente año ingresó a Despacho un memorial del mencionado funcionario, en el que pone en conocimiento una queja de algunos padres de familia de estudiantes vinculados a la Sede Cartón de Colombia de la Institución Educativa Santo Domingo Savio, en la que manifiestan que el servicio de internet es deficiente para el funcionamiento de las cámaras de seguridad.

Para decidir, este Despacho advierte que el objeto de la presente discusión gira en torno al entendimiento que las partes le han dado al contenido de la medida cautelar, por lo que el actor considera que no se ha cumplido la medida y el Departamento de Caldas aduce que no hay fundamento para imponer la sanción.

En criterio de este Despacho, la medida cautelar tendiente a que se garantice el servicio de vigilancia que resulte necesario para velar por la seguridad de la comunidad académica y de las instalaciones de la Sede Cartón Colombia de la Institución Educativa Santo Domingo Savio del Municipio de Chinchiná, tanto en el día como en la noche, puede definirse como una orden abierta, en la medida que no especifica la modalidad del servicio de vigilancia que se debe contratar, por lo que en principio podría considerarse que el mismo puede prestarse a través de guardas de seguridad o mediante equipos de monitoreo.

La Juez de primera instancia para proferir el auto de sanción por desacato expresó:

Ahora bien, respecto del servicio de vigilancia, recordemos que el fundamento de tal pedimento radica en que la Institución Educativa no cuenta con personal de vigilancia, ni con cerramiento perimetral, lo cual ha generado que habitantes en situación de calle ingresen permanentemente a las instalaciones a consumir sustancias psicoactivas, tener relaciones sexuales, generar daños a la infraestructura y el hurto de la infraestructura de la Institución Educativa.

De acuerdo con lo manifestado por el Departamento de Caldas, el rector y la coordinadora de la Institución Educativa Santo Domingo Savio-Sede Cartón Colombia, se pudo establecer que actualmente se presta el servicio de vigilancia de seguridad de manera alterna, es decir, día de por medio y solo en las noches, ya que la persona que presta el servicio de guarda de vigilancia es el mismo designado para la sede central Santo Domingo Savio, que presta dicho servicio en ambas sedes un día sí y un día no de manera alternada.

Conforme al material probatorio allegado a dossier tales como: videos y fotografías que reposan en el expediente electrónico de la acción popular, y con lo indicado por la coordinadora de la sede Cartón Colombia en su escrito del 19 de julio de 2021 radicando ante la Personería Municipal de Chinchiná, considera el Despacho que con el ánimo salvaguardar la seguridad de la comunidad educativa de la multicitada sede, el servicio de vigilancia se debe prestar durante las 24 horas y no de manera alterna día de por medio y solo en las noches como lo vienen haciendo, toda vez que los docentes y estudiantes se enfrentan a un ambiente delictivo de consumo de sustancias psicoactivas por parte de terceros ajenos a la institución que pueden ingresar en cualquier momento.

(...)

Así las cosas, el servicio de vigilancia de manera alterna, es decir, día de por medio y solo en las noches, no resulta ser suficiente para atender las necesidades y situaciones que vive la Sede Cartón Colombia, máxime que se aproxima el periodo vacacional de los estudiantes finalizando el periodo escolar y la Institución educativa ante el arrimo de terceros ajenos a la institución, podrían generar daños que afectaría su infraestructura entorpeciendo con ello el ingreso de los educandos al siguiente periodo escolar.

No obstante lo anterior, este Despacho no puede pasar por alto que se acreditó la existencia de una decisión judicial que recae sobre la Institución Educativa Santo Domingo Savio, y que al margen de que las sedes destinatarias de la sentencia del Juzgado Primero Administrativo de Manizales sean diferentes a la denominada Cartón Colombia, lo cierto es que la demandada deberá emprender acciones que incluyan también la sede objeto del presente proceso.

Al respecto, el Juez Primero Administrativo dispuso lo siguiente en la otra acción popular que se tramita por asunto similar al presente:

“La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas se compromete -a través de la gestión del rector de la institución educativa-a implementar un sistema de monitoreo con un plazo de ejecución máximo al 07 de diciembre de 2021. Servicio que será prestado bajo la modalidad de vigilancia disuasiva con una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2023 en los términos como fuera determinado según los estudios que arrojó la empresa contratada para el efecto, durante las 24 horas y 7 siete días a la semana, con las amplitudes contractuales que se permitan y que sean del caso.”

Tampoco puede perderse de vista que en el presente asunto obran los siguientes documentos:

-Contrato de suministro n°50 del 30 de noviembre de 2021 suscrito entre la I.E. Santo Domingo Savio y la empresa de seguridad privada VIGITECOL LTDA, por valor de \$6.021.562,00 en cuyo objeto se lee:

OBJETO: Suministro de los siguientes elementos para el monitoreo de cámaras de seguridad en la sede Fundación Cartón Colombia, según resolución Departamental No.5294-6:

SISTEMA DE CAMARAS:

Gabinete para DVR

Torre Core I5 + teclado y mouse para recepción de cámaras remotas

Disco duro 2 TB

Router
Gabinete para la torre
Soporte monitor
Instalación

-Actas de entrega de los elementos objeto del contrato de suministro.

-Constancia del 02 de diciembre de 2021 expedida por la unión temporal Seguridad Gobercaldas SED 2020.7. en la que se expresó:

A través del presente escrito me permito manifestar a la entidad, que desde el pasado 5 de agosto de 2021, la institución educativa santo domingo sabio, sede Cartón de Colombia, cuenta con servicio de vigilancia 12Horas Nocturnas, en días alternos, lo anterior una vez realizado el Análisis del entorno: Con la ayuda de estadísticas publicadas por autoridades, bases de datos de información delincuencial del entorno con el ánimo de medir el nivel de riesgo, acerca de la presencia de organizaciones y/o bandas delincuenciales en el sector, relaciones con vecinos, antecedentes delincuenciales en la zona, vías de acceso y puntos de atención cercanos como hospitales o estaciones de policía.

Ahora bien, de lo allegado al expediente se tiene que no puede predicarse negligencia del Gobernador de Caldas en relación con el cumplimiento de la medida cautelar en la acción popular de la referencia, pues se han emprendido acciones tendientes a garantizar la vigilancia de la Sede Fundación Cartón de Colombia de la IE Santo Domingo de acuerdo con lo ordenado por el juez popular.

Lo anterior es así, puesto que el Departamento de Caldas acreditó diferentes actuaciones para dar cumplimiento a la medida cautelar que, se reitera, no fue clara y categórica en ordenar la prestación del servicio de vigilancia en los términos referidos por el señor Personero en sus escritos y por la Juez de primera instancia al emitir el auto de sanción por desacato, esto es, asumiendo que se trataba de un servicio de vigilancia con guardas de seguridad 24 horas.

En este sentido, para el Despacho las acciones iniciadas por el Departamento de Caldas permiten inferir que se cumple lo dispuesto en la medida cautelar en el sentido de garantizar el servicio de vigilancia que resulte necesario para velar por la seguridad de la comunidad académica y de las instalaciones de la Sede Cartón Colombia de la Institución Educativa Santo Domingo Savio del Municipio de Chinchiná, tanto en el día como en la noche.

En efecto, dado que la medida cautelar no fue específica en ordenar un guarda de seguridad para la institución educativa, no puede pretenderse que la prestación de ese servicio de manera alterna y la disposición de equipos de monitoreo sean insuficientes para tener por cumplida la orden del Juez popular.

Lo expuesto, al margen de que en el transcurso del proceso tramitado en el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales se demuestre la necesidad de implementar una modalidad o servicio de vigilancia específico en las instalaciones de la Sede Cartón Colombia de la Institución Educativa Santo Domingo Savio del Municipio de Chinchiná, aspecto que al no encontrarse previsto en la providencia que contiene la medida cautelar, no puede servir de fundamento a una sanción.

En relación con lo informado por el señor Personero municipal en esta instancia, el Despacho considera que, de una parte, el fundamento del trámite sancionatorio fue el presunto incumplimiento de las disposiciones relativas al servicio de vigilancia y de las órdenes respecto de la prestación del servicio de aseo y desinfección, razón por la cual no es procedente confirmar la sanción por hechos que al momento de tramitar el incidente en primera instancia se tuvieron como cumplidos por la parte accionada.

De otro lado, los hechos narrados en la queja de los padres de familia que se aportó en esta instancia deben ser valorados por el juez de conocimiento después de tramitar las etapas pertinentes de la acción popular y no en este trámite de consulta de la sanción emitida al Gobernador del Departamento de Caldas.

Se observa entonces que la decisión de imponer sanción por desacato al Gobernador del Departamento de Caldas, señor Luis Carlos Velásquez, en relación con la medida cautelar decretada por el Juzgado de primera instancia, que le exigía garantizar el servicio de vigilancia que resulte necesario para velar por la seguridad de la comunidad académica y de las instalaciones de la Sede Cartón Colombia de la Institución Educativa Santo Domingo Savio del Municipio de Chinchiná, tanto en el día como en la noche, no se encuentra justificada al haberse demostrado acciones positivas para el cumplimiento de tal mandato.

Lo anterior es así teniendo en cuenta además el contenido de la medida cautelar que no especificó la modalidad de servicio de vigilancia requerido en la Sede Cartón Colombia de la Institución Educativa Santo Domingo Savio del Municipio de Chinchiná, por lo que en todo caso las argumentaciones y

pruebas frente a esta materia deben ser objeto de análisis por el juez popular después de superar las etapas propias del proceso.

Conclusión

Así las cosas, en consideración a los elementos jurídicos anteriores, el Despacho revocará la sanción por desacato impuesta por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales en providencia dictada el 1 de diciembre de 2021.

En mérito de lo expuesto el Despacho,

RESUELVE

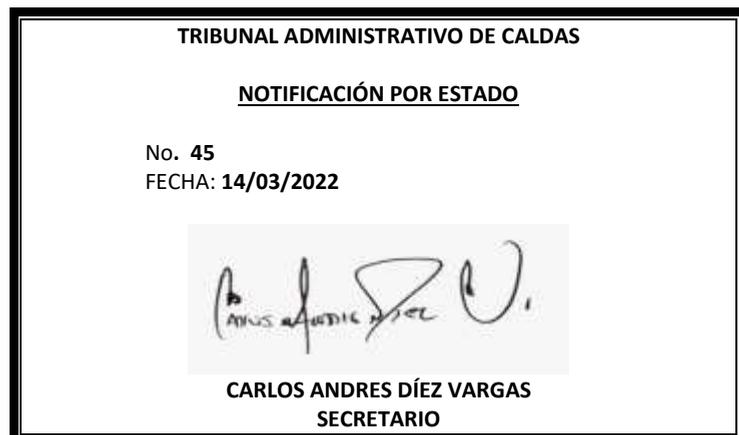
Primero. REVÓCASE el auto proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el día 1 de diciembre de 2021 en la acción popular de la referencia, a través del cual declaró que el Gobernador de Caldas, Doctor Luis Carlos Velásquez Cardona, incurrió en DESACATO de la medida cautelar contenida en el Auto Interlocutorio n° 641 del 23 de julio de 2021, e impuso a título de sanción MULTA equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes con destino al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

Segundo. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVANSE las diligencias al Juzgado de origen previa anotación en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

Tercero. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:

**Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

ffd21f112709c6dffbfd8d743ed48735eff313403fb0d0cbdcfbfce6f2ff6d62

Documento generado en 11/03/2022 10:56:20 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente
URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de decisión

Magistrada ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicación:	17 001 33 31 004 2013 00083 02
Medio de control	Repetición
Demandante:	Municipio de Manizales
Demandado:	Luis Ernesto Martínez Muñoz
Providencia:	Sentencia no. 42

Procede la Sala a decidir el **recurso de apelación** interpuesto por la apoderada judicial de la **entidad demandante**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el día 19 de septiembre de 2018, mediante la cual se **negaron** las súplicas de la demandante.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

La parte demandante, a través de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de repetición consagrada en el artículo 142 del CAPCA, solicita:

“Primera: Que se condene al señor Luis Ernesto Martínez Muñoz, a cancelar al municipio de Manizales, la suma de treinta y dos millones seiscientos ochenta y nueve mil setenta y tres pesos (\$32.689.073), por la indemnización a que fue compelido el municipio de Manizales, con ocasión de la expedición de la sentencia número 373 de 20 de octubre de 2011, proferida por el juez Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito dentro del proceso radicado 2006 – 080 de Paula Andrea Gómez Botero contra el municipio de Manizales, por su actuar doloso, al haber expedido el acto administrativo STP 869 de 19 de julio de 2006, que fuera declarado nulo a través de la sentencia mencionada, por “falsa motivación” ... por no corresponder con la realidad fáctica y jurídica evidenciada.

Segunda: Que se condene al señor Luis Ernesto Martínez Muñoz a cancelar al municipio de Manizales los intereses de mora desde la ejecutoria de la providencia que ponga fin a este proceso.

Tercera: Que se condene a la parte actora a los costos y costas del presente proceso, en cuanto resultaren efectivamente probadas.”

2. Hechos

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

Manifiesta la entidad demandante que la Secretaría de Tránsito de Manizales mediante comunicación del 6 de junio de 2006 autorizó la desvinculación del vehículo de placas WBB 451 de propiedad de la señora Paula Andrea López Botero; y que, el 26 de junio de 2006 se presentó memorial en el que se pedía la vinculación definitiva con fundamento en las normas de transición vigentes para el momento de los trámites realizados.

Afirma la apoderada que la petición antes citada fue resuelta mediante oficio STP 869 de 19 de julio de 2006, negando toda posibilidad legal de autorizar la vinculación de la buseta con placas SJR-868 a la Cooperativa de transportadores, con el argumento que con la expedición del Decreto 128 del 15 de junio de 2006 se estaba prohibiendo el ingreso de vehículos por incremento, sin tener en cuenta que lo que se pidió era la renovación de la buseta “vieja” por otra de posterior modelo, sin que con ello se incrementara la capacidad transportadora.

Relata que se indicó que el automotor estuvo inactivo en dos periodos distintos, y, en el segundo de ellos fue vinculado a una empresa de transporte de la ciudad de Manizales.

Expone que mediante sentencia de octubre de 2011, se declaró la nulidad del oficio demandado, condenando al Municipio de Manizales al pago de la suma de \$33.236.073,46 a título de indemnización; acordando posteriormente en trámite conciliatorio la suma de \$32. 689.073.

Mediante resolución 1518 de 1 de agosto de 2012 se adoptaron las medidas necesarias para el cumplimiento de una sentencia judicial; y finalmente, en la sesión número 182 de 22 de noviembre de 2012, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del municipio de Manizales recomendó iniciar acción de repetición contra el señor Luis Ernesto Martínez al hallar probados los elementos sobre la procedencia de la acción de repetición, quien para la época de los hechos se desempeñaba como jefe de la oficina de trámites y asuntos legales de la Secretaría de Tránsito del municipio de Manizales, y suscribió el oficio STP 689 de 19 de julio de 2016 que fue declarado nulo.

3. Normas violadas y concepto de violación

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

- Artículo 90 de la Constitución Política de 1991.

- Ley 678 de 2001.

Decreto 1716 de 2009.

4. Contestación de la demanda (Fl. 116 a 135 C. 1)

El apoderado judicial del demandado se pronunció frente a los hechos afirmando que, no le constan, y que, si bien es cierto que el acto declarado nulo fue suscrito por el señor Luis Ernesto Martínez Muñoz, éste debía seguir la Política Pública en materia de transporte público de la administración, donde fungía como Secretario de Tránsito el señor Ancizar Neira Estrada, junto con el alcalde de ese momento, y con el acompañamiento y asesoría jurídica de la Sociedad Vivero & Espinosa Abogados, la cual prestaba sus servicios a la Secretaría de Tránsito de Manizales. Éstos, dictaron a los funcionarios como el señor Martínez Muñoz, las instrucciones para elaborar respuestas negativas ante las solicitudes de incorporación, vinculación o reposición de vehículos para el servicio público de transporte, siendo esas respuestas, una directriz administrativa y política pública de movilidad y transporte público.

Dice el apoderado que, pese a que efectivamente se profirió una sentencia condenatoria, y posterior conciliación judicial, el resultado adverso obedeció a que el municipio de Manizales mantuvo durante el trámite del proceso el mismo argumento de los actos demandados, sustentándose en la asesoría y acompañamiento de la Sociedad Vivero Espinosa & Abogados en el estudio de movilidad; además fue una actitud negligente del municipio, que permitió que la sentencia de primera instancia quedara en firme sin agotar el recurso de apelación.

Sostiene que el acto declarado nulo, esto es el oficio STP 869 de 2006 no es un acto aislado de la administración municipal a través del funcionario Luis Ernesto Martínez Muñoz, por no tener la autonomía para ello, ni poder decisorio en tal sentido, y cita un aparte testimonial del señor Ancizar Neira Estrada, extraído de la sentencia proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que da origen a este asunto, en el cual menciona que el decreto que congeló la capacidad utilizada se profirió al ser recomendaciones de la Universidad Nacional con ocasión a un estudio técnico.

Seguidamente dice que no se encuentran probadas todas las causales que determinan la procedencia de la acción de repetición en contra del señor Luis Ernesto Martínez Muñoz, porque no existe declaratoria de la responsabilidad disciplinaria en su contra a título de dolo o culpa grave; y que, el juez administrativo no hizo en ningún momento una calificación de la conducta disciplinaria; ni la administración municipal tampoco inició en su contra procesos por responsabilidad disciplinaria ni fiscal, y contrario a ello, mantuvo su criterio de la legalidad de las actuaciones.

El apoderado del demandado se opone a la totalidad de las pretensiones, porque no se encuentra demostrado que la expedición del acto administrativo declarado nulo fuera una actuación consiente y voluntaria del agente, y no se encuentra establecido el dolo o la culpa grave en su actuar.

Finalmente propone las excepciones que denominó: *“Inexistencia de responsabilidad del demandado en los hechos que dieron origen a la sanción impuesta al municipio de Manizales”, “Inexistencia de las presunciones de dolo o culpa grave en los hechos objeto de la demanda” y, “Falta de defensa técnica de los intereses del municipio de Manizales que permitieron su condena en primera instancia sin tener la posibilidad de que se discutiera en sede de apelación la nulidad decretada por el juez de primera instancia”.*

5. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto en la primera instancia.

6. Sentencia de primera instancia (Fls. 228 a 242 C. 1)

Mediante sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del circuito de Manizales, se negaron las pretensiones de la demanda y se declararon probadas las excepciones propuestas por el demandado.

La Jueza de instancia en la parte considerativa hizo una breve reseña de las normas relacionadas con la acción de repetición, para pasar al estudio del caso concreto, empezando por la verificación de la condena y la audiencia de conciliación celebrada el día 5 de junio de 2012, proponiéndose una fórmula conciliatoria por la suma de \$32.689.073, pagaderos dentro de los 30 días siguientes y además la vinculación del vehículo con placas SJR-868, acuerdo que fue acogido por la demandante. Éste fue aprobado mediante auto del 19 de junio de 2012, cumpliendo

con ello uno de los requisitos que es la existencia de condena judicial que impone una obligación a cargo de la entidad estatal.

Luego hace el estudio del segundo requisito, como lo es el pago de la indemnización a partir del oficio expedido por la Tesorería General del municipio de Manizales, en el cual informa el realizado a la señora Paula Andrea Gómez Botero mediante cheque de Bancolombia, por la suma de \$31.054.619; la orden de pago número 254555 de 17 de agosto de 2012 por valor de \$32.689.071, menos el concepto de retención en la fuente, para un total de \$31.054.619, suma cancelada al señor Jorge Luis Gómez Gómez, quien según el acuerdo conciliatorio, es el padre de la señora Paula Andrea Gómez Botero, y además la representó en el trámite de nulidad y restablecimiento del derecho.

Con los documentos antes citados, la Jueza de primera instancia considera que se evidencia la cancelación de las sumas dinerarias a las que fue condenado el municipio de Manizales, en razón del perjuicio de daño emergente y lucro cesante causados a la señora Gómez Botero.

Continúa la Jueza con el estudio de la calidad de agente del demandado, y constata ello con la copia del Decreto 261 de 22 de julio de 1999, mediante el cual se nombra en periodo de prueba al señor Luis Ernesto Martínez Muñoz, como Jefe de Oficina código 20503, grado 03, nivel 2, adscrito a la Secretaría de Tránsito y Transporte al haber superado el concurso de méritos.

Prosigue con el estudio del dolo o culpa grave dejando presente que es a la entidad demandante a quien le corresponde probar la responsabilidad del agente, y cita apartes del contenido del acto anulado, oficio STP-869 de 19 de julio de 2006, el cual se funda en el Decreto 128 de 15 de junio de 2006, decreto del cual transcribe la Jueza los artículos primero a tercero; y transcribe el artículo 6 de la Ley 105 de 1993, que es la norma en la que se funda el Decreto en mención.

Considera la Jueza que, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Descongestión, expuso que con la expedición del oficio STP 869 del 19 de julio de 2006 el municipio de Manizales se había incurrido en falsa motivación y transcribe apartes de la sentencia proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho bajo radicado 17001 33 31 003 2006 00080 00 , y es virtud de ello que la ahora demandante, aduce una actuación dolosa o gravemente culposa del señor Luis Ernesto Martínez Muñoz con la expedición del acto.

Hace una cita de los artículos relacionados con la culpa y el dolo, tanto del Código Civil, como de la Ley 678 de 2001, y apartes jurisprudenciales relacionados con esos títulos de imputación, afirmando que todo debe armonizarse al tenor del artículo 6 de la Constitución Política de Colombia que señala que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes; y los servidores público lo son por la misma causa, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; además debe tenerse en cuenta la buena o mala fe en las actuaciones del ex funcionario.

Añade que con la expedición del oficio STP-869 de 2006 se hizo una interpretación inexacta de lo dispuesto en los artículos 2 de la ley 688 de 2001; 1 y 2 del Decreto 0128 del 15 de junio de 2006, y el artículo 35 del Decreto 172 de 2001, como quiera que éste se apartó de la definición que esas normas efectúan sobre la figura de la reposición, generándose detrimento de los legítimos intereses de la demandante en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, quien aspiraba a matricular y vincular un nuevo vehículo tipo buseta de su propiedad, en reposición del automotor de servicio público que había salido de circulación del parque automotor del municipio de Manizales, lo cual, de acuerdo con las disposiciones citadas, no incrementaba la capacidad transportadora.

Añade que la parte demanda alega que la manifestación de voluntad obedecía a una política institucional que éste acató íntegramente, y cita apartes de la declaración rendida por el señor Mauricio Gallego Arango, funcionario de la Secretaría de Tránsito para la época de los hechos; exponiendo a su vez que resulta necesario probar por parte de la demandante que con la expedición del oficio STP-869 del 19 de julio de 2006, el señor Luis Ernesto Martínez Muñoz, actuaba con intención de generar un daño, y con la falta de diligencia y cuidado correspondiente a quien debe atender una actividad en forma normal.

Considera la Jueza que si bien el artículo 5 de la ley 678 de 2001 establece unas presunciones de dolo, entre ellas cuando el agente público hubiere expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración, es evidente que si bien en el presente asunto, y de acuerdo con las razones esgrimidas en la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión el 20 de octubre de 2011, el oficio STP 869 de 19 de julio de 2006 fue declarado nulo por falsa motivación, las pruebas obrantes dentro de éste proceso, específicamente la declaración rendida por el señor Mauricio Gallego Arango, quien se desempeñaba como Inspector de Tránsito del municipio de Manizales, da cuenta que éste

obedecía las políticas institucionales trazadas por parte de la administración municipal en las que se manejaban en forma similar los conceptos de vinculación y reposición. En efecto, según el testigo, se decidieron solicitudes de vinculación de vehículos, observando que el servidor público obró bajo tales lineamientos, sin que sea dable ahora para el ente territorial, reprocharle dicha conducta, pues se indicó que inicialmente con la expedición del Decreto 128 de 2006, el cual dispuso el congelamiento del parque automotor se pretendía negar toda forma de nueva vinculación.

Concluye que analizada la responsabilidad subjetiva del demandado, se logró desvirtuar la presunción de dolo contenida en el numeral 3 del artículo 5 de la ley 678 de 2001, como quiera que no se acreditó que con la emisión del acto declarado nulo, el demandado hubiera actuado motivado por fines personales, o con miras a favorecer a terceros, influenciado por una causa contraria al cumplimiento efectivo de sus deberes públicos, o con la falta de cuidado; sin que su conducta sea bajo el título de dolo y/o culpa grave como lo alega la demandante; pues si bien, itera, la anulación del acto se originó con fundamento en una falsa motivación, se pudo advertir que con su expedición se incurrió fue en un error en la interpretación de la normativa aplicable, por lo que considera necesario negar las pretensiones de la demanda.

7. Recurso de apelación (Fls. 245 a 251 C. 1)

El demandante municipio de Manizales presenta recurso de apelación afirmando que no comparte los argumentos de la Jueza relacionados con la inversión de la carga de la prueba; refiere a la obligatoriedad para el Juez de seguir el precedente constitucional establecido en la sentencia C – 374 de 2002; reprocha también, el no haber declarado en la sentencia que el demandado no logró desvirtuar la carga de la prueba establecida en los artículo 5 y 6 de la ley 678 de 2001; y se opone a la condena en costas.

Transcribe los artículos 5 y 6 de la ley 678 de 2001, y extensos apartes de la sentencia C – 344 de 2002, y afirma que el Juez debe seguir obligatoriamente el precedente constitucional establecido en el artículo 48 de la ley 270 de 1996 y 10 de la ley 1437 de 2011; citando igualmente la sentencia C- 634 de 2011, argumentando que se equivoca la Jueza cuando invierte la carga de la prueba para asegurar que el municipio de Manizales no logró probar el dolo y la culpa grave del demandante, cuando la Corte Constitucional invirtió la carga de la prueba hacia el demandado en las acciones de repetición, con el fin de no hacer nugatorio el

derecho del Estado de preservar el patrimonio público; aduciendo que ello se encontró probado por la Jueza en la sentencia cuando indicó que la conducta del agente del municipio de Manizales es dolosa por haber expedido el acto con falsa motivación por desviación de la realidad, esto, por haber confundido los conceptos de reposición con congelamiento del parque automotor.

Sostiene que quedó probado dentro del proceso que la política pública del municipio de Manizales con la expedición del Decreto 0128 de 2006, fue el congelamiento de la capacidad transportadora, en ningún momento la política pública de la administración se dirigió a prohibir la reposición de vehículos; y dice que así lo indicó el testigo Ancizar Neira Estrada, los cuales a su juicio, no fueron transcritos por el Despacho de instancia; y que, de la lectura de la respuesta a un oficio cuya petición no le fue presentada al testigo, no le era posible deducir la política de la administración.

Explica que puede deducirse que la política de la administración municipal con la expedición del Decreto 0128 de 2006, aún vigente, es el congelamiento de la capacidad transportadora de las empresas de transporte, es decir, quien tenga 15 vehículos no podrá tener más de 15; y que lo que resolvió el oficio fue la negativa de una solicitud de reposición de vehículo, de tal manera que, la administración no confundió los conceptos, los confundió el señor Luis Ernesto Martínez Muñoz, quien a su juicio, no logra desvirtuar la presunción de haber expedido el acto con dolo por la desviación de la realidad, en aplicación de lo establecido en el numeral 3 del artículo 5 de la ley 678 de 2001.

Finamente manifiesta su inconformidad con la condena en costas de primera instancia, alude al artículo 188 del CPACA y a unos apartes jurisprudenciales de la naturaleza jurídica y alcance de la acción de repetición, a una sentencia que dice fue proferida por este Tribunal, solicitando finalmente que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda.

8. Alegatos de segunda instancia

- Municipio de Manizales (Fls. 11 a 15 C. 3)

La parte demandante reitera su inconformidad respecto de la sentencia proferida en primera instancia, y empieza realizando citas jurisprudenciales relacionadas con la naturaleza de la acción de repetición, y hace alusión al artículo 5 de la ley 678 de 2001, que establece la presunción de dolo cuando el funcionario haya expedido el

acto con desviación de poder, y que, el demandado es quien debe demostrar que su conducta no fue dolosa o gravemente culposa.

De igual manera hace un estudio de los elementos necesarios para la procedencia de la acción e repetición y continúa con el tema de la culpa grave o dolo, afirmando que la actuación del demandado señor Luis Ernesto Martínez Muñoz encaja perfectamente en la causal tercera del artículo 5 de la ley 678 de 2001, y cita extensa jurisprudencia concluyendo que, la equivocación del demandado es de tal magnitud que, encuadra dentro de la presunción mencionada, y que así lo declaró el juez administrativo en la sentencia dictada dentro del proceso 2006 0080, solicitando que se revoque la sentencia proferida en primera instancia y se acceda a las pretensiones de esta demanda.

- Alegatos segunda instancia demandado (fls. 16 a 24 C. 1)

El demandado afirma que no se estableció procesalmente la responsabilidad del señor Luis Ernesto Martínez Muñoz a título de dolo o culpa grave, ni tampoco se encuentran, a su juicio, los elementos necesarios para endilgarle responsabilidad, pues no puede la misma administración en un acta del comité de conciliación, mediante un funcionario sin competencia declarar la responsabilidad disciplinaria del ex funcionario con el argumento que el fallador de primera instancia determinó que se trataba de un acto falsamente motivado.

Refiere que en este caso el ex funcionario profirió el acto sin autonomía o capacidad de decisión política o administrativa; que en ningún momento se benefició de manera directa o indirecta por la decisión adoptada en el acto demandado, y que la discusión se dio con ocasión al Decreto 0128 de 2006 en el cual el ahora demandado, tampoco tuvo ninguna injerencia para su expedición, siendo el resultado de la asesoría de un grupo de abogados que pretendieron replicar un modelo de la ciudad de Bogotá sin ningún tipo de evaluación sobre la situación particular de Manizales.

Finalmente, solicita que se tengan en cuenta las excepciones planteadas en la contestación de la demanda, y que se proceda a confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

- Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto en presente asunto, tal como consta en el acta Secretarial que reposa a folio 25 del cuaderno 3.

II. Consideraciones de la Sala

Aborda la Sala a continuación, los motivos de inconformidad planteados por el apelante municipio de Manizales quien pretende con la demanda presentada, se condene al señor Luis Ernesto Martínez Muñoz, a cancelar la suma \$32.689.073, por la indemnización a que fue compelido el municipio de Manizales, con ocasión de la expedición de la sentencia del 20 de octubre de 2011, en la que fue condenado el ente territorial, aduciendo un actuar doloso del demandado al haber expedido el acto administrativo STP 869 de 19 de julio de 2006, que fue declarado nulo por falsa motivación.

1. Cuestión previa.

Es necesario dejar presente que entre folios 35 y 36 del cuaderno 1 obra reposa el decreto 261 por medio del cual se efectúa el nombramiento del señor Luis Ernesto Martínez Muñoz como Jefe de Oficina de la alcaldía de Manizales, el cual es firmado con visto bueno de la doctora Patricia Varela Cifuentes, en su calidad abogada de la Secretaría Jurídica del municipio de Manizales de esa época; sin embargo, dicho acto no está cuestionado en el presente asunto, ni se estudia ni debe hacerse ningún pronunciamiento respecto a éste dentro de la presente providencia, motivo por el cual no resulta procedente presentar impedimento alguno para estudiar de fondo el presente asunto.

2. Problemas jurídicos a resolver

Los problemas jurídicos en esta instancia se contraen a resolver los siguientes planteamientos:

- ¿Cuáles son los requisitos necesarios para la prosperidad del medio de control de repetición? y ¿Se encuentran acreditados en este caso?
- ¿Se encuentra demostrado que el señor Luis Ernesto Martínez Muñoz actuó con dolo en la expedición del oficio número STP – 869 de 19 de julio de 2006, el cual fue declarado nulo?
- ¿Hay lugar a condena en costas a la entidad demandante?

Para resolver los problemas jurídicos planteados, considera la Sala necesario desarrollar el siguiente análisis:

- i) asunto previo: marco normativo aplicable al presente proceso,
- ii) naturaleza jurídica del medio de control de repetición,
- iii) requisitos para la prosperidad del medio de control de repetición,
- iv) las pruebas allegadas al proceso,
- v) la solución al caso concreto.

1. Marco normativo aplicable al presente proceso

El hecho que dio origen a la presente demanda, sucedió en vigencia de la Ley 678 de 2001¹ toda vez que, el acto demandado declarado nulo, esto el oficio STP – 869 se profirió el 19 de julio de 2006, por el señor Luis Ernesto Martínez Muñoz, fecha para la cual se encontraba vigente la Ley 678 de 2001, por lo que debe ser aplicada en su integridad para resolver el presente caso.

El mandato constitucional del inciso segundo del artículo 90 C. P., encuentra hoy su desarrollo en la Ley 678 de 2001, *“por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”*. Esta ley definió la repetición como una acción de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública hubiere ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

De igual manera, regula tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y del llamamiento en garantía, define las generalidades tales como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio y especificidades, al igual que las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales habrá de calificarse la conducta del agente y el establecimiento de presunciones legales; jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, caducidad, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y

¹Ley 678 de 2001 - artículo 31. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias. La publicación se surtió el día 4 de agosto de 2001.

determinación de su ejecución, así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares dentro del respectivo proceso.

2. Naturaleza jurídica del medio de control de repetición

De conformidad con el soporte jurídico- constitucional, al definir la responsabilidad del Estado en el artículo 90, queda claro que el Constituyente dejó establecido en el inciso segundo de la citada norma, la posibilidad de obtener de los servidores públicos el reembolso de las indemnizaciones que el Estado deba sufragar, por el obrar doloso o gravemente culposo de éstos en el desarrollo de sus funciones. Por tal causa las entidades que componen el Estado, adquieren un deber Constitucional, cual es la protección del erario público, y es así, como frente al obrar inadecuado de sus funcionarios, que derive en detrimento patrimonial de la entidad, puede ésta hacer uso de dicha herramienta procesal (medio de control de repetición) para garantizar la moralidad y eficiencia de la función pública y generar un efecto preventivo sobre el actuar de los servidores públicos, sin perjuicio del fin retributivo que dicha acción comporta.

De igual forma, el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 446 de 1998, brindó una regulación legal sobre la procedencia de la repetición, haciéndola extensiva a los casos en que las entidades públicas se vieran avocadas a conciliar por una actuación administrativa derivada del obrar doloso o gravemente culposo de un servidor o ex servidor público.

Por su parte, el artículo 142 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, consagra el medio de control de 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”*.

3. ¿Cuáles son los requisitos exigibles para la prosperidad del medio de control de repetición?

El artículo 2 de la ley 678 de 2001, mediante la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento con fines de repetición dispone:

“La acción 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. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial. (...)”

De la norma en cita se desprende que, para el ejercicio de la acción de repetición, se deben presentar los siguientes presupuestos:

- i) Que una entidad pública haya sido condenada por la Jurisdicción Administrativa a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o resulte vinculada a la indemnización del daño en virtud de una conciliación u otra forma legal alternativa de terminación o solución de un conflicto.
- ii) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria o en la conciliación.
- iii) Que la condena o la conciliación se hayan producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o de un particular que ejerza funciones públicas.

De igual manera, se hace necesario aclarar por esta Sala que, si bien el inciso tercero del artículo 142 del CPACA que regula el medio de control de repetición dispone que *“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”*; también lo es que, los documentos que allí se mencionan, se entienden como prueba suficiente sólo para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable; la norma no dice, -y no podría hacerlo-, que dicho documento sea suficiente para la prosperidad de la demanda de repetición.

El Consejo de Estado² ha reiterado los presupuestos para la prosperidad del medio de control de repetición en el siguiente sentido:

“(...) 5. Presupuestos de prosperidad en la acción de repetición. Reiteración de jurisprudencia.

Ahora bien, la prosperidad de la acción de repetición está sujeta a que se acrediten los siguientes requisitos: i) la existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente; ii) el pago de la indemnización por parte de la entidad pública; iii) la calidad del demandado como agente, ex agente del

²Consejo de Estado. Sección Tercera, Sub Sección A. Sentencia de 25 de octubre de 2019. C.P. Dra. María Adriana Marín. Rad. 05001-23-31-000-2002-01100-01 (56821)

Estado demandado o particular en ejercicio de función pública; iv) la culpa grave o el dolo en la conducta del demandado; v) que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.

En relación con lo anterior, se debe precisar que la no acreditación de los dos primeros requisitos, esto es la imposición de una obligación a cargo de la entidad pública demandante y el pago real o efectivo de la indemnización respectiva por parte de esa entidad, tornan improcedente la acción y relevan al juez por completo de realizar un análisis de la responsabilidad que se le imputa a los demandados.

En efecto, los supuestos referidos constituyen el punto de partida para estudiar de fondo los hechos atribuibles a la conducta de quienes han sido demandados, pues el objeto de la repetición lo constituye la reclamación de una suma de dinero que hubiere sido cancelada por la entidad demandante, de manera que la falta de prueba de ese daño desvirtúa totalmente el objeto de la acción, en relación con la cual se habría de concluir que carece de fundamento y, por tanto, en tales casos, se deberán negar las súplicas de la demanda.(...)” (Subraya la Sala).

En reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado³ ha precisado con relación al requisito del pago de una condena judicial lo siguiente:

“(...) Para demostrar el cumplimiento de la exigencia a la que se viene haciendo referencia, la parte demandante ha podido allegar no solo el documento o documentos que reconocieran y ordenaran el pago en favor de la beneficiaria y la correspondiente orden de pago, como acá se hizo, sino también, por ejemplo, la constancia de haber recibido la beneficiaria o su apoderado el pago a entera satisfacción, un comprobante de egreso, una consignación, incluso una certificación bancaria o del tesorero de la entidad acreditando el referido pago como acreditación en cuenta del acreedor. (...)”

Pasa entonces la Sala a estudiar las pruebas que obran dentro del proceso, dejando presente que ni el elemento condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga obligación y el pago de la indemnización por parte de la entidad pública han sido objeto de discusión en el presente asunto, ni son cuestionados por las partes en ninguna de las etapas procesales del mismo; pues la discusión se centra en el estudio del actuar doloso por el demandado en este caso.

4. De las pruebas allegadas al proceso.

Es necesario precisar que en las pruebas documentales que se relacionan y aportan con la demanda, se relacionan las siguientes:

- Oficio STP – 869 de 19 de julio de 2006, el cual fue declarado nulo.
- Acta del comité de conciliación número 182 del municipio de Manizales del 22 de noviembre de 2012 (Fls. 22 a 29 C. 1).

³Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sub Sección A. Sentencia de 10 de septiembre de 2021. C.P. Dr. José Roberto SÁCHICA Méndez. Rad. 25000-23-26-000-2010-00843-01(48279)

- Sentencia número 373 proferida por el juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Manizales el día 20 de octubre de 2011, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Paula Andrea Gómez Botero contra el Municipio de Manizales radicado 2006 00080, mediante la cual se declaró la nulidad del oficio número STP – 869 de 19 de julio de 2006 (Fls. 50 a 70 C. 1).
- Audiencia de conciliación aprobada por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Manizales (Fls. 75 a 85 C. 1).
- Resolución número 1518 de 1 de agosto de 2012, mediante la cual se adoptan las medidas necesarias para el cumplimiento de una sentencia judicial (Fls. 86 a 88 C. 1).
- Oficio TGM – 019 de 9 de enero de 2013, dirigido por la secretaria general del municipio de Manizales a la Secretaría Jurídica, en el cual informa que a la señora Paula Andrea Gómez Botero, se le realizó pago por la suma de \$31.054.619 el día 17 de agosto de 2012, con cheque Bancolombia número 656887 el cual fue cobrado por el señor Gómez Gómez Jorge Luis, según la orden de pagó número 254555 (Fl. 89 C. 1).
- Orden de pago número 254555 en la cual consta el pago antes referido (Fl. 90 C. 1).
- Copia del cheque por la suma de \$31.054. 619 girado el 17 de agosto de 2012, al señor Gómez Gómez Jorge Luis (fl. 91 C. 1)
- Resolución número 997 mediante la cual se adoptan las medidas necesarias para el cumplimiento de una sentencia judicial (fl. 92 a 95 C. 1).
- Copia del Decreto 0128 del 15 de junio de 2006, por el cual se suspende el ingreso de vehículos por incremento para el servicio público de transporte colectivo e individual de pasajeros en el municipio de Manizales. (Fls. 75 a 78 C. 1).

Con fundamento en las pruebas relacionadas, se inicia el estudio de los presupuestos necesarios para la prosperidad del medio de control de repetición de la siguiente manera:

- Existe sentencia judicial mediante la cual se resuelve declarar la nulidad del oficio número STP – 869 de 19 de julio de 2006, expedido por la Secretaría de Tránsito del municipio de Manizales, y a título de restablecimiento se condena a éste a pagar a la señora Paula Andrea Gómez Botero, por concepto de perjuicios ocasionados la suma de \$33.236.073,46, en la modalidad de lucro cesante por la explotación económica de una buseta.

- Con ocasión de la sentencia referida, se suscribió y aprobó acuerdo conciliatorio entre las partes, por la suma de \$32.689.073; pagando por ello la suma de \$31.054.619 a la señora Paula Andrea Gómez Botero, mediante su representante y apoderado, quien fuera su padre, el señor Jorge Luis Gómez Gómez mediante cheque.

- A través del Decreto número 0128 de 15 de junio de 2006 se *suspende el ingreso de vehículos por incremento para el servicio público colectivo e individual de pasajeros al municipio de Manizales, hasta tanto la Secretaría de Tránsito y Transporte del municipio de Manizales, o quien haga sus veces, determine las condiciones técnicas y operativas en que deba prestarse el servicio para incrementar el parque automotor público*”, y en su artículo segundo decreta que: *“Solamente podrán ingresar vehículos de transporte público colectivo e individual de pasajeros al municipio de Manizales por reposición, lo cual sólo podrá efectuarse con automotores nuevos, entendiéndose como nuevo aquel que no haya sido matriculado ante las autoridades de tránsito”*.

5. ¿Se encuentra demostrado en este caso que el señor Luis Enrique Martínez Muñoz actuó con dolo en la expedición del oficio número STP – 869 de 19 de julio de 2006, el cual fue declarado nulo?

Sea lo primero dejar presente que, dentro del asunto de la referencia se encuentra probado con suficiencia, así como que no ha sido materia de discusión que señor Luis Ernesto Martínez Muñoz ostentaba la calidad de Jefe de Oficina de la oficina de trámites y asuntos legales de la Secretaría de Tránsito del municipio de Manizales, no solo porque así aparece firmando el acto que fue declarado nulo; sino porque entre folios 35 y 36 del cuaderno principal reposa el decreto 261 del 22 de julio de 1999 mediante el cual se le efectúa un nombramiento en periodo de prueba y en folio 37 reposa el acta de posesión de agosto 2 de 1999 en dicho cargo; y a folio 34 C. 1 se encuentra el acta de posesión de 5 de julio de 2006, en la que consta que toma posesión del cargo de Profesional Especializado, adscrito a la Secretaría de Tránsito y Transporte del municipio de Manizales.

El artículo 90 Constitucional contempla la responsabilidad patrimonial del Estado, por los daños producido por sus agentes de la siguiente manera:

“Artículo 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.”

El artículo 5 de la ley 678 de 2001, mediante la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición, vigente al momento de los hechos dispone:

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

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

1. Obrar con desviación de poder.

2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.

3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.

4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.

5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial” (Subraya la Sala).

A continuación, se permite esta Sala hacer las siguientes transcripciones de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2011 por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Manizales, mediante la cual declaró la nulidad del oficio número STP – 869 de 19 de julio de 2006; y del testimonio rendido por el señor Mauricio Gallego Arango dentro del presente asunto, y quien para el momento de expedición del acto se desempeñaba como Inspector de Tránsito del municipio de Manizales, de la siguiente manera:

- Sentencia proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por la señora Paula Andrea Gómez Botero contra el municipio de Manizales (Fls. 50 a 70 C. 1)

“(…) Se invoca entonces como fundamento para negar la matrícula y vinculación de la buseta de propiedad de la demandante, el supuesto congelamiento del parque automotor de transporte público, conforme a lo establecido en el Decreto 0128. No obstante, para el Despacho es claro que, ni en la parte considerativa ni mucho menos en la resolutive del Decreto 0128 del 15 de junio de 2006, se hizo mención al congelamiento de la capacidad transportadora en los términos pretendidos por la entidad demanda, tal como pasará a explicarse.

(…)

Quiere decir lo anterior, que el trámite administrativo adelantado por la demandante encaja perfectamente en la previsión contenida en el artículo

segundo del Decreto 0128 del 15 de junio de 2006, así como en la definición de la figura de reposición establecida en los artículos 2º de la Ley 688 de 2001 y 35 del Decreto 172 de 2001, en la medida que, la solicitud de matrícula y vinculación por ella presentada, estaba encaminada a ingresar un vehículo nuevo (modelo 2002) para sustituir un vehículo viejo (buseta de placas SJR 868) que se encontraba matriculado en el servicio público. Esta situación, de ninguna manera implica aumento en la capacidad transportadora conforme a lo establecido expresamente en el parágrafo del artículo 2º de Ley 688 de 2001.

Así las cosas, concluye el Despacho que en el sub lite se configuró una falsa motivación en la expedición de los actos administrativos demandados, en los términos definidos por la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, como quiera que, la Secretaría de Tránsito y Transporte antepuso como argumento para negarse a matricular el vehículo de propiedad de la demandante, la supuesta congelación de la capacidad transportadora "utilizada" de la ciudad, decretada por el Alcalde municipal, situación que, como ha quedado suficientemente demostrada a la luz de las pruebas aportadas al expediente, no corresponde con la realidad fáctica y jurídica evidenciada en el presente asunto.

Sin desconocer que el municipio de Manizales es competente para suspender el ingreso de vehículos nuevos al servicio público de pasajeros, en virtud de las facultades consagradas en el artículo 6º de la ley 105 de 1993, considera este Juzgado que dichas atribuciones deben estar enmarcadas dentro de los precisos límites definidos en la propia ley, sin que, en todo caso, puedan admitirse interpretaciones como las realizadas por la demandada, respecto del Decreto 0128 de 2006 (...)

En ese orden, resulta evidente la violación las disposiciones legales invocadas en la demanda, por indebida aplicación del cuerpo normativo estudiado líneas atrás, desvirtuándose por contera la presunción de legalidad del Oficio STP869 del 19 de julio de 2006 expedido por la Secretaría de Tránsito y Transporte del municipio de Manizales.

En este orden es procedente declarar la nulidad del oficio STP-869 del 19 de julio de 2006, en tanto el mismo fundó su negativa de matricular el vehículo TIPO BUSETA de placas SJR 868 modelo 2002 cuya propietaria es la aquí demandante, en el Decreto 0128 de 2006 cuando esta norma únicamente suspendió el ingreso de vehículos por incremento, más no cuando se trata, como en el presente caso del ingreso de vehículos por reposición.

Para el Despacho es claro que lo pretendido por la demandante no era el ingreso de vehículos al parque automotor en la modalidad de incremento, sino en la de reposición, lo que perfectamente estaba permitido en los términos del artículo 2 de la ley 688 de 2001, norma que debió ser concordante con el Decreto 0128 del 15 de junio de 2006. (...)” (Subrayas y negrillas de la Sala).

- Testimonio rendido por el señor Mauricio Gallego Arango (Fl. 179 C. 1)

“(…) en el año 2006 yo me desempeñaba como inspector de tránsito y transporte de la ciudad de Manizales, para esa época se estaba iniciando con el tema de la organización y transporte en la ciudad y se contrataron unos abogados de la ciudad de Bogotá (...) hicieron unos proyectos de actos administrativos, incluyendo uno que era el que iba dirigido a la suspensión del ingreso de vehículos por incremento de vehículos en la ciudad de Manizales, que a la postre se enumeró con 128 del 2006. (...) en reuniones con los abogados y con el secretario de tránsito de la época que era el doctor Ancizar Neira Estrada, se nos indicó para épocas de abril más o menos del año 2006, que ese decreto iba enfocado al congelamiento del parque automotor de la ciudad, en reunión en la cual estuve yo presente, con el

doctor Luis Ernesto Martínez que era el jefe de la oficina de trámites y asuntos legales de la oficina de Manizales, se indicó incluso que la ciudad por su tamaño no era requerido digamos el congelamiento del parque automotor, pero sin embargo posteriormente el día 15 de junio de 2006 se expidió el Decreto 128 de 2006, se nos entregó en forma oficial y la instrucción fue clara desde el Secretario de Tránsito, e incluso él nos indicó también que la instrucción también venía desde el alcalde de la ciudad, en el sentido de impedir que se vincularan vehículos al transporte público colectivo e individual de pasajeros, concretamente lo que se nos dijo era que a partir de ese momento quedaba congelada la capacidad transportadora de la ciudad en esas dos modalidades, colectivo, que la forman los buses, busetas y microbuses; y el individual de pasajeros que está conformada por los taxis. Se nos dijo entonces, o se le instruyó al doctor Luis Ernesto que era el jefe de esa oficina que, en adelante cualquier solicitud para vincular vehículos en la capacidad transportadora en esas dos modalidades, había que contestarla en forma negativa. Y de hecho, se entregó un formato de respuesta que es el que está contenido dentro de los oficios que fueron anulados por la justicia contenciosa; que fueron anulados por la justicia contenciosa en tanto que, la redacción del Decreto lo que establecía era la suspensión del ingreso por incremento de las capacidades transportadoras de las empresas (...) lo que se instruyó era que si la empresa tenía capacidad disponible no podía coparla hasta el máximo, esa fue la instrucción que se dio, y finalmente pues la justicia, en la mayoría de los procesos ha determinado que ese no era el contenido literal del Decreto y por lo tanto ha anulado los actos administrativos, los oficios pues, que son actos administrativos que impidieron la incorporación de esos vehículos a la capacidad transportadora. (...). Como se indicó que a partir de ese momento, de la expedición del decreto, era, no se podían vincular vehículos a las empresas de transporte, pues eso también cercenó la posibilidad de efectuar reposiciones, de hecho las empresas solicitaban concretamente eso, la reposición del parque automotor, y si vemos las peticiones en éstos dos procesos, van orientadas a eso, a la reposición, y las respuestas van orientadas a indicar que no es posible porque el decreto lo que determinó fue el congelamiento del parque, entonces lo que venía prestándose en servicio en vehículos hasta el 15 de junio de 2006 era lo que debía seguirse sin poderse aumentar ni siquiera por la figura de la reposición (...) para esas épocas él era el jefe de la oficina de trámites y asuntos legales, profesional especializado (...) Él tenía unos auxiliares administrativos que eran los que le proyectaban todos los documentos que tienen que ver con el transporte público ... pero él firmaba todos los documentos ... en el tema de los derechos de petición de transporte público pues sí, él era el encargado directamente de la proyección incluso de la firma de los documentos, obviamente siguiendo pues las directrices normales del jefe, que era el secretario de Tránsito. (...) que yo recuerde no se accedió a otras peticiones (...) lo que hizo el doctor Luis Ernesto Martínez fue seguir las instrucciones planteadas, y lo que hizo la Secretaría de Tránsito fue contestar de acuerdo a las instrucciones dadas, y lo que hizo la Secretaría Jurídica en las demandas contenciosas fue seguir también la línea de instrucciones que se habían dado desde la consultoría que se había contratado para esos efectos (...) según lo que yo observé pero no tanto del oficio como tal, sino de la demanda que el municipio elevó, corresponde a una reposición en ambos casos (...) el día de la expedición del Decreto se nos fue notificado el mismo, y se instruyó de cómo debía ser el comportamiento de ahí en adelante, incluso peticiones que se llevaron ese mismo día de la expedición del Decreto, incluso no fueron recibidas, precisamente por lo novedoso del asunto, que nadie lo conocía, y las personas tuvieron que acudir a la personería para que allá se pudieran recibir esas peticiones (...) finalmente el decreto fue llevado el mismo día de la expedición, y que prácticamente fue como una sorpresa para los que laborábamos allí en la Secretaría de Tránsito (...) es que no recuerdo que él se haya distanciado digamos, de la instrucción que se le dio, simplemente a él se le indicó como debería responder esos derechos de petición y cómo debería responder a esas acciones de tutela, y lo que él hizo fue seguir con la instrucción, no recuerdo que él haya manifestado oposición al asunto, simplemente él cumplió con lo que se instruyó (...) el tema se trató

prácticamente idéntico en todos los casos, de hecho derivaron en las demandas que el municipio contestó (...) las respuestas fueron prácticamente idénticas, aunque pues finalmente uno , al comparar la redacción de Decreto con la interpretación que se le dio, pues sí, digamos constituía alguna clase de duda respecto de la aplicación del mismo; porque pues, si uno mira el Decreto, el Decreto no dice radicalmente congelar el ingreso de vehículos al parque automotor, el utiliza otra expresión distinta que fue lo que a la postre llevó a que, prácticamente se unificara en la jurisprudencia tanto de los jueces administrativos como del Tribunal que la aplicación del Decreto no iba dirigida a congelar el parque, sino a impedir que se aumentaran las capacidades transportadoras (...)" (Subraya la Sala).

De las pruebas mencionadas se evidencia lo siguiente:

- Se encuentra demostrado en primer lugar que, el señor Luis Ernesto Martínez Muñoz el 19 de julio de 2006 suscribió el acto demandado.
- El oficio STP – 869 de 19 de julio de 2006 dijo expresamente: *“Cordialmente le indico que en virtud de la vigencia del decreto municipal 0128 del 15 de junio de 2006 “por medio del cual se suspende el ingreso de vehículos por incremento para el servicio público de transporte colectivo e individual de pasajeros del municipio de Manizales”, no es posible acceder a la petición de la referencia, en razón al congelamiento del parque automotor de transporte público decretado en la mencionada norma”*
- En la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se precisa que, en el Decreto 0128 del 15 de junio de 2006, no se hizo mención al congelamiento de la capacidad transportadora en los términos que precisó el municipio de Manizales; y refiere constantemente a los términos reposición, vinculación y sustitución de vehículo, aumento y congelamiento de la capacidad transportadora.
- Si bien concluye la sentencia que se configuró una falsa motivación en la expedición de los actos administrativos demandados; también sostiene que la vulneración de las disposiciones legales invocadas en la demanda, se dio por una indebida aplicación del cuerpo normativo estudiado, esto es, del Decreto 0128 del 15 de junio de 2006, desvirtuándose con ello la presunción de legalidad del Oficio STP869 del 19 de julio de 200 expedido por la Secretaría de Tránsito y Transporte del municipio de Manizales.

- Así mismo, expone que una cosa era la solicitud de ingreso de vehículos al parque automotor en la modalidad de incremento, y otra, la reposición de vehículos, lo que sí estaba permitido.
- Del testimonio rendido por el señor Mauricio Gallego Arango se desprende que a quienes hacían parte de la Secretaría de Tránsito y Transporte para la época de los hechos, se les instruyó por el Secretario de esa dependencia que debían responder las solicitudes relacionadas con vinculación de vehículos a la capacidad transportadora de manera negativa; e incluso afirma que se entregó un formato de respuesta que, a su juicio, es el que está contenido dentro de los oficios que fueron anulados por la justicia contenciosa.
- Dice el testigo que lo que se instruyó fue que, si la empresa tenía capacidad disponible, no podía coparla hasta el máximo.

Ahora bien y para contextualizar el análisis, valga citar que recientemente el Consejo de Estado⁴ se ha pronunciado en asuntos en los cuales se declaró la nulidad de un acto por falsa motivación lo siguiente:

(...) D.- La entidad demandante no probó el supuesto de hecho de la presunción de dolo invocada

(...)

12.- En cuanto a la presunción del numeral 3 del artículo 5º de la Ley 678 de 2001, lo primero que debe advertirse es que ella no puede invocarse alegando simplemente que el acto fue anulado por <<falsa motivación>>, pues la norma dispone que la presunción se aplica cuando el acto ha sido expedido <<con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración>>. Es este supuesto de hecho, que debe acreditarse con el fallo de condena, el que hace presumir el dolo del servidor que expidió el acto.

13.- La presunción no opera cuando el juez que anula el acto estima objetivamente que el mismo estuvo <<falsamente motivado>> porque se demostró que los supuestos de hecho que dio por probados la administración para adoptarlo no estaban realmente demostrados, o porque dejaron de tenerse en cuenta otros supuestos fácticos que sí lo estaban. Para que se configure esta presunción es necesario que el juez que anula el acto establezca que el funcionario que lo profirió incurrió en <<desviación de la realidad>> u <<ocultó hechos>>, con el objeto de proferir una decisión administrativa que no podía adoptarse.

14.- Así mismo, para que se configure alguna de las presunciones de la Ley 678 no es suficiente que la falsa motivación pueda predicarse respecto de la Administración, sino que es necesario que el supuesto de hecho esté probado respecto del agente estatal demandado, porque solo de este modo

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 11 de octubre de 2021. CP. Dr. Martín Bermúdez Muñoz. Rad. 11001-03-26-000-2013-00164-00(49153)

puede imponérsele a dicho agente la obligación de reembolso prevista en la segunda parte del artículo 90 de la C.P. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional:

<<5.35. Por lo anterior, sin perjuicio del deber de adelantar la acción de regreso a fin de salvaguardar el patrimonio público y la moralidad administrativa, la procedencia de la acción de repetición está supeditada a la realización de un juicio de atribución de responsabilidad patrimonial, en el cual deben asegurarse las garantías que conforman el derecho al debido proceso, en especial, cuando la pretensión de regreso se fundamente en las presunciones de dolo y culpa grave establecidas por el legislador.

5.36. Sobre este último punto, como se explicará más adelante en detalle, **este Tribunal estima que si bien la ley contempló unas presunciones que fueron avaladas por esta Corporación, lo cierto es que para su correcta utilización es indispensable probar el hecho que determina la inferencia no sólo frente a la administración sino también de cara al funcionario implicado. Lo anterior, para establecer en relación con el agente del Estado el supuesto que origina la presunción, así como para permitirle a éste que, de ser posible, desvirtúe su alcance>>⁵ (resalta la Sala).**

(...)

14.2.- Las anteriores consideraciones evidencian que la falsa motivación no se deduce de la desviación de la realidad o del ocultamiento de hechos, sino de una interpretación jurídica de los mismos supuestos fácticos que sirvieron de sustento al acto administrativo anulado: mientras la Administración consideró que se trataba de cargos distintos, el Tribunal consideró que eran los mismos porque tenían la misma denominación, aun si comprendían funciones diferentes.

14.3.- Y dichas consideraciones no permiten dar por probado el supuesto de hecho de la presunción respecto de las demandadas porque las decisiones anuladas fueron: **(i)** el Acuerdo No. 46 del 28 de diciembre de 2005 expedido por el Consejo Directivo; **(ii)** las resoluciones de nombramiento de otros funcionarios y **(iii)** el oficio que comunicó el retiro de la señora Rodríguez Hernández.

(...)

b.- Para afirmar que se configuró la presunción de dolo frente a las demandadas sería necesario identificar, de las consideraciones de la sentencia, que ellas dieron lugar a la falsa motivación declarada. Sin embargo, el tribunal declaró la nulidad del Acuerdo No. 46 de 2005 y de los actos que lo implementaron respecto de la señora Rodríguez Hernández, y no hizo un análisis específico de la motivación de cada uno de los actos anulados que permitiera tener por demostrado el supuesto de hecho de la presunción respecto de las accionadas.

(...)

E.- La entidad demandante no demostró que las demandadas obraran con dolo o culpa grave

16.- Al no estar acreditado el supuesto de hecho de la presunción invocada, a la entidad demandante le correspondía demostrar que las demandadas actuaron con dolo o culpa grave, es decir, que tenían la intención de causar el daño o que, a sabiendas de que lo producirían, su obrar fue de tal modo negligente que permite deducir tal intención.” (Subraya la Sala)

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-354 de 2020. M.P.: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Sea lo primero precisar que el artículo 5 de la ley 678 de 2011 define que la conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del estado; y el numeral 3 contempla que se presume ese dolo cuando expidió un acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.

Por su parte, el último inciso del artículo 63 del Código Civil define el dolo así:

“Artículo 63. Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

(...)

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.”

Ahora, para esta Sala, tal como lo indicó el Consejo de Estado en la providencia antes referida, no resulta ser suficiente el hecho que en la sentencia mediante la cual se declaró la nulidad del demandado oficio STP – 869 de 19 de Julio de 2006 se haya dicho expresamente que: *“se configuró una falsa motivación en la expedición de los actos administrativos demandados, en los términos definidos por la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado”*, pues la discusión que se da en el presente asunto se centra en la interpretación jurídica que se dio para la aplicación del Decreto 0128 de 15 de julio de 2006 y que llevó a la expedición del acto anulado.

De igual manera, en la sentencia que declaró la nulidad del acto proferido por el ahora demandado, el Juez no afirmó que la falsa motivación tenga origen en desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que dieron origen al acto demandado; y, lo que se entiende de la sentencia proferida es que hay una discusión alrededor del Decreto 0128 que fue el que se tuvo como sustento para proferir el acto acusado; discusión relacionada con la suspensión del ingreso de vehículos por incremento para el servicio público colectivo e individual de pasajeros al municipio de Manizales, pues así lo dispone el artículo primero del Decreto, en tanto en su artículo segundo es claro en definir que solo *“podrán ingresar vehículos de transporte público colectivo e individual de pasajeros al municipio de Manizales por reposición, lo cual sólo podrá efectuarse con automotores nuevos, entendiéndose como nuevo aquel que no haya sido matriculado ante las autoridades de tránsito”*; y con fundamento en ello, se profirió la respuesta mediante el oficio STP – 869 de 19 de julio de 2006, en el que se dijo que en virtud de dicho

Decreto, había un congelamiento del parque automotor de transporte público de la ciudad de Manizales.

Por otra parte, del testimonio rendido por el señor Mauricio Gallego Arango, quien fungía como Inspector de Tránsito de la ciudad de Manizales para el momento de los hechos, se desprenden varias situaciones que develan la poca autonomía en el actuar del ahora demandado respecto de la proyección de respuestas relacionadas con solicitudes que tenían que ver con la capacidad transportadora; pues es claro su testimonio en afirmar que se instruyó de manera directa al ahora demandado, señor Luis Ernesto Martínez Muñoz sobre cómo debería responder ante las solicitudes de vinculación de vehículos a la capacidad transportadora, debiendo dar respuesta en sentido negativo a ello; e incluso existía un formato de respuesta que aparece en los oficios declarados nulos por esta jurisdicción Contenciosa Administrativa.

También afirma el testigo, que el señor Martínez Muñoz lo que hizo fue seguir las instrucciones dadas por sus superiores relacionadas con esa capacidad transportadora, instrucciones dadas por el secretario de Tránsito de la época, y por el grupo de Consultoría contratado para tales fines; instrucciones que se dieron desde el mismo día en que se profirió el Decreto 0128, cuando se dijo en qué sentido debían responderse las peticiones formuladas en torno a ello. Y, en el testimonio rendido también se deja ver una confusión en la interpretación del Decreto citado, pues se citan los conceptos como ingreso, congelamiento y reposición de vehículos, centrando en ello la dificultad en la comprensión del Decreto en mención.

De acuerdo con lo expuesto, y en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado, las normas y las pruebas que reposan dentro del proceso, para esta Sala de decisión se encuentra desvirtuada la presunción de dolo contenida en el numeral 3ro del artículo 5 de la ley 678 de 2001, al no haberse expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirvieron de sustento para la decisión de la administración, pues se itera, pese a que en la sentencia mediante la cual se declaró la nulidad el oficio STP – 869 de 19 de julio de 2006 se dijo expresamente que se configuró una falsa motivación; en ninguna parte ni de la sentencia, ni en este proceso se encuentra acreditado que esa falsa motivación se dio con desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que fundaron la decisión; tampoco se encuentra acreditado que el señor Luis Ernesto Martínez Muñoz hubiera actuado de manera contraria a las finalidades del Estado, ni que hubiera tenido una intención de dañar a una persona o propiedad de alguien con la respuesta a la petición realizada.

En efecto, estudiado el asunto se encuentra que lo que ocurrió fue una errónea interpretación normativa para dar respuesta a una petición; interpretación que como se dijo en el testimonio citado, no obedeció al querer del demandado, sino que, fue el resultado de las directrices impartidas para esos casos, pues siguió los lineamientos trazados por sus superiores para responder la petición en el sentido que aquellos indicaron.

Así pues, al no encontrarse acreditado el supuesto de hecho de la presunción invocada por la demandante, a ésta, le correspondía demostrar que el señor Luis Ernesto Martínez Muñoz actuó con dolo, que, al proferir el acto demandado, y declarado nulo, tenía la intención inequívoca de ocultar los hechos o causar un daño, no habiéndose dado dicha demostración en el presente asunto. De tal manera que, por cuanto para esta Sala se encuentra desvirtuada la presunción de dolo alegada por la demandante, ahora apelante, la cual admitía prueba en contrario, no encuentra en ese caso acreditados los elementos subjetivos de responsabilidad administrativa del demandado, por lo que debe confirmarse la sentencia proferida en primera instancia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

Es más, se observa en la sentencia anulatoria del acto, que el mismo municipio a través de su vocero judicial se opuso a las pretensiones y defendió la legalidad de mismo aduciendo que fue expedido conforme a derecho y por funcionario facultado para ello, dando prevalencia al interés general sobre el particular. Por ello, encuentra además la Sala un contrasentido con los argumentos de repetición que hoy esgrime.

8. De la Sentencia C – 734 de 2002.

Por último, no puede pasar por alto la Sala que en el recurso de apelación se cuestiona el no darse aplicación al precedente jurisprudencial de la sentencia C – 374 de 2002, sentencia que se pronunció sobre la constitucionalidad de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, que consagran las presunciones de dolo y culpa grave de la cual se extrae lo siguiente:⁶

“(…) En términos generales las presunciones no son un juicio anticipado con el cual se desconoce la presunción de inocencia, toda vez que se trata de un

⁶ C-374 de 2002.

típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales, con el fin de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad.

(...)

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

Las presunciones legales tienden a corregir la desigualdad material que pueda llegar a existir entre las partes respecto del acceso a la prueba, y a proteger a la parte que se encuentre en situación de indefensión o de debilidad manifiesta, para lo cual el legislador releva a quien las alega en su favor de demostrar el hecho deducido, promoviendo, de esta forma, relaciones procesales más equitativas y garantizando bienes jurídicos particularmente importantes.

(...)

Hechas estas observaciones resulta claro que el establecimiento de las presunciones legales de dolo y de culpa grave en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 no implican la atribución de culpabilidad alguna en cabeza del demandado en acción de repetición que, de contera, acarree desconocimiento del principio superior de la igualdad, puesto que constituyen un mecanismo procesal que ha sido diseñado por el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional para configurar las instituciones procesales y definir el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (arts. 124 y 150 Superiores), con el fin de realizar el mandato del inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política que le ordena al Estado repetir contra sus agentes cuando éstos en razón de su conducta dolosa o gravemente culposa han dado lugar a una condena de reparación patrimonial en su contra.

En efecto, con estas presunciones legales de dolo y culpa grave el legislador busca hacer efectivo el ejercicio de la acción de repetición en la medida en que el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá probar solamente el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega para que ésta opere, correspondiéndole al demandado la carga de desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad, con lo cual no sólo se garantiza su derecho de defensa sino que se logra un equilibrio en el debate probatorio que debe surtirse en esta clase de actuaciones, sin que pueda pensarse que por esta circunstancia se vulnera el debido proceso.

Estos propósitos quedaron consignados en la exposición de motivos al proyecto de ley que luego se convirtió en la Ley 678 de 2001, donde se justificó el régimen de presunciones contemplado en las normas impugnadas al reconocer que “el legislador debe facilitar el debate probatorio para no hacer de la acción de repetición una misión imposible. Señalar causales de presunción de dolo y la culpa grave resulta conveniente y necesario, puesto que en el proceso de repetición sólo deberá probarse el supuesto de hecho en que se funda la presunción, con el objeto de invertir la carga de la prueba para hacer de la acción una herramienta efectiva y eficaz. En otras palabras, resultará suficiente para la parte demandante demostrar una de las causales que se señalan para presumir que el funcionario actuó con dolo o culpa y,

por consiguiente, a la parte demandada demostrar que el supuesto de hecho que se alega no se configuró”.⁷ (...)” (Subraya la Sala).

En virtud de lo expuesto, considera esta Sala que no hubo en este caso ningún desconocimiento del precedente jurisprudencial contenido en la sentencia C – 374 de 2002, pues no se puede quedar solamente el Juzgador con la declaratoria de exequibilidad de los artículos 5 y 6 de la ley 678 de 2001, ni con los argumentos encaminados a la defensa de las presunciones de dolo y culpa grave allí contenidas; sino que debe mirarse todo el contenido del pronunciamiento; advirtiéndose que de lo transcrito queda claro que las presunciones allí mencionadas tienen siempre la posibilidad de ser desvirtuadas dentro de la acción de repetición.

Así mismo resalta esta Sala la consideración de la Corte relacionada con que las presunciones legales de dolo y de culpa grave contenida en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 *“no implican la atribución de culpabilidad alguna en cabeza del demandado en acción de repetición”*, pudiéndose siempre desvirtuar el hecho deducido, eximiendo de responsabilidad al demandado, tal como ocurrió en el presente asunto en las consideraciones que anteceden.

Adicional a lo expuesto, resulta pertinente citar apartes de la sentencia de unificación SU 354 de 2020 proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional⁸ en el siguiente sentido, que confirma lo expuesto anteriormente con relación a las presunciones de dolo y culpa grave contenidas en la ley 678 de 2001:

“(…) 5.45. En relación con el régimen de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado contemplado en la Ley 678 de 2001, es pertinente señalar que, en los artículos 5° y 6°, se contemplan una serie de criterios para determinar la configuración de la culpa grave o el dolo exigidos por el Constituyente para la procedencia de la acción de repetición⁹. Específicamente:

(i) En el artículo 5° se establece que “la conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado”; y

(…)

5.59. Por lo anterior, si bien la ley contempló unas presunciones a partir de las cuales las autoridades no tienen la obligación de probar que el supuesto de la inferencia (v.gr. desviación de poder o violación manifiesta e inexcusable de una norma de derecho) constituye una actuación dolosa o gravemente culposa, pues ello se conjetura de la ley; lo cierto es que sí resulta imperioso que las entidades acrediten con suficiencia que la actuación del agente, por su arbitrariedad o suma negligencia, fue

⁷ Ponencia para primer debate en el Senado de la República. Gaceta del Congreso No. 14 del 10 de febrero de 2000. Página 16.

⁸ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de 26 de agosto de 2020. M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Rad. SU 354 de 2020. Expedientes. T-7616782 y T-7629189.

⁹ Este Tribunal ha analizado la conformidad con la Carta Política de las disposiciones en mención en las sentencias C-285 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), C-374 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-285 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-778 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

determinante en la ocurrencia del supuesto de la presunción.

(...)

- **Presupuesto 3:** Las presunciones legales de dolo y culpa grave contempladas en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001:

(i) No relevan a la entidad actora de probar ante el juez contencioso administrativo que (a) el daño antijurídico tuvo su origen en una acción u omisión atribuible al demandado, y que (b) tal actuación se enmarca en alguno de los supuestos legales (i.e. desviación de poder o infracción manifiesta e inexcusable de una norma de derecho); y

(ii) Ante la demostración de que la actuación del agente se enmarca en alguno de los supuestos legales, eximen a la entidad de acreditar que la acción u omisión estuvo dirigida a “la realización de un hecho ajeno a las finalidades del Estado”, o es calificable como “una infracción directa a la Constitución o a la ley” o “una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”.

(...)

- **Presupuesto 4:** A efectos de garantizar el derecho al debido proceso, en el trámite de repetición la valoración en torno a la existencia de dolo o culpa grave debe realizarse de manera integral, y para determinar la responsabilidad del agente, está excluida la posibilidad de extrapolar las conclusiones sobre la responsabilidad del Estado o del agente que puedan estar contenidas en la providencia condenatoria a la administración. Por consiguiente, el juez contencioso debe examinar todos los elementos de juicio allegados al proceso de repetición y realizar un análisis totalmente independiente, en el cual el demandado tenga la oportunidad real de ejercer su defensa. (...) (Subrayas y Negrillas de la Sala).

Por lo expuesto, no prosperan los cargos de la apelación y se impone confirmar la sentencia.

11. De la condena en costas.

Uno de los motivos de inconformidad de la demandante en su recurso de apelación, tiene que ver con la condena en costas de primera instancia.

Se advierte que, efectivamente la Juez de Primera Instancia condena en costas al demandante municipio de Manizales, acudiendo al criterio objetivo del Consejo de Estado concluyendo que no se debe evaluar la conducta de las partes relacionadas con la temeridad o mala fe, sino a los aspectos objetivos respecto de su causación tal como lo prevé el Código General del Proceso en su artículo 365.

Sea lo primero precisar que, el artículo 188 de del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya

liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.” (Subraya la Sala)

Del artículo transcrito queda claro que habrá condena en costas a la parte vencida dentro del proceso, salvo en los procesos que se ventile un interés público.

Ahora, el medio de control de repetición se ejerce por parte del Estado cuando éste deba hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión a una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servido o ex servidor público; ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 142 del CPACA, pudiendo entender que, en dicho medio de control se ventila un interés público, consistente en recuperar el dinero pagado por el Estado, debido al actuar de sus agentes, siempre que ésta conducta sea dolosa o gravemente culposa.

Ahora, en recientes pronunciamientos del Consejo de Estado^{10, 11} se ha considerado lo siguiente, con relación a la condena en costas en proceso de esta naturaleza:

(...) 7. Condena en costas

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, establece:

Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal (se destaca).

De la lectura de la norma se desprende, entre otras cosas, que en los procesos en los que se ventile un interés público no se dispondrá sobre la condena en costas, a menos que la demanda se hubiese presentado “con manifiesta carencia de fundamento legal”.

El proceso que se adelanta en ejercicio de la pretensión de repetición es uno de aquellos en los que se ventila un interés público, pues con este se busca la protección del patrimonio público. Sobre este particular, la Corte Constitucional ha señalado 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

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 22 de octubre de 2021. C.P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad 11001-03-26-000-2018-00177-00(62571)

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 11 de octubre de 2021. C.P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad 15001-23-33-000-2016-00836-01(66114)

propósitos del Estado Social de Derecho¹²; criterio que ha sido reiterado por esta Subsección en múltiples pronunciamientos¹³.

Bajo ese entendido, dado que en el proceso de la referencia se persigue un interés público y que la Sala no advierte que la demanda se haya interpuesto con manifiesta carencia de fundamento legal¹⁴, no hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, es decir, a la parte actora. (...)” (Subraya la Sala).

Así pues, de acuerdo con la norma en mención, y en concordancia con lo considerado por el Consejo de Estado, y toda vez que en el medio de control de repetición se considera que se ventila un interés público, debido a su finalidad de proteger el patrimonio público de manera efectiva, no es procedente en este caso la condena en costas; de manera que se revocará el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el día 19 de septiembre de 2018, tal como se dirá en la parte resolutive de esta providencia, y en esta instancia tampoco habrá condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero: Revocar el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el día 19 de septiembre de 2018 y en su lugar:

No condenar en costas al demandante municipio de Manizales.

Segundo: Confirmar en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el día 19 de septiembre de 2018, por lo considerado.

Tercero: No condenar en costas en esta instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

¹² Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia del 8 de agosto de 2001, exp: D – 3388, M.P: Rodrigo Escobar Gil.

¹³ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 11 de abril de 2019, exp. 59.139; sentencia de 12 de agosto de 2019, exp. 63.519; sentencia del 20 de noviembre de 2019, exp. 61.003. sentencia del 12 de diciembre de 2019, exp. 64.350; sentencia del 12 de diciembre de 2019, exp. 64.544 y sentencia del 20 de febrero de 2020, exp. 51.949.

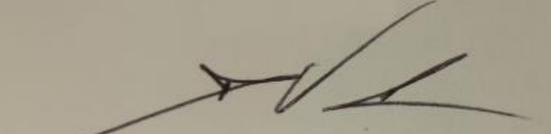
¹⁴ Debe tenerse en cuenta que el comité de conciliación del Inpec adoptó la decisión de repetir en contra de Gustavo Adolfo Ricaurte Tapia, motivo por el cual era deber de la entidad demandante ejercitar la acción de repetición y su incumplimiento, según el artículo 4 de la Ley 678 de 2001, constituía falta disciplinaria; todo lo que guarda concordancia con el artículo 90 de la Constitución Política.

Notifíquese y cúmplase,

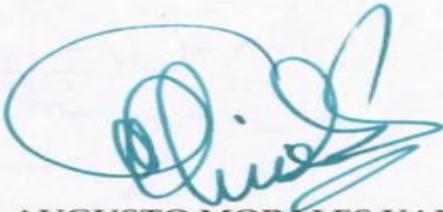
Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	COMPAÑÍA MANUFACTURERA MANISOL SA
DEMANDADO:	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN
RADIACIÓN	17 001 33 31 003 2013 00366
SENTENCIA	No. 41

Se dispone la Sala a dictar la sentencia de segunda instancia en virtud del recurso de **apelación** presentado por la **demandada** DIAN en contra de la condena en costas contenida en la sentencia de primera instancia.

SÍNTESIS: La demandada DIAN fue condenada a las costas del proceso en la primera instancia. La Sala confirma la decisión porque los asuntos tributarios no están exceptuados de la condena en costas conforme al artículo 188 de la ley 1437 de 2011, al no corresponder los mismos al concepto de interés público.

ANTECEDENTES

La Compañía Manufacturera MANISOL SA presentó demanda en contra de la DIAN pretendiendo:

-La nulidad total de las resoluciones Nos. 10241201300428 del 24 de mayo de 2013 y 110 201 236 2013 0572 del 24 de junio de 2013.

-A título de restablecimiento del derecho, se declare la firmeza de la declaración de importación presentada por MANISOL No. 14611010528952 del 5 de abril de 2010, y se le declare a paz y salvo respecto de las sumas objeto de discusión.

Como fundamento de las pretensiones expuso que el día 1° de enero de 2006 MANISOL suscribió con BATA un contrato de licencia por el término de diez años, por virtud del cual BATA concede a MANISOL el derecho a utilizar el nombre y denominación BATA incorporado al nombre comercial, con relación a todas las actividades comerciales, las marcas registradas en los productos y servicios comprendidos dentro de su respectiva clasificación y registro, y las marcas registradas en embalaje, publicidad y material de exposición.

Como compensación, MANISOL se obliga a pagarle a BATA una regalía anual equivalente al 2% de las ventas netas de MANISOL reportadas trimestralmente, con pago anticipado los 10 primeros días de cada trimestre, so pena del cobro de intereses de mora al 12%, pago que se inició en octubre de 2006.

A través de requerimiento especial la DIAN propuso a MANISOL modificar la declaración de importación No. 14611010528952 del 5 de abril de 2010 al considerar que los valores declarados deben ajustarse a los precios indicativos contemplados en la resolución No. 6635 de 2008, por la cual se fijan precios indicativos para calzado y por lo tanto, no poder aplicarse, para el cobro de los tributos en aduanas, el primer método de valoración aduanera (VALOR DE LA TRANSACCIÓN).

Como normas violadas invoca el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, el Anexo I del Acuerdo del Valor del AGTT. Notas interpretativas, la Decisión 571 de 2003 de la CAN, el título VI del decreto 2685 de 1999, los artículos 174 y ss de la resolución No. 4240 de 2000, el artículo 1602 del Código Civil, y los artículos 177 y 187 del CPC y 29 y 83 de la Constitución.

Como motivo de violación expuso, en síntesis, que el valor en aduanas de la mercancía importada por MANISOL no puede incrementarse en el monto de las regalías pagada a BATA porque tales pagos no están relacionados con la mercancía importada, sino con otros conceptos tales como la explotación de la marca comercial, publicidad, asesoría y producción nacional, entre otras. Tampoco cumplen el requisito de la condición de venta, toda vez que los proveedores de bienes en el exterior están dispuestos a vender las mercancías a MANISOL, sin que se pague el valor de las regalías a BATA. Por ende, no hay relación de causalidad entre las regalías pagada a BATA y la operación de importación.

RESPUESTA A LA DEMANDA

La demandada DIAN explicó que los pagos por concepto de canon y derecho de licencia realizados por MANISOL, deben ser adicionados al precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas, toda vez que reúnen los requisitos señalados en la resolución No. 846 de 2004 que adoptó la Decisión No. 571. Añade que el hecho que las mercancías importadas incorporen la marca comercial por la que se paga el canon, indica que el canon está relacionado con dichas mercancías, además que sólo se ajustó el valor de las mercancías relacionadas a la marca licenciada, según amplia explicación del método aplicado.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Octava Administrativa de Manizales mediante sentencia del 20 de febrero de 2019 declaró la nulidad del acto administrativo demandado y dejó en firme la declaración de importación No. 14611010528952 del 5 de abril de 2010.

Luego de hacer un recuento de los antecedentes del proceso, expone las normas invocadas como violadas, para afirmar que es claro que el Estado Colombiano para efectos de valoración de mercancía en aduanas, debe someterse al Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre aranceles aduaneros y comercio de 1994, y especialmente en lo relacionado al método de valor denominando valor de transacción, cuyos requisitos son: que los cánones estén relacionados con las mercancías a valorar, que el pago de la licencia se haya establecido como una condición de venta por el vendedor o algún vinculado; que se fundamente en datos verídicos y cuantificables; y que no se hubiera incluido en el precio pagado o por pagar.

Luego, analiza el pago que efectúa MANISOL a BATA a la luz de la opinión consultiva 4.5 concluyendo que si bien es cierto las mercancías importadas van a ser posteriormente distribuidas con la marca BATA, el pago de las regalías se refiere a aspectos que no están directamente vinculados con las mercancías importadas objeto de revisión de valor; es decir, no hay relación entre las mercancías que se valoran y la remuneración que realiza MANISOL a BATA por el contrato de licencia, pues dicho pago surge de manera independiente. Añade que de la relación entre las empresas no hay prueba, acto comercial o cláusula contractual, que permita inferir que el mencionado pago, es una condición de venta que le exija el exportador a MANISOL, o que exigiéndola BATA en contrato separado se infiera como una condición de venta.

Seguidamente afirma que el pago de un 2% sobre las ventas netas que hace MANISOL a BATA como regalías, se hace como contraprestación no solo de la utilización de la marca en productos importados terminados, sino además de los productos fabricados en Colombia, sean de materia prima importada o nacional, y además compensa otras actividades como asesoría, uso de marca en embalajes, publicidad, etc. Por ende, al no encontrarse relacionado el pago del canon con la mercancía objeto de declaración de importación, no es posible deducir qué porcentaje del mismo (de ese 2%), debe aplicarse para incrementar el valor de transferencia, pues solo una parte de ese porcentaje podría retribuir el uso de la marca que será empleada en los productos importados.

Concluyó que no procedía el ajuste al valor efectuado por la DIAN y condenó en costas a esta entidad a partir del criterio objetivo valorativo al encontrar probado que: la demandante estuvo representada por abogado y consignó los gastos del proceso; fijando agencias en derecho en el valor de \$398.691.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Oportunamente el apoderado de la DIAN apeló la sentencia para oponerse a la condena en costas afirmando que según el artículo 188 de la ley 1437 de 2011 en los procesos en que se discuten obligaciones de tipo fiscal, concretamente para lograr el recaudo de los tributos, llevan implícito un interés público. Agrega que dicho recaudo además de garantizar la solvencia del gasto público, aliviana las cargas del Estado y que la actuación de la DIAN tiene como único propósito de evitar conductas elusivas o evasoras que atenten contra el patrimonio estatal, no constituyendo una actuación temeraria.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA E INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

DEMANDANTE: Solicitó confirmar la sentencia porque el acto demandado no cumple con los requisitos establecido en las normas señaladas como violadas, para considerar que al valor de transacción se debe añadir el valor del canon o derecho de licencia porque se probó que el pago de tales regalías: no constituye una condición de venta de dichas mercancías, no se basa en datos objetivos y cuantificables, y no es posible ajustar al precio realmente pagado o por pagar en la importación, el precio de los cánones por concepto de regalías.

DEMANDADA: Refiere a varias providencias del Consejo de Estado para afirmar con sustento en ellas que no se demostró que la demandante hubiere hecho alguna erogación significativa que permita la condena en costas.

-El Ministerio Público no intervino, según constancia secretarial a folio 18 del cuaderno 2.

CONSIDERACIONES

La entidad apelante se opuso a la condena en costas efectuada en su contra en el fallo de primera instancia, al argumentar que se desconoció el artículo 188 del CPACA, porque considera que los procesos de naturaleza tributaria comportan un interés general y público, y no constituyen una actuación temeraria de la entidad.

La Ley 1437 de 2011 determinó en el artículo 188 vigente para la fecha de la sentencia:

“Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

En cuanto al alcance de la expresión: “procesos en que se ventile un interés público” debe entenderse que esta hace referencia únicamente a las acciones públicas, pues es natural que en los procesos en que es demandante o demandada una entidad pública siempre se encuentra implícito un interés público, el cual se le ha confiado cumplir o satisfacer. Al respecto, el Consejo de Estado¹ señaló:

“2.2. Conforme con la norma transcrita, la regla general es que en los procesos de conocimiento de esta jurisdicción, en la sentencia, se dispondrá sobre la condena en costas. “Esta regla no se aplica para los procesos en los que se ventile un interés público, es decir, que no hay lugar a condena en costas en las acciones públicas. “En este sentido se debe entender el alcance de la expresión “procesos en que se ventile un interés público” y no como lo interpretó la UAE – DIAN, porque, se debe tener presente que esta disposición no pretendió hacer distinción alguna entre las partes intervinientes en el proceso y volver al criterio previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo [prohibición de condena en costas al Estado], antes de la modificación introducida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 condena en costas a las partes, sin distinción alguna, con un criterio subjetivo. [...] “2.3. Con base en esos mismos argumentos, puede concluirse que no le asiste la razón a la UAE – DIAN, al interpretar que por el solo hecho de estar implícito el interés público en

¹ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Sentencia del 5 de abril de 2018. Radicación número: 76001-23-33-000-2012-00430-01(21873)

la gestión de recaudo de los tributos, necesariamente se le deba exonerar de la condena en costas”.

Conforme a la norma y a lo explicado por el Consejo de Estado, la expresión proceso de interés público, sólo hace referencia a las acciones constitucionales y no incluye ningún proceso ordinario, como en este caso uno de nulidad y restablecimiento, y es que si bien es cierto el objeto del litigio tiene que ver con materia de recursos públicos, el interés es meramente personal del contribuyente que discute la actuación de la DIAN, por ende el argumento traído por la DIAN, no es de recibo por esta Sala.

Es preciso recordar que las costas son la erogación económica que corresponde efectuar a las partes involucradas en el proceso, e incluye dos conceptos: las expensas, es decir, a todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderado; y por otro lado a las agencias en derecho, que corresponde a las erogaciones efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pactados.

De otro lado y en lo que respecta al argumento del apelante en el sentido que dada la finalidad de la DIAN referida al recaudo de los tributos, no puede considerarse ello una conducta temeraria, observa la Sala que el artículo 188 dispuso la condena en costas pero ya no se condicionó a la forma en que la parte se desenvolvió dentro del litigio, pues simplemente estableció que la sentencia dispondría lo pertinente; y aclaró que la liquidación y ejecución se ceñirían hoy en día a lo establecido en el Código General del Proceso, norma que reguló el asunto en sus artículos 365 y 366.

En el caso concreto, se encuentra que la condena en costas se impuso a la parte vencida en el proceso y se explicó la razón de las mismas: la actuación de abogado en representación de la demandante a lo largo del proceso y la erogación causada para atender los gastos del mismo mediante consignación al juzgado, cumpliéndose de esta forma con la carga del Juez de sustentar el motivo de la condena en costas, lo cual impone confirmar la sentencia apelada.

COSTAS

En el presente asunto no se condenará en costas de segunda instancia, ya que, aunque la parte demandante presentó alegatos de conclusión en esta instancia, los argumentos allí planteados no se refirieron al motivo de apelación de la DIAN.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el día 20 de febrero de 2019, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por LA COMPAÑÍA MANUFACTURERA MANISOL S.A contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

Segundo: **SIN COSTAS** en esta instancia por lo señalado.

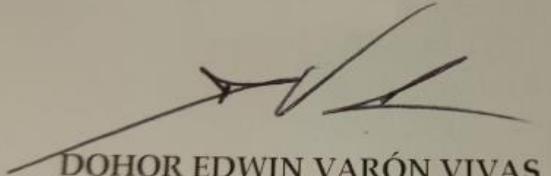
Tercero: **RECONOCER PERSONERÍA** al dr BENJAMÍN SEGUNDO ÁLVAREZ BULA con T.P.121.731 C.S.J para actuar en representación de la DIAN según poder a folio 11 del cuaderno de segunda instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

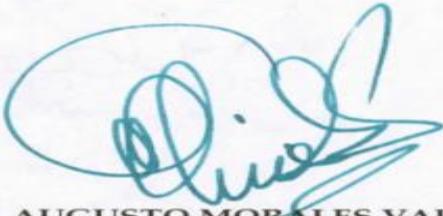
NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Patricia Valencia". The signature is fluid and cursive, with a large initial 'P' and a long, sweeping tail.

Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

A.I. 052

Manizales, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-33-33-002-2014-00490-02
Naturaleza: Proceso Ejecutivo
Demandante: Luz Dary Zapata Molina
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

I. ASUNTO.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante frente a la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales el 23 de noviembre de 2020 en la cual se negó la emisión de mandamiento de pago.

II. ANTECEDENTES

1. Solicitud de ejecución.

La señora Luz Dary Zapata Molina deprecó la ejecución del crédito contenido en la sentencia del 26 de julio de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales -ejecutoriada desde el 02 de agosto de 2016-, en la cual se dispuso la indexación del I.B.C. pensional y por ende la reliquidación de la mesada a ella reconocida. En consecuencia, se ordenó el pago de los mayores valores generados con ocasión de la reliquidación sucesiva de su prestación pensional mes a mes.

Se señala que la entidad demandada mediante Resolución 2470-6 del 16 de marzo de 2018, pretendió dar cumplimiento al fallo ajustando el monto de la pensión de jubilación de la demandante al valor de \$1.896.778 a partir del 14 de junio de 2010, ordenando el pago de las diferencias causadas a partir de 12 de agosto de 2011 por efectos de prescripción trienal -según se dispuso en el fallo-.

Que la entidad ejecutante efectuó un pago por valor de \$ 4.369.348 en favor de la demandante el 30 de junio de 2018, el cual se arguye resulta inferior a los valores resultantes de liquidar la orden pago impuesta en la sentencia base de recaudo, adeudándose la suma de \$ 1.628.414.

2. El auto recurrido.

El Juzgado Segundo Administrativo de Manizales mediante proveído del 23 de noviembre

de 2020, dispuso no librar mandamiento de pago en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, arguyendo que, el valor determinado en el acto administrativo mediante el cual se da acatamiento a la sentencia base de recaudo corresponde a una mesada reliquidada de \$1.896.778 por lo cual al diferencia entre esta y la mesada inicialmente otorgada de \$1.859.586 equivale a \$ 37.210 para cada mesada y no al valor de \$ 38.371 utilizado por la parte ejecutante para liquidar la sumas que reclama, concluyendo por ende que no se adeudan por la entidad accionada las sumas cuya ejecución se pretende.

3. Recurso de apelación.

La ejecutante interpuso recurso de apelación insistiendo en que, el valor cancelado por la entidad ejecutada no cubrió la totalidad de las sumas adeudadas, para dar sustento a su posición advierte que el Despacho no podía limitar su análisis sobre la emisión del mandamiento de pago únicamente a las diferencias de valor entre la mesada inicialmente reconocida y la mesada reliquidada, pues era necesario que analizará que con base a dicha diferencia se hubiese efectuado debidamente la liquidación de las sumas adeudadas.

Así, advierte en forma concreta que, si bien la diferencia de valor para 2010 -fecha del status pensional- correspondió a \$37.210, la liquidación efectuada en la demanda ejecutiva computa los valores adeudados a partir del 12 de agosto de 2011 por efectos de prescripción trienal, por lo cual la referida diferencia se ve afectada por el I.P.C. acumulado de 2010, siendo una diferencia para 2011 de \$38.371, valor a partir del cual se efectuó la liquidación de los saldos cuya ejecución se pretende.

III. CONSIDERACIONES

1. Procedencia y oportunidad del recurso.

Sea lo primero advertir que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, resulta procedente en los términos del numeral 4 del artículo 321 del Código General del Proceso, esto de conformidad con la remisión normativa expresamente señalada por los artículos 243 y 280 de la Ley 1437 de 2011 -modificada por la Ley 2080 de 2021- para el trámite de ejecución de sentencias proferidas por esta jurisdicción.

Igualmente, el recurso de apelación fue interpuesto el 21 de febrero de 2021, esto es, dentro del término de 3 días contemplado por el artículo 322 del C.G.P.¹

2. Reglas para la emisión del mandamiento de pago.

En los asuntos contenciosos que se ventilan por la vía del proceso ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 430 del C.G.P., luego de que el Juez de la causa ha verificado

¹ El auto recurrido fue notificado el 18 de febrero de 2021, por lo que el término para la interposición del recurso culminó el 22 de febrero siguiente (v. exp. digital. archivo: "05ConstanciaRecurso").

que el libelo inicial se ajusta a los requisitos formales exigidos por la ley procesal, y de que viene acompañado de documento que presta mérito ejecutivo, procede a dictar el mandamiento de pago en la forma pedida o la que se considere procedente, estando igualmente habilitado para negar la orden de apremio cuando del documento aportado como base de la ejecución no se desprende una obligación clara, expresa y exigible. En efecto, el referido canon normativo señala:

“ARTÍCULO 430. MANDAMIENTO EJECUTIVO. Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez libraré mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal...” (Subrayado y negrilla de la Sala)

Como se desprende de la norma en cita, el fallador debe analizar en la etapa inicial al análisis de las condiciones formales de la petición de ejecución, avalando mediante la emisión de mandamiento en la forma pedida o en la que considere ajustada a derecho, esto es, disponiendo si en efecto se debe cumplir la obligación, en la forma reclamada, es decir, como una obligación de hacer, de no hacer, de pagar suma de dinero u otra de las formas existentes de obligaciones en el ordenamiento jurídico colombiano.

Lo anterior, toma especial relevancia en asuntos como el aquí señalado, en los que la sentencia judicial base de ejecución, contiene dos tipos de obligaciones en cabeza de la entidad accionada: la primera contentiva de una obligación de hacer, consistente en reliquidar el valor de la mesada pensional de la accionante y la segunda consistente en la obligación de pagar unas sumas de dinero y por demás atendiendo a la naturaleza irrenunciable de los derechos pensionales en controversia.

Por lo anterior, esta Sala Unitaria advierte que analizados los elementos de la obligación cuya ejecución se pretende en el *sub lite* se observa que el *A quo* debió librar mandamiento de pago, cuando menos, en lo que respecta a la obligación de hacer correspondiente a la reliquidación de la mesada pensional devengada por la accionante por actualización del I.B.C. pensional, obligación que no ha sido acatada en debida forma según se pasa a explicar.

3. Valor de la mesada pensional por indexación – Caso concreto.

Es claro que el crédito cuya ejecución se pretende cuenta con base en un título judicial constituido por una sentencia judicial proferida por la Jurisdicción Contencioso Administrativa la cual en su contenido expreso señaló:

“A título de restablecimiento del derecho, se condenará a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a actualizar la suma de \$1.859.586, monto de la pensión de jubilación a la fecha de retiro de la demandante (12 de mayo de 2009), a la fecha en que adquirió el estatus pensional (13 de junio de 2010), aplicando para ello la fórmula establecida por el Honorable Consejo de Estado:

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

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el promedio de lo devengado por la demandante en el último año de servicios, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha en que adquirió el estatus pensional, por el índice inicial vigente para la fecha de su retiro."

En tal sentido, la entidad accionada en el acto administrativo que pretendió dar cumplimiento a la orden incorporada en la sentencia base de recaudo advirtió reliquidar la mesada pensional del demandante en los siguientes términos:

"Que conforme a la resolución No. 6378 del 22 de octubre de 2010, el monto de la pensión se determinó sobre los factores salariales devengados durante el último año de servicios, esto es, del 01/05/2008 al 01/05/2009, así:

FACTORES SALARIALES	VALOR
<i>Sueldo Mensual</i>	\$ 1.824.345
<i>Sobresueldo</i>	\$ 364.869
<i>Prima de Alimentación</i>	\$ 450
<i>Prima de Navidad</i>	\$ 195.800
<i>Prima de Vacaciones</i>	\$ 93.984
<i>Total Salario base de Liquidación</i>	\$ 2.479.448

El docente se retiró definitivamente del servicio el 01/05/2009, momento para el cual el ingreso base de liquidación era de \$2.479.448, correspondiéndole una pensión equivalente al 75% en cuantía de \$1.859.586.

...

Que la pensión de jubilación indexada con la integración de todos los factores salariales conforme al fallo contencioso corresponde a \$1.896.778, suma equivalente al 75% del IBL debidamente indexado, prestación efectiva a partir del 14/06/2010.

Que la docente se le había reconocido inicialmente pensión de jubilación por la suma de \$1.859.586.

Que la diferencia existente entre la mesada pagada y la ajustada conforme al fallo contencioso asciende a la suma 37.192."

Ahora bien, observa la Sala que la liquidación anterior no acata en debida forma lo ordenado por la sentencia base de recaudo que, dispone en forma clara y expresa que la mesada pensional de la señora Luz Dary Zapata Molina, esto es la suma de \$1.859.586 debe ser actualizada tomando los índices de precios al consumidor correspondientes a junio de 2010 -índice final- y mayo de 2009 -índice inicial-, lo cual corresponde a los siguientes valores²:

² Información pública obtenida a través de la página web del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas –

Periodo	índice
Mayo 2009	71.39
Junio 2010	72.95

En este orden, la indexación de la primera mesada pensional de la señora Luz Dary Zapata Molina debió atender a los siguientes valores:

Factores	Valor histórico "Rh"	índice inicial (mayo 2009)	índice final (Junio 2010)	Valor indexado "R"
Sueldo mensual	\$ 1.824.345	73.04	78.74	\$ 1.864.210,22
Sobresueldo	\$ 364.869			\$ 372.842,04
Prima de vacaciones	\$ 450	73.04	78.74	\$ 459,83
Prima de navidad	\$ 195.800	73.04	78.74	\$ 200.078,58
Prima alimentación	\$ 93.984	73.04	78.74	\$ 96.037,72
Total I.B.L.	\$ 2.479.448	73.04	78.74	\$ 2.533.628,40
Valor mesada - 75%	\$ 1.859.586	73.04	78.74	\$ 1.900.221,30

Corolario, el error en que incurrió la entidad accionada al liquidar la mesada pensional de la accionante en un valor inferior -\$1.896.778- al que ha sido señalado, y que se itera, corresponde al ordenado en la sentencia proferida por esta jurisdicción -\$1.900.221,30-, imponía que el *a quo* emitiese orden de ejecución, cuando menos por la obligación de hacer referente a reliquidar la mesa pensional de la demandante al valor de \$1.900.221,30 y que con base a dicho monto inicial se computen los valores adecuados por la entidad accionada a efectos de determinar si los valores cancelados cubren en forma íntegra la obligación de pago.

Cabe destacar que en el presente asunto se debaten derechos laborales de carácter pensional, es decir con una naturaleza irrenunciable e imprescriptible, razón por la cual para esta Sala el *a quo* no podía limitar su análisis para la emisión del mandamiento de pago, a tomar como cierto y definitivo el valor pensional actualizado que liquidó la entidad demandada en la Resolución 2470-6 del 16 de marzo de 2018, sin verificar que dicho valor corresponda

Dane, enlace https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/ipc/ene22/IPC_Indices.xlsx.



Total, Índice de Precios al Consumidor (IPC)

Índices - Serie de empalme
2003 - 2022

Mes	Base Diciembre de 2018 = 100.00																			
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Enero	50.42	53.54	56.45	59.02	61.80	65.51	70.21	71.69	74.12	76.75	78.28	79.95	83.00	89.19	94.07	97.53	100.00	104.24	105.91	113.26
Febrero	50.98	54.18	57.02	59.41	62.53	66.50	70.80	72.28	74.57	77.22	78.63	80.45	83.96	90.33	95.01	98.22	101.18	104.94	106.58	
Marzo	51.51	54.71	57.46	59.83	63.29	67.04	71.15	72.46	74.77	77.31	78.79	80.77	84.45	91.18	95.46	98.45	101.62	105.53	107.12	
Abril	52.10	54.96	57.72	60.09	63.85	67.51	71.38	72.79	74.86	77.42	78.99	81.14	84.90	91.63	95.91	98.91	102.12	105.70	107.76	
Mayo	52.36	55.17	57.95	60.29	64.05	68.14	71.39	72.87	75.07	77.66	79.21	81.53	85.12	92.10	96.12	99.16	102.44	105.36	108.84	
Junio	52.33	55.51	58.18	60.48	64.12	68.73	71.35	72.95	75.31	77.72	79.39	81.61	85.21	92.54	96.23	99.31	102.71	104.97	108.78	
Julio	52.26	55.49	58.21	60.73	64.23	69.06	71.32	72.92	75.42	77.70	79.43	81.73	85.37	93.02	96.18	99.18	102.94	104.97	109.14	
Agosto	52.42	55.51	58.21	60.96	64.14	69.19	71.35	73.00	75.39	77.73	79.50	81.90	85.78	92.73	96.32	99.30	103.03	104.96	109.62	
Septiembre	52.53	55.67	58.46	61.14	64.20	69.06	71.28	72.90	75.62	77.96	79.73	82.01	86.39	92.68	96.36	99.47	103.26	105.29	110.04	
Octubre	52.56	55.66	58.60	61.05	64.20	69.30	71.19	72.84	75.77	78.08	79.52	82.14	86.98	92.62	96.37	99.59	103.43	105.23	110.06	
Noviembre	52.75	55.82	58.66	61.19	64.51	69.49	71.14	72.98	75.87	77.98	79.35	82.25	87.51	92.73	96.55	99.70	103.54	105.08	110.60	
Diciembre	53.07	55.99	58.70	61.33	64.82	69.80	71.20	73.45	76.19	78.05	79.56	82.47	88.05	93.11	96.92	100.00	103.80	105.48	111.41	

Fuente: DANE.

Nota: La diferencia en la suma de las variables, obedece al sistema de aproximación y redondeo.

Actualizado el 5 de febrero de 2022

atinadamente a la orden judicial que fue impartida, cómputo que debía efectuar incluso aunque la parte actora no lo haya solicitado, pues se itera, la presente ejecución radica sobre un derecho pensional respecto del cual toma aun mayor importancia el deber asignado al Juez de la ejecución, que se itera, “librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal”.

En este orden de ideas, resulta claro que al haber diferencia entre el valor de la mesada pensional reliquidada por la entidad accionada -\$1.896.778- y el valor computado en los términos expresamente señalados por el título ejecutivo -\$1.900.221,30-, existen saldos insolutos en favor de la parte ejecutante, lo cual impone la obligación de emitir mandamiento ejecutivo.

Por lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto proferido por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales el 23 de noviembre de 2020 en la cual se negó la emisión de mandamiento de pago dentro del proceso ejecutivo formulado por **Luz Dary Zapata Molina** contra la **Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

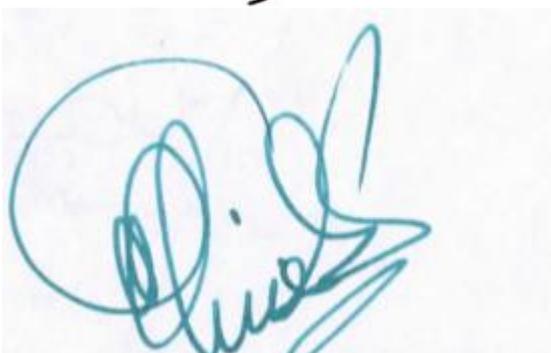
SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen para que proceda a estudiar la emisión de mandamiento ejecutivo bajo los derroteros aquí señalados.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 17 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 064

Manizales, once (11) marzo de dos mil veintidós (2022)

Radicado: 17001-33-33-008-2015-00096-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Josué Manuel Cuesta Serna y Otros
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - Inpec.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Inpec contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales que accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare al Inpec responsable por el fallecimiento (suicidio) de John Faver Cuesta Serna - en adelante JFCS, ocurrido el 22 de marzo de 2013 en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Manizales y en consecuencia se le condene al pago de los perjuicios morales estimados en 100 salarios mínimos mensuales vigentes a favor de Josué Manuel Cuesta Serna (hijo de la víctima) y María Noema Serna (madre de la víctima).

1.2. Hechos

Luego de hacer referencia a las relaciones familiares entre los demandantes y JFCS se indicó que, la víctima estuvo detenido en la cárcel de varones de Salamina – Caldas, desde el 16 de enero de 2012, lugar donde presentó cuadro clínico de depresión y ansiedad, atentando contra su vida al intentar ahorcarse con una cuerda, siendo rescatado por el personal de guardia, razón por la cual fue remitido a la Clínica San Juan de Dios de Manizales.

Que el 21 de marzo de 2016 el señor JFCS fue dado de alto de la clínica, siendo recluido en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Manizales, no obstante, al día siguiente se quitó la vida dentro del establecimiento carcelario.

2. Contestación de la demanda

El **Inpec**¹ se opuso a las pretensiones de la parte demandante, señalando que no existió falla en el servicio, pues el fallecimiento del señor JFCS es consecuencia exclusiva de su voluntad, configurándose una causal eximente de responsabilidad.

Propuso las excepciones que denominó:

- *Existencia de causa extraña*: Señaló que desde el momento en que JFCS ingresó al penal, fue vigilado por el personal de la institución, sin observar signos de alarma, no obstante al pasar revista al día siguiente siendo las 08:53 horas del 22 de marzo de 2013, fue encontrado suspendido con un elemento en el cuello.

- *Inexistencia de daño o perjuicio moral imputable al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*: Argumentó que el fallecimiento de la persona privada de la libertad, no representa por sí misma una prueba del nivel de omisión en el servicio de vigilancia.

- *Fuerza mayor y culpa exclusiva de la víctima*: Adujo que no existe relación de causalidad entre la supuesta omisión y falla del servicio por parte del Inpec y la decisión de JFCS de quitarse la vida.

- *Inexistencia de nexo de causalidad entre la conducta suicida del señor Cuesta Serna John Faber y la presunta acción u omisión o falla del servicio de los funcionarios pertenecientes al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC*: Sostuvo que, el hecho de que no exista acción u omisión en cabeza de los agentes del Estado, permite señalar que no podrá predicarse la existencia de nexo de causalidad entre los hechos que originaron la muerte del interno y el presunto incumplimiento de la función del Inpec.

- *Falta de determinación del origen del valor de la indemnización de perjuicios morales y materiales*: Indicó que no existe prueba alguna de los perjuicios morales.

3. Sentencia

El a *quo* declaró no probadas las excepciones formuladas por la demandada y accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante; por lo que, declaró al Inpec responsable por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión del fallecimiento del señor JFCS, en consecuencia, condenó al Inpec a pagar por concepto de perjuicios morales a los señores Josué Manuel Cuestas Serna y María Noelma Serna González, la suma de 50 S.M.L.M.V para cada uno de ellos, atendiendo a la reducción por concurrencia de culpas.

Para fundamentar su decisión señaló que, el Centro Penitenciario tenía conocimiento de la situación en la que se encontraba el recluso, en primera medida porque la remisión del interno obedecía a su traslado hasta la Clínica Psiquiátrica San Juan de Dios, donde le realizaban tratamiento psiquiátrico y en segunda medida porque junto con el oficio que dejó a disposición el interno a ese Centro Penitenciario se adjuntaron la hoja de vida y la historia clínica del interno; además, con el Oficio No. 601- EPMSMAN- AJUR-DIR del 19 de febrero

¹ Pág. 1-49 archivo digital "09ContestacionDemanda"

de 2018, el Director de EPMSC Manizales manifiesta que el señor John Faver Cuestas Serna estuvo detenido en ese Establecimiento Penitenciario desde el 08 de marzo de 2013 hasta el 22 de marzo del mismo año, fecha en la cual se dio de baja por muerte, lo cual permite concluir que, fue el Establecimiento Penitenciario de Manizales, el que prestó el servicio de guardia y vigilancia del interno mientras se encontraba en la clínica San Juan de Dios, por ende tenían conocimiento de la situación anímica del interno.

Que la negligencia en la vigilancia sobre el recluso puede evidenciarse desde el momento en que fue recibido en el Centro reclusorio de esta ciudad, pues de acuerdo en lo anotado en la minuta el 21 de marzo de 2013, la noche anterior al fatídico suceso, se establece que: *“Ingreso el interno Jhon Faber Cuesta Sema quien se encontraba hospitalizado en la clínica San Juan de Dios y quien pertenece a la cárcel de Salamina Caldas, y quien se recibió en la clínica, es de anotar que en este momento no hay reseña o remisión existente para el ingreso del interno, además que en la oficina de reseña no hay disponibilidad alguna. Queda en recepción previa requisita”*, lo que quiere decir que le dieron un trato igual que al de los demás reclusos, al dejarlo en la zona de recepción hasta que se adelantara al día siguiente las gestiones correspondientes a su ingreso, sin tener en cuenta que se trataba de una persona mental o emocionalmente afectada o disminuida, que requería cuidados especiales, ya que su diagnóstico clínico y los intentos suicidas anteriores hacían previsible que atentara nuevamente contra su vida.

Por lo tanto, la entidad demandada no tomó las precauciones necesarias para impedir que el interno atentara contra su vida, puesto que hubiera podido ponerlo en observación especial o incluso aislarlo o haber brindado atención integral y oportuna a sus necesidades médicas, bajo el entendido que acababa de ser dado de alta de la Clínica San Juan de Dios y según sus antecedentes, el interno presentaba síntomas depresivos recurrentes y progresivos.

Que en aquellos eventos en que además del hecho de la víctima, el daño es consecuencia de la inobservancia de las obligaciones legales de protección y seguridad previstas en la Ley 65 de 1993, debe declararse la concurrencia de culpas, razón por la que redujo la condena en un 50% debido a que la culpa de la entidad demandada influyó en ese porcentaje de producción del daño.

3. Apelación

El **Inpec** solicitó revocar la sentencia y en su lugar negar las pretensiones de la parte demandante señalando en síntesis que, si bien se encuentra comprobado el daño antijurídico, no fueron demostrados los demás elementos que determina la imposición de la condena.

Señaló que, no obra prueba que permita determinar el retardo en el cumplimiento de las funciones por parte del Inpec, reiterando lo expresado en la contestación de la demanda, acerca de que, a la llegada de JFCS al establecimiento penitenciario, se decidió ubicarlo en la celda frente a la cual se tenía un control inmediato y permanente, sitio denominado *“recepción”*; donde el personal de turno realizó constantes revistas durante la noche y madrugada.

Sostuvo que, no fue probada la ausencia total de acción u omisión por el Inpec, no obstante,

fue la determinación y el deseo suicida de JFCS, la que lo llevó a materializarlo, situación que hace que se configure la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.

4. Pronunciamiento en segunda instancia

La **parte demandante** solicitó que fuera confirmada la sentencia, para ello hizo referencia a la especial sujeción de los internos frente al Inpec, quienes ostentan posición de garante, Hizo referencia a las circunstancias médicas que padecía JFCS, las cuales considera fueron desatendidas por el personal de la entidad.

El **Inpec** reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, por lo que solicitó que se revoque el fallo de primera instancia.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

De conformidad con la sentencia y el recurso de apelación formulado, así como lo manifestado por la parte no recurrente, se centra en establecer: *¿Se encuentran probados, además del daño², los elementos que dan lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, con ocasión del suicidio del señor John Faver Cuestas Serna, quien se encontraba privado de su libertad bajo custodia del Inpec?*

2. Tesis del tribunal

El daño consistente en el suicidio de JFCS en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Manizales es imputable al Inpec, bajo el rótulo de concurrencia de culpas, en tanto, para la materialización del referido daño concurrieron dos conductas que definen la imputación: (i) el acto suicida del recluso propiamente dicho y (ii) la falta de cuidado de los guardias que custodiaban al interno acorde a sus condiciones especiales de salud, lo que facilitó el propósito de la víctima.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) el régimen de responsabilidad aplicable; ii) los hechos acreditados relevantes para resolver el problema jurídico, y iii) el análisis del caso concreto.

3. Régimen de responsabilidad aplicable

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del CPACA, que consagra el medio de control de reparación

² Advertido por la Sala que no existe ningún tipo de controversia sobre la existencia del daño cuyo resarcimiento se deprecia en el *sub lite*, esto es, fallecimiento del JFCS ocurrido el 22 de marzo de 2012, situación de la que da fe su registro civil de defunción.

directa, y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación, tales como la falla del servicio, el daño especial, o el riesgo excepcional, que obedecen a diversas situaciones en las cuales el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable, es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico *“venite ad factum, iura novit curia”*, que significa que se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por los sujetos procesales³.

Las imputaciones jurídicas de la demanda, realizadas en contra del Inpec, aluden al daño causado por la omisión en el deber de cuidado JFCS quien se encontraba bajo su custodia, esto dada la falta de control o vigilancia que permitió el suicidio de aquel.

En el presente asunto, la Sala considera procedente aplicar el título de imputación objetivo, en tanto el Estado tiene el deber de garantizar la seguridad personal, así como otros derechos, en especial el de la vida e integridad personal de los internos, pues se trata de sujetos en estado de indefensión, por estar privados de la libertad, quedando a disposición de las autoridades.

En efecto el H. Consejo de Estado ha señalado en asuntos de similar acontecer fáctico lo siguiente⁴:

“5.1 Régimen de responsabilidad estatal por la muerte de personas privadas de la libertad

(...)

A propósito de los daños antijurídicos provenientes de las lesiones o la muerte sufridas por las personas que se encuentran en tales condiciones, es decir legalmente privadas de la libertad, la jurisprudencia de la Sala ha considerado que surge a cargo del Estado una responsabilidad de naturaleza objetiva, en la medida en que recae sobre él una obligación de vigilancia y protección sobre tales personas, dado que tiene a su cargo velar por la vida e integridad física de las mismas; así, ha sostenido⁵:

“En relación con las personas que se encuentran privadas de la libertad, quienes deben soportar tanto la limitación en el ejercicio de sus derechos y libertades como, igualmente, la reducción o eliminación de las posibilidades de ejercer su propia defensa frente a las agresiones de agentes estatales o de terceros respecto de quienes puedan ser víctimas al interior del establecimiento

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 14 de agosto de 2008. Rad.: 47001-23-31-000-1995-03986-01(16413).

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. 10 de septiembre de 2014 – Rad.: 73001-23-31-000-2002-01946-01(29898)

⁵ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Tercera; Sentencia del 7 de octubre de 2009. Expediente 16.990.

carcelario, el Estado debe garantizar por completo la seguridad de los internos y asumir todos los riesgos que lleguen a presentarse en virtud de dicha circunstancia, razón por la cual esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que el régimen de responsabilidad aplicable a los daños causados a las personas privadas de la libertad, en sitios de reclusión oficiales, es objetivo, teniendo en cuenta las condiciones especiales en las cuales se encuentran y con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política. Así pues, ha señalado que en estos casos, entre las personas presas o detenidas y el Estado existen “relaciones especiales de sujeción”⁶

(...) Con fundamento en lo anterior, puede concluirse entonces que la privación de la libertad de una persona conlleva, de manera necesaria una subordinación del recluso frente al Estado, amén de que lo pone en una condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, razón por la cual se genera entre tales sujetos una relación jurídica especial y, en virtud de ello, el Estado tiene la facultad constitucional y legal de restringir, limitar o modular algunos derechos fundamentales, de acuerdo con los fines de resocialización del interno y con las necesidades de orden y seguridad propias de los centros de reclusión; sin embargo, tal relación implica también que otros derechos fundamentales como la vida e integridad personal no puedan ser limitados o suspendidos de forma alguna, sino que los mismos deben ser respetados y garantizados plenamente por las autoridades, pues –según se consideró anteriormente–, su seguridad depende por completo de la Administración.

Así pues, cuando se encuentre acreditado un daño antijurídico causado en la integridad psicofísica del recluso y/o detenido, debe concluirse que el mismo resulta imputable al Estado, bajo un régimen objetivo de responsabilidad” – se destaca-

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala ha considerado que en aquellos eventos en los cuales el daño que se alega está constituido por el suicidio de una persona que se encontraba bajo la tutela y vigilancia de una entidad estatal, salvo que se lograren probar circunstancias especiales demostrativas de una actuación negligente o ilegal de la entidad estatal en cuestión, como sería el hecho de que se tuviera conocimiento de antecedentes que permitieran advertir el peligro de que la persona atentara contra su propia vida y no se hubieren tomado las medidas preventivas necesarias para evitarlo o que, por tratarse de una persona mental o emocionalmente afectada o disminuida requería cuidados especiales que no se le hubieren brindado de manera oportuna, propiciando con ello el desenlace del suicidio, se trata de un hecho exclusivo de la víctima que impide, por lo tanto, imputarle responsabilidad a la administración.

Es así como en sentencia del 30 de noviembre de 2000⁷, se sostuvo:

(...).

Por otra parte, también debe tenerse en cuenta la posibilidad de identificación y previsibilidad por parte de las autoridades a cargo de la persona que comete suicidio, de que tal decisión pudiera ser tomada y llevada a cabo por aquella, porque si no es posible prever que la persona puede intentar una actuación de tal índole, tampoco es dable exigir a la administración un comportamiento o una reacción específica de protección y cuidado; en términos similares concluyó la Sala en providencia en la que se analizaron conceptos médico-científicos sobre la

⁶ Cita de cita: Al respecto, consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 27 abril del 2006, Exp. 21138 y del 27 de noviembre de 2002, Exp. 13760.

⁷ Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Expediente 13.329.

naturaleza de la tendencia suicida, como enfermedad en sí misma o como síntoma de una o de varias dolencias, que puede presentar manifestaciones externas que al ser advertidas, permiten tomar las medidas pertinentes para proteger a la persona de sus propios actos⁸:

“En segundo lugar, no se puede afirmar que la enfermedad que padecía la paciente no implicaba un riesgo de suicidio, como tampoco se puede afirmar que este se encuentra asociado únicamente a un tipo de enfermedad específica, como la depresión. Lo cierto es que el suicidio se origina en múltiples condiciones que lo desencadenan, una de las cuales es la presencia de una enfermedad mental. Sobre el tema los expertos han señalado:

“Sobre la pregunta de si el suicidio es una enfermedad o un síntoma, los expertos han llegado a un consenso generalizado: el suicidio es un síntoma y no una enfermedad. Esto significa que el suicidio puede ser el resultado de un importante número de condiciones psicológicas y físicas, y que los intentos de suicidio pueden situarse en un punto intermedio en cualquier número de circunstancias.

“Sin embargo, existen algunos síntomas o conductas que suelen aparecer en el historial de las personas que intentan suicidarse o se suicidan. La depresión es el síntoma mencionado con mayor frecuencia. No obstante, el que un individuo sufra una depresión no significa que esté a punto de quitarse la vida. Ni todas las personas deprimidas son suicidas, ni todos los suicidas están necesariamente deprimidos (Cantor, 1987^a).

“Aunque la depresión es el síntoma que se asocia con mayor frecuencia al suicidio, los factores significativos que sitúan a la persona en este riesgo están más relacionados con los cambios de conducta y cognitivos que con el diagnóstico de depresión...

“¿Qué induce a la gente a suicidarse en la actualidad? Ya hemos dicho que el suicidio es un síntoma y no una enfermedad, y puede ser una consecuencia de enfermedades psiquiátricas, físicas o de desequilibrios bioquímicos...

“Es evidente que la enfermedad psiquiátrica predispone al suicidio, aunque no se trata de una variable necesaria. Además, no se ha podido determinar con exactitud cuáles son las enfermedades psiquiátricas que predisponen al suicidio (Cantor, 1989b; Shaffer, 1989).

“Las psicopatologías más documentadas en relación con el suicidio son los trastornos afectivos (en particular la depresión), los trastornos de conducta y el abuso de sustancias psicoactivas. También se citan los rasgos de personalidad, como la impulsividad y la agresión, así como los trastornos antisocial y límite de la personalidad. Por otra parte en un estudio reciente se aboga por los síntomas de ansiedad y angustia como los más claros indicadores de un potencial suicida (Weissman, Klerman, Markovitz y Ouellette, 1989).

“La literatura y el folclore nos inducen a pensar que el suicidio aparece en los individuos deprimidos. Sin embargo, los estudios actuales rechazan esta idea e indican otras áreas de riesgo, como la ansiedad, el abuso de sustancias psicoactivas, los trastornos bioquímicos y

⁸ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril del 2002, Expediente 13.122. Reiterada en sentencias del 8 de julio de 2009, Exp. 17.527. y 26 de mayo de 2010, Exp. 18380.

neuroquímicos, y factores psicosociales, como la falta de apoyo, el estrés, la enfermedad crónica y la oportunidad.

“Además, la vulnerabilidad actual de un individuo ante el suicidio puede fluctuar de un día para otro. Esto hace que nos preguntemos si el suicidio es con frecuencia la consecuencia de la enfermedad mental o de extravagancias y tensiones de la vida, sean hormonales, bioquímicas o circunstanciales...

“En resumen, los factores que pueden conducir al suicidio o al intento de suicidio son diversos y no específicos. La lista de características bioquímicas, de conducta, psicológicas y sociales ligadas al suicidio, incluye:

- El alcohol y el abuso de sustancias psicoactivas;
- La enfermedad mental - con una fuerte controversia sobre la determinación de la enfermedad más relacionada;
- Las conductas impulsivas y antisociales;
- El estrés severo, el sentimiento de culpabilidad o las pérdidas⁹.

“(...).

“¿Cómo se puede reconocer el riesgo suicida? A pesar de que la investigación sobre suicidios ha mostrado múltiples factores de riesgo, para el terapeuta es extremadamente difícil valorar en qué medida el paciente presenta riesgo real de suicidio. Los factores expuestos en la tabla 18-1 se refieren a lo que incrementa el riesgo de suicidio. Cuando aparecen varios factores a la vez, es imprescindible prestar la máxima atención. Además, a lo largo de la terapia se debe comprobar de nuevo el riesgo de suicidio del paciente.

“Tabla 18-1. Factores que hay que valorar ante el riesgo de suicidio.

“- Indicios de suicidalidad en el comportamiento de la paciente:

“Avisos directos o indirectos de suicidio, como decir que ya no tiene ilusión por vivir o que sólo es un carga para los demás.

“Intensa dedicación a rumiar el suicidio.

“Hacer planes de suicidio.

“Conocer a alguien o identificarse con alguien que ha consumado el suicidio.

“- Indicios de suicidalidad: (...)

“- Sospechas clínicas de suicidalidad:

“Enfermedad médica crónica.

“Trastornos de personalidad.

“Abuso de medicamentos, drogas o alcohol.

“Síntomas sicóticos.

“Conducta agresiva y falta de control de los impulsos.

“Desesperanza, sentimientos de culpa o pesimismo muy marcados.

“Baja autoestima.

⁹ []Pamela C. Cantor, “Síntomas, prevención y tratamiento del intento de suicidio”, en Benjamín B. Wolman, Geroge Stricker, Trastornos depresivos, hechos, teorías y métodos de tratamiento, Barcelona, Ancora S.A., 1993, pag.197 y ss.

“- Condiciones interpersonales, ambientales y sociodemográficas de suicidalidad: (...)”¹⁰¹¹

De lo anterior se desprende que, el fundamento o régimen de responsabilidad aplicable no es el mismo en todos los casos, sino que su determinación, en aplicación del principio *iura novit curia*, dependerá de lo que el juez encuentre probado en cada caso concreto¹².

De acuerdo a lo anterior, la Sala se adentrará a analizar lo acontecido, a efectos de determinar la posible responsabilidad de la demandada en los hechos ocurridos en torno al suicidio de JFCS.

4. Hechos acreditados

- Conforme a los Registros Civiles de Nacimiento¹³, se pudo establecer la relación de parentesco de María Noelma Serna González (madre) y Josué Manuel Cuestas Serna (hijo) con JFCS.
- Conforme al Registro Civil de Defunción de John Faver Cuestas¹⁴, se logró establecer que falleció el 22 de marzo de 2013.
- Según certificación expedida por el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad y Carcelario de Salamina de fecha 16 de febrero de 2018¹⁵, se estableció que JFCS estuvo detenido en dicho establecimiento, por el delito de homicidio desde el 8 de marzo de 2013 a órdenes del Juzgado Penal del Circuito de Salamina y fue trasladado con fecha de salida 22 de marzo de 2013 al EPMSC de Manizales.
- En el oficio 610-EMPSC-SAL-DIR-0247 del 7 de marzo de 2013, el Director de la Cárcel de Salamina, dirigido al Director del EPMSC de Manizales, se señaló lo siguiente: *“me permito dejar a sus disposición el interno JHON (sic) FABER CUESTAS SERNA, en calidad de Guardado ya que es remitido a la Clínica San Juan de Dios de esa ciudad para tratamiento psiquiátrico.”*¹⁶
- De acuerdo con la historia clínica de la Clínica San Juan de Dios de Manizales¹⁷, se pudo establecer que, JFCS recibió atención por psiquiatría el 8 al 21 de marzo de 2013, por presentar episodio depresivo con síntomas psicóticos, según dragoneante del Inpec: *“ESTA MUY DEPRIMIDO Y SE QUIERE MATAR”*.

¹⁰ Cita de cita: Elizabeth Schramm, Psicoterapia Personal, de las depresiones y otros trastornos psíquicos, Barcelona, Editorial Masson S.A., 1998, pag. 247 y ss.

¹¹ Subsección B 12 de diciembre de 2014 - Radicación número: 19001-23-31-000-1998-00447-01(21779).

¹² Lo anterior, sin perjuicio de que opere la causa extraña como eximente de responsabilidad, para lo cual deberá acreditarse cada uno de los elementos de la modalidad que se alegue -hecho exclusivo de la víctima, fuerza mayor y hecho de un tercero. Al respecto, se pueden consultar las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de febrero de 2004, exp.14.955. C.P. Ricardo Hoyos Duque; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 16996. C.P. Enrique Gil Botero, reiterada en sentencias del 12 de noviembre de 2014, proferidas por esta Subsección, exp. 36192. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera y sentencia del 19 de abril de 2018, exp. 41766.

¹³ Pág. 6 y 8 archivo digital “04Anexos”

¹⁴ Pág 4 ibidem.

¹⁵ Pág. 4 archivo digital “39Cuade3rnoDosPruebaDdte”

¹⁶ Pág. 19 archivo digital “11Contetación”

¹⁷ Pág. 25 y 27 archivo digital “04Anexos”

- En el Libro de guardia del EPMSC de Manizales¹⁸, se registró que, el 21 de marzo de 2013, siendo las 19:20 JFCS ingresó al establecimiento penitenciario, ello según la nota que indicó: *“(...) Ingresó el interno Jhon (sic) Faber Cuesta Serna quien se encontraba hospitalizado en la clínica San Juan de Dios y quien pertenece la carcel (sic) de Salamina Caldas (...) es de anotar que en este momento no hay reseña o remisión existente para el ingreso del interno, además que en la oficina de reseña no hay disponibilidad alguna. Queda en recepción previa requisita”*.
- De acuerdo con los Informes de novedad¹⁹, se informa por funcionarios del Inpec las situaciones referentes al suicidio del interno JFCS, de los cuales se destaca su ingreso al establecimiento penitenciario de Manizales a las 7:20 de la noche del 21 de marzo de 2013; que pernoctó en el área de recepción previa realización de la requisita correspondiente; que recibidos los internos el 22 de marzo -revista de las 6:45am-, no se reportaron novedades ni situaciones relevantes respecto a los mismos; que hacia las 8:10 de la mañana el referido recluso fue pasado al área de dactiloscopia siendo regresado a la celda ubicada en el área de recepción tras el procedimiento; y finalmente que fue encontrado *“colgado en su celda”, “sujetado desde el cuello por una prenda de vestir a las rejas en la parte superior de la celda” “sen encontraba suspendido con elemento alrededor del cuello sujeto a la reja de la primer celda al lado izquierdo ingresando al área de recepción”* siendo las 8:53 de la mañana aproximadamente.
- Conforme al Informe Pericial de Necropsia No. 2013010117001000088 del 22 de marzo de 2017²⁰, se determinó frente al fallecimiento de JFCS, lo siguiente:

“CONCLUSIÓN PERICIAL: con base en la información aportada y los hallazgos de necropsia se determina que la muerte del sujeto se debe a compresión extrínseca del cuello.

Causa básica de muerte: compresión extrínseca del cuello.

Manera de muerte: Violenta por determinar por la autoridad”.

5. Análisis sustancial del caso concreto

El daño consistente en el fallecimiento del señor JFCS el 22 de marzo de 2013²¹, mientras se encontraba recluido en la Cárcel de Varones de Manizales no es discutido por las partes, por lo tanto no se realizará mayor análisis al respecto.

5.1. La imputación

La imputación es la atribución fáctica y jurídica que se hace al Estado del daño antijurídico, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en cada caso concreto. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado:

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera

¹⁸ Pág. 55 archivo digital “09Contestación”

¹⁹ Pág. 60-61 Ibidem

²⁰ Pág. 42-46 archivo digital “15EntregaDocumentos”

²¹ El fallecimiento se encuentra acreditado con el Registro civil de defunción (Pág. 4 archivo digital “04Anexos”).

*conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional)*²².

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. (...)

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional.

*De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera "(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario– un específico título de imputación (...)"*²³.

En tal sentido, en lo atinente al aspecto fáctico de la imputación, la Sala sostendrá la tesis de que el daño antijurídico cuyo resarcimiento se depreca, esto es, el fallecimiento del señor JCSR sí resulta imputable -parcialmente- al actuar de la entidad accionada, el cual se denota omisivo frente al deber de cuidado que tenía para con el referido interno, actuar cuyo nivel de exigencia resultaba mayor, dada la condición médico psiquiátrica del recluso y sus antecedentes previos de intento de suicidio.

En el caso concreto, es necesario determinar si esa conducta suicida del recluso era previsible para la entidad, de modo que existiera la obligación de brindarle especial protección y cuidado, pues como lo ha dejado claro el H. Consejo de Estado en caso de presentarse como un evento imprevisible, habría lugar a declarar la culpa exclusiva de la víctima que rompería el nexo causal.

²² Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

²³ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

De conformidad con las pruebas que reposan dentro del cartulario se encuentra que, desde antes de su fatídico fallecimiento, el señor JFCS ya había presentado un intento de suicidio, ello según se desprende de la historia clínica expedida por la Clínica San Juan de Dios, lugar donde recibió atención por psiquiatría del 8 al 21 de marzo de 2013, por presentar episodio depresivo con síntomas psicóticos y en la que se registró que:

"2013-03-08 8:58

PACIENTE SIN HISTORIA DE ANTECEDENTES PSIQUIÁTRICOS PERO SÍ SÍNTOMAS DEPRESIVOS RECURRENTE SIN TRATAMIENTO (...) SE ADVIERTEN SÍNTOMAS DEPRESIVOS PROGRESIVOS: APATÍA, LLANTO, AISLAMIENTO, INSOMNIO, HIPOREXIA, ACOMPAÑADOS DE ALTERACIÓN SENSOPERCEPTIVA: VE A SU ESPOSA TODOS LOS DÍAS Y LE HABLA (...) CON INTENCIÓN DE BRINDAR A SU ESPOSA "PRUEBA DE AMOR" HA REALIZADO DENTRO DE LA RECLUSIÓN ACTOS DE AUTOAGRESIÓN COMO AUTOINFLINGIRSE HERIDAS EN EXTREMIDADES, CON CORDONES Y OBJETOS CORTANTES, HACE DOS DÍAS FABRICÓ LAZO IMPROVISADO, LO ATÓ DEL TECHO Y SE ARROJÓ AL VACIO, CON RUPTURA DEL LAZO QUE TENÍA ATADO

(...)

Impresión Dx

TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE, EPISODIO DEPRESIVO GRAVE PRESENTE, CON SÍNTOMAS PSICÓTICOS-F333"

...

2013-03-09 11:03:00

...

PACIENTE INGRESÓ AYER POR PRESENTAR MANIFESTACIONES AFECTIVAS DE TIPO DEPRESIVO ASOCIADO A SÍNTOMAS PSICÓTICOS RELACIONADOS CON EVENTO VIOLENTO OCURRIDO HACE TRES MESES, HA PRESENTADO RECUERDOS Y RUMIACIONES SOBRE EL EVENTO, CON EPISODIOS DE FLASHBACK, TAMBIÉN REFIERE INSOMNIO DE CONCILIACIÓN E HIPOREXIA. INTENTOS DE AUTOAGRESIÓN DENTRO DEL CUADRO CLÍNICO ACTUAL..."²⁴

De lo anterior, considera la Sala, que estos episodios de intento de suicidio y especialmente el que se presentó bajo la custodia del propio Inpec en el establecimiento penitenciario de Salamina, eran claras señales de alerta sobre el estado depresivo que padecía JFCS, el cual ameritaba que fuera un sujeto de especial cuidado y protección, pues era clara su intención de hacerse daño.

Además, el conocimiento de la condición psiquiátrica del señor JFCS por parte del Inpec se encuentra acreditado, según se desprende de la referida historia Clínica, en la que se señala que, fue acompañado por un dragoneante del Inpec quien refirió: "ESTA MUY DEPRIMIDO Y SE QUIERE MATAR" y de lo expresado en el oficio 610-EMPSC-SAL-DIR-0247 del 7 de marzo de 2013, del Director de la Cárcel de Salamina, dirigido al Director del EPMSC de Manizales, en donde se señaló: "me permito dejar a su disposición el interno JHON (sic) FABER CUESTAS SERNA, en calidad de Guardado ya que es remitido a la Clínica San Juan de Dios de esa

²⁴ Pag. 35 archivo digital "04Anexos"

ciudad para tratamiento psiquiátrico.” *“Anexo: Hoja de Vida. Historia Clínica”*.²⁵ Además que, el 21 de marzo de 2013 fue recibido en el EPMSC de Manizales remitido desde una clínica psiquiátrica, tras haber estado hospitalizado en tratamiento psiquiátrico.

Ahora bien, alega la entidad demandada que, desde el traslado de JFCS a la cárcel de Manizales, se decidió ubicarlo frente a la celda en la cual se tenía un control inmediato y permanente, sitio denominado *“recepción”*; donde el personal de turno realizó constantes revistas durante la noche y madrugada.

Al respecto y contrario a lo aducido por el Inpec, se evidencia que, al ingreso de JFCS el 21 de marzo de 2013, dicha institución consignó en el libro de guardia que: *“ingresó el interno Jhon (sic) Faber Cuesta Serna quien se encontraba hospitalizado en la clínica San Juan de Dios y quien pertenece la carcel (sic) de Salamina Caldas (...) es de anotar que en este momento no hay reseña o remisión existente para el ingreso del interno, además que en la oficina de reseña no hay disponibilidad alguna, Queda en recepción previa requisita”*; de esta transcripción lo que se colige es que, el señor JFCS no era esperado en la cárcel de Manizales y en atención a que no había remisión formal del interno, decidieron dejarlo en *“recepción”*, sin tener en cuenta que se trataba de una persona mental o emocionalmente afectada, que requería medidas especiales.

Además frente de las múltiples *“revistas”* que aducen realizó el personal de vigilancia de la cárcel, no obra prueba de que se hubiesen realizado en los término como lo afirma el Inpec, pues específicamente frente al señor JFCS, en las anotaciones del libro de informe de novedades elaborado por los funcionarios del Inpec, solo se registra: el 21 de febrero de 2013, a las 23:59 la entrega del puesto con un total de *“07 [internos] en recepción”*; el 22 de febrero de 2013, a las 06:54 la entrega del puesto con un total de *“07 [internos] en recepción”*; a las 08:10 el referido recluso fue pasado al área de dactiloscopia siendo regresado a la celda ubicada en el área de recepción tras el procedimiento y a las 08:53 que *“el Dg. Gomez Herrera Luis Fernando de servicio en la reja #1 le pasa revista al área de recepción y por orden del distinguido también iba a ingresar 01 interno a dicha área se percata que el interno Cuesta Serna Jhon Faber estaba colgado de la reja de una de las celdas de recepción, con una sudadera negra la cual tenía amarrada alrededor del cuello...”*²⁶.

Se precisa que, si bien esa obligación de custodia y cuidado en relación con el interno JFCS, no comportaba la carga de asignación de un guardia que acompañe todos los días y durante las veinticuatro horas del día para prevenir un eventual impulso autodestructivo, sí conllevaba la carga de adoptar los mecanismos adecuados, acorde con los antecedente psiquiátricos del interno.

Al respecto, el Inpec no aportó ninguna prueba que dé cuenta que, el recluso mencionado tuvo esa atención acorde con sus antecedentes; por el contrario, lo que se evidencia es que, simplemente fue dejado en la celda de recepción del penal a espera que, al día siguiente se hicieren las gestiones pertinentes para su ingreso.

5.2. La culpa de la víctima

²⁵ Pág. 19 archivo digital “11Contetación”

²⁶ Pág. 32-33 archivo digital “11Contetación”

Sobre el particular, el *a quo* sostuvo que en el hecho confluyeron dos conductas: i) la falla del servicio por parte del Inpec y ii) el acto suicida, de tal suerte que, declaró la concurrencia de culpas. Por su parte, la demandada sostiene que, fue la determinación y el deseo suicida de JFCS, la que lo llevó a materializarlo, situación que hace que se configure la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.

Al respecto, de conformidad con la postura reiterada y sostenida del Consejo de Estado²⁷, para que opere la causal eximente de responsabilidad denominada **hecho exclusivo de la víctima** es necesario establecer si su proceder, ya sea activo u omisivo, tuvo injerencia o no y en qué medida en la producción del resultado lesivo, pues para que esta exonere plenamente de responsabilidad es necesario acreditar que la actuación de la víctima fue la causa eficiente y determinante del daño²⁸, dado que si lo que acaeció fue un fenómeno de coparticipación o de concausalidad, los efectos exoneradores serán parciales y el Estado deberá responder por los perjuicios ocasionados en proporción a la causación del daño. Así ha señalado que:

“Ha considerado la Sala que para que la conducta de la víctima pueda exonerar de responsabilidad a la entidad demandada, la misma debe ser causa determinante en la producción del daño y ajena a la Administración:

«Por tanto, es necesario examinar si el comportamiento de la víctima fue causa única o concausa en la producción del daño, o si, por el contrario, tal actividad no fue relevante en el acaecimiento de este. En efecto, la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, puede conducir a la exoneración total o parcial de la responsabilidad administrativa, dependiendo de la trascendencia y grado de

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 24972. C.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada, entre otras, en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 23 de mayo de 2012, exp. 24325. C.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 19 de abril de 2018, exp. 41766.

²⁸ En ese sentido, resulta importante precisar que en los casos en los cuales se alegue el hecho exclusivo de la víctima como causal eximente de responsabilidad, como lo ha aceptado la jurisprudencia de esta Corporación, no se requiere para su configuración la demostración de su irresistibilidad e imprevisibilidad, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño. En ese sentido, se ha pronunciado esta Corporación: *«No significa lo señalado que en esta situación no opere la causa extraña, en sus diversas modalidades, como eximente de responsabilidad por ausencia de imputación, sino que, como se ha venido indicando, tal acreditación debe hacerse a través de la demostración de que en estos precisos eventos le resultaba a la entidad demandada absolutamente imprevisible e irresistible el resultado dañoso, sin olvidar que, tratándose de la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, por regla general, como lo ha aceptado la doctrina, no se requiere, para su configuración, la demostración de su imprevisibilidad e irresistibilidad (...). En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquella fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación. Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis»* (se destaca). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de agosto de 2008, exp. 17042. C.P. Enrique Gil Botero; reiterada, entre otras, en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, exp. 31087. C.P. Enrique Gil Botero; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de mayo de 2017, exp. 40257 y del 19 de abril de 2018, exp. 41766.

participación del afectado en la producción del daño.

«Ahora bien, no toda conducta asumida por la víctima constituye factor que destruya el nexo de causalidad existente entre el hecho y el daño, toda vez que para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos:

‘1) Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si la culpa del afectado resulta la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total...

‘Ahora bien, si la actuación de la víctima deviene causa concurrente en la producción del daño, se producirá una liberación parcial, por aplicación del principio de concausalidad y de reducción en la apreciación del daño, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2357 del Código Civil.

‘2) El hecho de la víctima no debe ser imputable a la administración, toda vez que si el comportamiento de aquella fue propiciado o impulsado por la administración, de manera tal que no le sea ajeno a ésta, no podrá exonerarse de responsabilidad a la entidad demandada’²⁹.

«Cabe precisar que en los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser la causa única, exclusiva o determinante del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad. Si la causalidad constituye un aspecto objetivo, material de la responsabilidad, la labor del juez frente a un daño concreto debe limitarse a verificar si dicha conducta fue o no la causa eficiente del daño, sin que para ello importe establecer si al realizarla, su autor omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, o si su intervención fue involuntaria. Por tal razón, resulta más preciso señalar que la causal de exoneración de responsabilidad del demandado es el hecho de la víctima y no su culpa.

«Ahora bien, cuando la intervención de la víctima incide en la causación del daño, pero no excluye la intervención causal del demandado, habrá lugar a la reducción de la indemnización establecida en el artículo 2357 del Código Civil, conforme al cual ‘La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente’³⁰.

Específicamente, en el caso de suicidio de reclusos a cargo del Inpec, el Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente manera:

“En síntesis, si bien es cierto que el Estado tiene en relación con los retenidos unas particulares obligaciones de seguridad y protección en atención a la situación especial de sujeción en la que éstos se encuentran respecto de aquél, el daño que los reclusos se autoinfligen no es objetivamente imputable a la autoridad encargada de su custodia, por cuanto en su condición de garante de la vida e integridad de estas personas, no se extiende a tales daños como quiera que no puede pretenderse que durante las 24 horas del día haya un guardia al pie de cada

²⁹ Original en cita: «sentencia del 28 de febrero de 2002, exp. 13.011. En el mismo sentido, sentencias de 18 de abril de 2002, exp. 14.076, de 30 de julio 1998, exp. 10.981 y de 29 de enero de 2004, exp. 14.590, entre muchas otras».

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 17957. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

*detenido, vigilándolo para que evite quitarse la vida, salvo que por especiales circunstancias sea de esperar que tal situación pueda presentarse, caso en el cual la obligación de garantizar la integridad de los retenidos, supera los estándares normales de seguridad, imponiendo un deber superior de vigilancia que permita garantizar la vida del recluso, inclusive en relación con el daño que pueda autoinfligirse”.*³¹ (Se resalta).

Igualmente ha precisado que:

*“En ese orden de ideas, para que surja el deber del Estado de reparar el daño causado por el suicidio de un recluso es necesario acreditar que el trato que recibía en el establecimiento penitenciario lo indujo a adoptar dicha decisión o que la persona padecía de un trastorno síquico o emocional que hacía previsible el hecho y aun así las autoridades encargadas de su seguridad no brindaron la atención médica especializada o no tomaron las medidas necesarias para alejarlo de situaciones de tensión o de peligro, pues si la persona no se encontraba en las situaciones antes descritas, su decisión de causarse daño no está proscrita en la ley y el Estado no se hace responsable de su decisión”*³².

En igual sentido, indicó:

*“En aquellos eventos en los cuales el daño que se alega está constituido por el suicidio de una persona que se encontraba bajo la tutela y vigilancia de una entidad estatal, salvo que se lograren probar circunstancias especiales, verbi gracia, que se tratara de una persona mental o emocionalmente afectada o disminuida, que requiere cuidados especiales, se trata de un hecho exclusivo del occiso -pues no cabe hablar propiamente de la culpa de la víctima- que impide, por lo tanto, imputarle responsabilidad a la Administración”*³³.

De acuerdo a lo anterior, cuando la muerte de una persona que se encontraba bajo la tutela y vigilancia de la entidad estatal se produjo como consecuencia de su propia decisión de quitarse la vida, en principio, no habría lugar a responsabilizar a la Administración, salvo que se compruebe que dicha determinación no fue voluntaria, sino que obedeció a presiones ejercidas sobre la persona o que fue producto de una afectación síquica o mental ante la cual la entidad pública, conocedora de tal situación, no adelantó ninguna actuación tendiente a su cuidado, ni adoptó alguna determinación para alejarlo de situaciones que le generaran mayor tensión o peligro.

En el caso concreto, de acuerdo con los hechos narrados en precedencia, para la Sala resulta claro que el señor JFCS se suicidó, sin embargo, tal y como fue determinado en el acápite anterior, el Inpec no cumplió con sus obligaciones de salvaguardar la integridad física del

³¹ *Ibíd.*

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de julio de 2005, exp. 15389. C.P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterada, entre otras, en las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, exp. 31087. C.P. Enrique Gil Botero; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de julio de 2014, exp. 33605. C.P. Enrique Gil Botero; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de agosto de 2011, exp. 22063. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, exp. 31.087, C.P. Enrique Gil Botero.

interno JFCS, debido a la falta de cuidado de los guardias que custodiaban al interno acorde a sus condiciones especiales de salud.

Por lo tanto, en línea con el antecedente jurisprudencial expuesto, la Sala considera que, en este caso, la culpa de la víctima no se erige como una "*causa exclusiva*" que logre quebrantar el nexo de causalidad entre el daño -muerte del recluso-, pues el actuar de la entidad demandada -falta del cuidado necesario-, facilitó el propósito de la víctima; por lo tanto para la materialización del referido daño concurren dos conductas que definen la imputación: (i) el acto suicida del recluso propiamente dicho y (ii) la falta de cuidado de los guardias que custodiaban al interno.

Lo anterior lleva a esta Sala a afirmar que, la imputación del daño no puede ser efectuada en forma exclusiva a la víctima, como lo reclama la parte recurrente, pues la falta de cuidado de los guardias que custodiaban al interno acorde a sus condiciones especiales de salud, fue una de las causas determinantes del daño, en tanto, facilitó el propósito de la víctima.

6. Conclusión

El daño consistente en el suicidio de JFCS en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Manizales es imputable al Inpec bajo el rótulo de concurrencia de culpas, en tanto, para la materialización del referido daño concurren dos conductas que definen la imputación, (i) el acto suicida del recluso propiamente dicho y (ii) la falta de cuidado de los guardias que custodiaban al interno acorde a sus condiciones especiales de salud, lo que facilitó el propósito de la víctima.

Así las cosas, será confirmado el fallo de primera instancia, en tanto declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó al Inpec al pago de los perjuicios en la suma de 50 SMMLV para cada uno de los demandantes, atendiendo a la reducción por concurrencia de culpas que fue señalada en la parte motiva de este proveído.

7. Costas en segunda instancia

No habrá condena en costas por no encontrarse acreditada su causación en esta instancia. Lo anterior, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 y el artículo 365 del CGP (Código General del Proceso).

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 21 de mayo de 2020, por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa formularon Josué Manuel Cuesta Serna y otra contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -Inpec.

17001-33-33-008-2015-00096-02

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

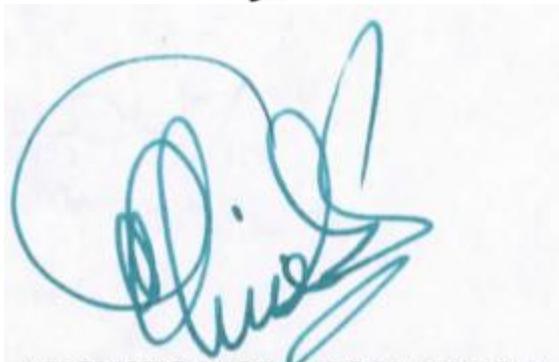
Tercero: Ejecutoriada esta providencia, se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 17 de 2022.

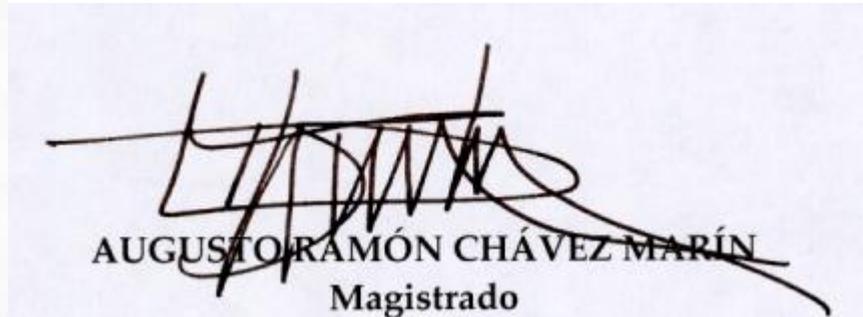
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 065

Manizales, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-33-39-008-2016-00165-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Luis Alberto Marín Agudelo y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional
Llamado en Gtia: Aseguradora Solidaria de Colombia

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada y la llamada en garantía contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales que accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare responsable a la demandada por los daños causados al señor Luis Alberto Marín Agudelo y su grupo familiar con ocasión del accidente de tránsito ocurrido el 11 de abril de 2014 en el municipio de Chinchiná -carrera 4ta con calle 13-, en el cual resultó lesionado el referido demandante y en consecuencia se le ordene pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir los correspondientes perjuicios morales¹ y patrimoniales -daño emergente² y lucro cesante³-.

1.2. Hechos

Se señala que, el 11 de abril de 2014 aproximadamente a las 2:00 pm el señor Luis Alberto Marín Agudelo se desplazaba en una motocicleta “Yamaha T-110 EZ” por la vía que conduce de Manizales a Chinchiná, cuando a la altura de la glorieta de entrada a este último municipio -carrera 4ta con calle 13- fue embestido por otra motocicleta “Yamaha XTZ-250” propiedad de la Policía Nacional conducida por el uniformado de dicha entidad John Edwin Suarez Urrea, accidente que se presentó dado que el referido agente hizo caso omiso a la señal de “PARE” tanto vertical como horizontal ubicada en el sentido en que este conducía.

¹ Por 100 S.M.L.M.V. para cada uno de los demandantes.

² Tasado en \$ 8.114.559.

³ Futuro y consolidado estimado en \$ 280.755.927.

En razón de dicha colisión el demandante padeció *“politraumatismo torácico-abdominal cerrado con hematuria persistente”, “síndrome anémico progresivo” y “sospecha de lesión intraabdominal”,* lesiones en razón de las cuales el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses le dictaminó una incapacidad médico legal definitiva de 60 días con secuelas de *“deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente” y “perturbación funcional de órgano linfo inmuno hematopoyético de carácter permanente”.*

Que el señor Guillermo Valencia Arenas para la fecha del accidente contaba con 54 años y laboraba en la Corporación Centro Manizales -Club Manizales- devengando un salario de \$951.750 y su núcleo familiar se encuentra conformado por los aquí demandantes -compañera, padres, hermanas, hijos, hijastra, nietos y nietastros de aquel-.

1.3. Fundamentos de derecho

Se refieren los artículos 2, 6, 11 y 90 de la Constitución Política, así como los artículos 40, 152, 155, 156, 157 y 161 de la Ley 1437 de 2011, señalando en primer lugar que el daño por el cual se deprecia reparación en el *sub lite* fue generado por el indebido manejo de un vehículo oficial, esto es, por el desarrollo de una actividad peligrosa por lo cual sostiene que el régimen de responsabilidad aplicable debe ser el de riesgo excepcional, por lo cual bastará con probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración -desarrollo de la actividad peligrosa-.

2. Contestación de la demanda

La **Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional** limitó su intervención a la aceptación como ciertos de algunos hechos de la demanda y a la formulación de llamamiento en garantía de la Aseguradora Solidaria de Colombia, con base al Contrato de Seguro de Automotores 994 00000009.

La **Aseguradora Solidaria de Colombia** llamada en garantía se opuso a las pretensiones de la parte demandante para lo cual señaló que, los elementos de la responsabilidad no se hallan acreditados, pues no existe prueba que determine que el supuesto daño se hubiese dado como consecuencia directa de una conducta culposa por acción u omisión del demandado, pues la información que plasma el informe policial de accidentes de tránsito -única prueba sobre este particular- es de orden especulativo, pues son simples hipótesis fundamentadas en un escenario temporalmente posterior al acaecimiento del accidente y se debe tener en cuenta que la escena del hecho pudo sufrir modificaciones o alteraciones.

Agregó que, no es posible reconocer el lucro cesante deprecado, dado que, si la Junta Nacional de Calificación de Invalidez estableció que el accionante tuvo un 54.78% de pérdida de capacidad laboral y este era empleado como lo manifestó en la demandada, dichas condiciones imponen que el demandante obtuvo u obtendrá una pensión de invalidez.

Igualmente, manifestó su oposición a los perjuicios morales reclamados advirtiendo que, exceden los valores establecidos por el H. Consejo de Estado en las tablas de indemnización que ha desarrollado a través de su línea jurisprudencial.

Finalmente, en relación con el llamamiento en garantía advirtió que deben valorarse las exclusiones, garantías y demás condiciones contractuales establecidas en la póliza, especialmente las cláusulas referentes al límite de valores asegurados.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de “*Límite del valor asegurado*”, formulada por la Aseguradora Solidaria de Colombia; declaró administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por los perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia de las lesiones padecidas por el señor Luis Alberto Marín Agudelo, en consecuencia la condenó a pagar a los demandantes, los perjuicios morales y el lucro cesante consolidado y futuro por valor de \$156.421.762. Negó la reparación del daño emergente dado que, no se demostró que los dineros reclamados tuviesen una clara relación con el accidente sufrido por el demandante.

Para dar base a la decisión realizó un análisis fáctico y jurisprudencial del caso para determinar que, el mismo debía ser valorado desde la teoría de la falla del servicio probada, siendo por ende necesario que la parte actora demostrara la existencia del daño, la acción u omisión y la imputación jurídica o nexo causal.

Así las cosas, al analizar los referidos elementos, en concordancia con las pruebas obrantes en el plenario consideró que, el daño se encuentra acreditado, pues se demostró el acaecimiento del accidente en que resultó herido el señor Luis Alberto Marín Agudelo y las lesiones que sufrió; de igual forma consideró que se encontraba probada la falla del servicio y el nexo causal toda vez que, el conductor del vehículo oficial de propiedad de la entidad demandada, “*al no precaver y prevenir la concreción de los riesgos que implica el ejercicio de una actividad peligrosa como lo es la conducción de la motocicleta*” pasó por alto las señales de tránsito, siendo este “*el motivo que ocasionó el multicitado accidente*”.

Finalmente, en cuanto a la relación jurídico procesal del llamamiento en garantía, señaló que, se acreditó la existencia y vigencia de la póliza de seguros de automotores otorgada por la Aseguradora Solidaria de Colombia, lo cual impone que dicha aseguradora deba reintegrar a la demandada los valores reconocidos en la sentencia, destacando que, en todo caso, esta obligación se limitará hasta el monto asegurado por dicha póliza.

4. Recurso de apelación

La **Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional** se opuso a la sentencia solicitando se disminuya la indemnización reconocida por concepto de lucro cesante, desde el momento en que le fue reconocida pensión por invalidez al señor Luis Alberto Marín Agudelo.

La **Aseguradora Solidaria de Colombia** se opuso a la sentencia; para dar sustento a su alzada al paso de reiterar en forma literal los argumentos planteados en su contestación a la demanda, hizo énfasis en el hecho de que en la póliza base del llamamiento se pactó un valor asegurado que es el valor máximo de compromiso de la aseguradora, el cual, para este caso corresponde a un valor de cien salarios mínimos mensuales legales vigentes, por lo

tanto, en ningún evento se podrá superar el valor pactado en el seguro.

De otra parte señaló que, no se encuentra probados los lazos afectivos que menciona la sentencia de primera instancia y especialmente los referentes a la demandante Mónica Andrea Osorio -presunta hija de crianza del afectado directo-; lo anterior, insistiendo además en que el *a quo* no efectuó el análisis de la figura de concausalidad.

Finalmente arguyó que, los perjuicios reconocidos tomaron como base la existencia de una pérdida de capacidad laboral superior al 50% sin embargo, no se aportó dictamen que determine con especificidad clínica que las patologías tuvieron en razón del presunto accidente, aunado a que, para efectos de lucro cesante no se tuvo en cuenta que el demandante fue beneficiario de una pensión de invalidez.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se estima necesario absolver los siguientes cuestionamientos:

¿Se encuentra demostrada la existencia del daño antijurídico, la falla del servicio y el nexo de causalidad entre esta y el daño?

¿Se ajusta a derecho el reconocimiento de perjuicios morales efectuado en la sentencia?

¿Hay lugar a reducir o negar el reconocimiento efectuado por concepto de lucro cesante en favor del señor Luis Alberto Marín?

¿Hay lugar a modificar la sentencia para precisar la existencia de un límite asegurado de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

Se encuentra demostrada la existencia del **daño antijurídico** consistente en que el señor Luis Alberto Marín como resultado del accidente de tránsito ocurrido el 11 de abril de 2014 sufrió "*deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente*" y "*perturbación funcional de órgano linfo inmuno hematopoyético de carácter permanente*". Además se encuentra acreditado que, el señor Jhon Edwin Suarez Urrea integrante de la Policía Nacional, en labores del servicio y conduciendo un vehículo oficial destinado para este efecto, colisionó con la motocicleta conducida por el aquí demandante, ello al omitir una señal de tránsito, situaciones que conllevan a afirmar que existió una **falla del servicio** y que ello fue la **causa directa y eficiente** del daño.

Para fundamentar lo anterior se hará referencia a: *i)* el fundamento jurídico y jurisprudencial de los elementos de la responsabilidad estatal; *ii)* los hechos relevantes

acreditados; para descender al análisis del *iii*) caso concreto.

2.2. Presupuestos de la responsabilidad del Estado

De acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Del mencionado precepto se extrae que los elementos cuya acreditación resulta necesaria en el proceso para declarar la responsabilidad del Estado son: (i) un daño antijurídico; (ii) un hecho irregular de la administración -en los títulos jurídicos de falla del servicio- y (iii) una relación o nexo de causalidad entre los dos primeros, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción o la omisión atribuible a la entidad accionada.

2.2.1. El daño antijurídico

El primer elemento que se debe observar en el análisis de la responsabilidad estatal es la existencia del daño, el cual, además, debe ser antijurídico, toda vez que, *“sin daño no hay responsabilidad”* y solo ante su acreditación hay lugar a explorar la posibilidad de imputación del mismo, al respecto el H. Consejo de Estado ha señalado:

“... el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa es la existencia del daño, puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.

“En efecto, en sentencias proferidas (...) se ha señalado tal circunstancia precisándose (...) que ‘es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...’ y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se han elaborado”⁴.

El daño antijurídico a efectos de que sea indemnizable, requiere estar cabalmente estructurado; por tal motivo, resulta imprescindible acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) que el daño es antijurídico, esto es, que la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesiona un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal⁵ y; iii) que el daño sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁶, anormal, es decir,⁷; *“no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas”⁸*:

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2015, Exp. 28.389. La Subsección, de forma pacífica, ha reiterado el criterio antes expuesto. Al respecto se pueden consultar las siguientes decisiones: i) radicado No 38.824 del 10 de noviembre de 2017; ii) radicado No 50.451 del 10 de noviembre de 2017; iii) radicado No 42.121 del 23 de octubre de 2017; iv) radicado No 44.260 del 14 de septiembre de 2017; v) radicado No 43.447 del 19 de julio de 2017; vi) radicado No 39.321 del 26 de abril de 2017, entre otras.

⁵ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente: 1999-02382 AG.

⁶ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

⁷ *“(...) por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”*. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente: 12166.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de marzo de 2015, Exp. 25000232600020010246901 -32570.

“[L]a sola inferencia o afirmación en la demanda acerca de la ocurrencia de un daño, no resulta suficiente para tenerlo como acreditado, en la medida en que es necesario e indispensable que el demandante respalde tales afirmaciones con el material probatorio suficiente para su comprobación en el proceso. Se recuerda que de conformidad con el régimen de responsabilidad vigente, el daño no se presume, de manera que quien alega su ocurrencia debe probarlo”⁹.

Si el daño antijurídico no se encuentra acreditado, el juzgador queda relevado de valorar los demás elementos de la responsabilidad estatal.

2.2.2. Imputación fáctica y jurídica del daño

La imputación es la atribución fáctica y jurídica que se hace al Estado del daño antijurídico, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado:

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional)”¹⁰.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. (...)

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que, demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera “(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar.

Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario– un específico título de imputación”.¹¹

Así, para definir el régimen de responsabilidad aplicable es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico “*venite ad factum, iura novit curia*”, que significa que se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por los sujetos procesales¹².

2.3. Hechos acreditados relevantes para la resolución del problema jurídico

- Del Informe de accidente de tránsito 91-0004357 del 11 de abril de 2014 suscrito por el agente Jorge William Montoya Castro se destacan los siguientes:

“CARACTERÍSTICAS DE LAS VÍAS.

SEÑALES

VÍA 1 - SENTIDO VIAL.
- LÍNEA DE BORDE.

VÍA 2 - PARE.
- SENTIDO VIAL.
- LÍNEA DE PARE.
- LÍNEA DE BORDE.

VEHÍCULO 1

- CONDUCTOR... LUIS ALBERTO MARÍN AGUDELO...
- PLACA... HLX86...
- MOTOCICLETA...
- EMPRESA... PARTICULAR...

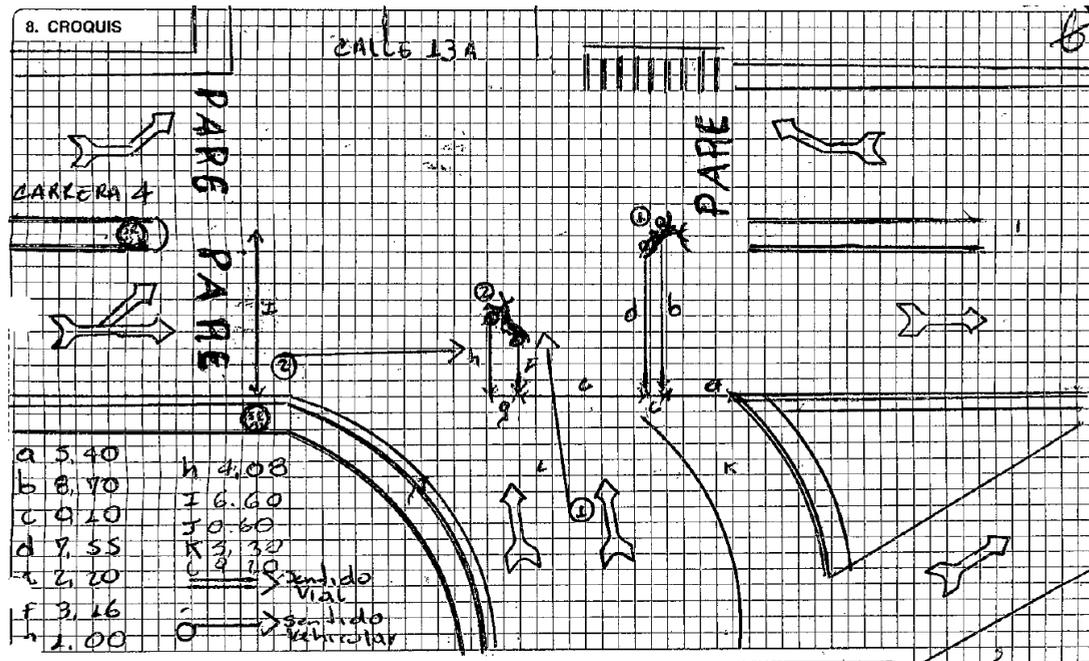
VEHÍCULO 2

- CONDUCTOR... JHON EDWIN SÁNCHEZ URREA...
- PLACA... 240323...
- MOTOCICLETA...
- EMPRESA... POLICÍA NACIONAL...

El referido informe de tránsito, presenta el siguiente croquis:

¹¹ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

¹² Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad: 47001233100019950398601 (16413).



De la imagen anterior y sus anotaciones, se observa como el vehículo No. 2 -agente de la Policía Nacional- se dirigía de por la vía identificada como No. 2, vía que a la altura de la intersección vial en que se presenta el accidente cuenta con señal de tránsito vertical de "PARE" e idéntica demarcación en la vía "LÍNEA DE PARE", destacándose por ende como la vía por la que se dirigía el vehículo No. 1 contaba con la prelación en el cruce vial.

Precisamente el referido informe de tránsito señala a renglón seguido del croquis: "CAUSAS PROBABLES. VEHÍCULO NO. 2. Cod. 157. Transitar sin precaución. no respeta prelación". (fls. 69-70, cdo. 1)

- En informe ejecutivo -FPJ-3- suscrito igualmente por el patrullero Jorge William Montoya Castro, se indicó lo siguiente:

"FECHA DE LOS HECHOS: 11/04/14. Siendo las 14:0 horas la central de radio de la Policía de Tránsito me informa que me traslade a la carrera 4 calle 13ª intersección para conocer accidente de tránsito con lesionados, al llegar al lugar observe dos motocicletas sobre la vía, al momento que soy abordado por el señor JHON EDWIN SUAREZ URREA identificado con cedula de ciudadanía No. 1033725170 de Bogotá, integrante de la policía nacional, quien de manera verbal en forma libre y espontánea me manifestó que minutos antes había colisionado con otro conductor el cual había resultado lesionado y lo habían trasladado para el hospital san marcos las unidades de bomberos de Chinchiná..." (Se subraya) (fls. 69-70, cdo. 1)

- En el cuadro de turnos Subestación Curazao suscrito por el Intendente Henry Osvaldo Mazo se registró el turno asignado al patrullero Jhon Edwin Suarez Urrea para el 11 de abril de 2014 y la asignación del vehículo 240323 (fl. 413, cdo. 1A).
- En el Oficio 058/DECAL – SUBPO - 29-11, suscrito por el intendente Henry Osvaldo Mazo y por el patrullero Jhon Edwin Suarez Urrea, se solicitó a la Fiscalía Primera Local de Chinchiná, la entrega de la motocicleta XTZ 250 de siglas 24-0323 involucrada en accidente de tránsito ocurrido 11 de abril de 2014, advirtiendo que la misma se encuentra asignada a

la unidad policial (fl. 75, cdo. 1).

- Según dictamen del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses al señor Luis Alberto Marín le fue determinada una incapacidad médico legal definitiva de 60 días con secuelas de *“deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente”* y *“perturbación funcional de órgano linfo inmuno hematopoyético de carácter permanente”*. (fls. 115-117, cdo. 1).
- Según calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 24 de noviembre de 2016 el accionante tuvo una pérdida de la capacidad laboral y ocupacional el 54.78%, dictamen emitido con base en *“Deficiencias por alteración del sistema digestivo”*, *“Deficiencias del sistema nervioso central y periférico”* y *“Deficiencias por alteraciones de la columna vertebral y la pelvis”*. (fls. 427-431, cdo. 1A).

2.4. Análisis del Caso Concreto

2.4.1. El daño antijurídico

De acuerdo con lo expuesto, se encuentra acreditada la existencia del daño consistente en que, el señor Luis Alberto Marín sufrió como resultado del accidente de tránsito ocurrido el 11 de abril de 2014 *“deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente”* y *“perturbación funcional de órgano linfo inmuno hematopoyético de carácter permanente”*.

A su vez, dicho daño resulta antijurídico en la medida en que el demandante no se encontraba en la obligación de soportarlo, de los informes de tránsito respectivos no se observa situación alguna que permita aseverar que por su propio actuar el demandante se halla colocado en una situación que le imponga dicha obligación. Además, por modo alguno la accionada o la llamada en garantía aportaron elementos probatorios o tan siquiera argumentativos que permitan aseverar lo contrario.

Cabe destacar en este punto que, uno de los cargos de apelación propuestos por la llamada en garantía hace referencia a que, la sentencia de primera instancia no estudió la concausalidad, sin embargo, advierte la Sala desde ya que, este cargo será desechado desfavorablemente, pues no puede pretenderse por el apelante hacer simple mención de esta figura sin efectuar algún esfuerzo argumentativo o probatorio que permita analizar si la actuación del demandante tuvo o no algún tipo de intervención en la generación del accidente.

Así, al encontrarse acreditado el daño y no hallarse elemento alguno de orden fáctico o jurídico que imponga al demandante la obligación de soportarlo, la Sala considera que este primer elemento de la responsabilidad estatal se encuentra satisfecho.

2.4.2. Imputación del daño – falla del servicio y nexo causal

El *a quo* analizó la imputación del daño desde el título jurídico o régimen de la falla del

servicio probada, sin que esto sea objeto de cargo alguno de alzada-¹³ por lo tanto, es necesario establecer si la acción u omisión en que incurrió la autoridad deviene como una falla de la administración y si ello es la causa del daño.

Al respecto, a partir de la prueba documental -informe de accidentes de tránsito e informe ejecutivo, se probó contundentemente la existencia del accidente del 11 de abril de 2014 en el que resultaron involucrados los señores Luis Alberto Marín Agudelo y Jhon Edwin Suarez Urrea, conductores de las motocicletas de placas HLX86 y 240323 respectivamente, este último en labores del servicio y conduciendo un vehículo oficial.

Como se destacó en el acápite respectivo, el referido informe de tránsito denota claridad sobre las condiciones en que se presentó el accidente, ello en una intersección vial en la cual el señor Luis Alberto Marín contaba con la prelación vial, mientras que el referido agente de la Policía Nacional pasó por alto la señal de "Pare" ubicada en el sentido vial en que transitaba.

En esta línea de intelección, la Ley 769 de 2002 -Código Nacional de Tránsito- en su artículo 94, especifica frente a los conductores de motocicletas que estos "*Deben respetar las señales, normas de tránsito y límites de velocidad*".

Ahora bien, la llamada en garantía considera que, el informe de tránsito no puede ser prueba suficiente de los eventos previamente señalados, por haberse realizado con posterioridad a la ocurrencia de los hechos; para la Sala no son de recibo dichos argumentos pues, estos informes corresponden a un concepto emitido por los agentes de tránsito con base a los lineamientos establecidos por la normativa pertinente, y el mismo cuenta con el valor probatorio de cualquier otro medio de convicción allegado al proceso, por lo que sí debe ser tomado en cuenta conforme a las reglas de valoración de la prueba.

Al respecto, el Consejo de Estado ha advertido¹⁴:

"El croquis y el informe de tránsito son pruebas documentales públicas (artículo 251 C.P.C.), elaborados por los agentes de tránsito de la Policía Nacional, según los lineamientos establecidos en el artículo 149 de la Ley 769 de 2002 "Código Nacional de Tránsito Terrestre". De modo que su valoración se hace en conjunto con los demás medios de convicción allegados al proceso, en los términos efectivamente establecidos en el artículo 187 del C.P.C. que establece el criterio de la sana crítica o de libre convicción de la prueba.

Así las cosas, no es posible darle prevalencia al informe de tránsito sobre los demás medios de convicción allegados al expediente. En tal virtud, es preciso que el juzgador pondere con las reglas de la lógica, la experiencia y el sentido común las diferentes pruebas que integran el acervo probatorio, con miras a determinar a cuál de ellas se le otorga una mayor credibilidad y

¹³ Siendo necesario en todo caso advertir que se comparte esta posición, al tenor de los pronunciamientos del H. Consejo de Estado referentes al tema de accidentes de tránsito en los cuales tanto el afectado como la agente estatal despliegan la actividad peligrosa de conducción de vehículos. Ver entre otras, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 26 de marzo de 2008, Radicación número: 76001-23-31-000-1994-00512-01(14780).

¹⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P: María Adriana Marín, 27 de septiembre de 2018, Radicación número: 23001-23-31-000-2008-00156-01(42545).

las razones por las cuales tiene un mayor nivel de convencimiento histórico, es decir, cuál tiene la virtualidad reconstructiva de los hechos ocurridos.” (Se subraya)

En este orden de ideas, para la Sala el informe de tránsito aportado con la demanda permite arribar a un conocimiento histórico o reconstructivo de los hechos ocurridos, sin que pueda pretenderse por la recurrente despojarlo de todo su valor probatorio sin aportar ningún otro medio de convicción que permita arribar a la conclusión de que las observaciones dadas por el agente de tránsito son incorrectas o imprecisas.

En tal sentido, mal haría esta Sala en acoger el cargo de apelación propuesto por la parte recurrente quien se limita a señalar la falta de aptitud probatoria del informe de tránsito, empero, sin ejercer ningún tipo de actividad probatoria que permita arribar a conclusiones diferentes a las que allegó el *a quo*.

2.5. Conclusión

Corolario de lo anterior, para esta Corporación en igual sentido a lo advertido en la sentencia recurrida, se encuentra acreditado que, el señor Jhon Edwin Suarez Urrea integrante de la Policía Nacional, en labores del servicio y conduciendo un vehículo oficial destinado para este efecto, colisionó con la motocicleta conducida por el aquí demandante, al omitir una señal de tránsito, situaciones que conllevan a afirmar que existió una falla del servicio y que ello fue la causa directa y eficiente del daño sufrido por el accionante.

3. Segundo problema jurídico - reconocimiento de perjuicios morales

3.1. Tesis del Tribunal

Los montos por perjuicios morales reconocidos por el *a quo* atienden acertadamente a los criterios jurisprudenciales fijados por el Consejo de Estado en razón al grado de afectación de la víctima directa y a los grados de parentesco de este con los demás accionantes; así mismo para el caso de la señora Mónica Andrea Osorio y sus hijos, se acreditó suficientemente que, si bien aquella no es hija biológica del señor Luis Alberto Marín, las relaciones afectivas sostenidas entre ellos como hija de crianza -hija de su compañera permanente- la ubican en igual nivel indemnizatorio que los hijos biológicos del afectado directo, presentándose igual situación con los hijos de la referida demandante quienes se ubican en igual nivel afectivo que los nietos biológicos del actor.

3.2. Reconocimiento de perjuicios morales en casos de lesiones personales

La Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 2018 unificó su criterio jurisprudencial en relación al reconocimiento de perjuicios morales en caso de lesiones, advirtiendo que los valores resarcitorios allí señalados tienen su fundamento “...en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegada...” por lo cual para su reconocimiento “...Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro” en tal sentido, planteó los siguientes rangos:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paternofiliales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

3.3. Hechos acreditados relevantes para la resolución del problema jurídico

- De conformidad con los Registros Civiles de nacimiento de los demandantes José Arnulfo Marín Ardila, María Melva Agudelo Duque, Lady Johana Marín Diaz, Eduar Alberto Marín Diaz, Luis Felipe Marín Diaz, Liliana Patricia Marín Agudelo, Claudia

Amparo Marín Agudelo, Martha Cecilia Marín Agudelo, Gloria Isabel Marín Agudelo, Carlos Arturo Marín Agudelo, José Fernando Marín Agudelo, Mónica Andrea Osorio Quintero, Salome Galvis Marín, Juan Esteban Salazar Marín, Santiago Sánchez Osorio y Sebastián Sánchez Osorio, se acreditaron las relaciones de consanguinidad y afinidad de los referidos demandantes con el señor Luis Alberto Marín Agudelo. (fls. 165-182, cdo. 1).

- Se recibieron además los testimonios de las señoras María Cristina Sánchez de Álzate y Sandra Liliana López Ceballos referentes a las relaciones familiares entre los demandantes y el señor Luis Alberto Marín Agudelo (Exp. digital, archivo: "06AudienciaPruebas20191017", minuto 07:00 y s.s.)

3.4. Caso concreto

La llamada en garantía manifestó su oposición a los perjuicios morales otorgados por el *a quo* arguyendo que, no se probó la existencia de las relaciones afectivas que conllevan a tal reconocimiento; que adicionalmente no se demostró que las afectaciones que dieron lugar al porcentaje de pérdida de capacidad laboral determinado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez tuviesen relación directa con el accidente de tránsito ocurrido el 11 de abril de 2014.

Sobre este particular, la Sala destaca que, el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 24 de noviembre de 2016 señaló que, el accionante tuvo una pérdida de la capacidad laboral y ocupacional el 54.78%, con base en "Deficiencias por alteración del sistema digestivo", "Deficiencias del sistema nervioso central y periférico" y "Deficiencias por alteraciones de la columna vertebral y la pelvis". Advirtió como fundamento de sus conclusiones los siguientes conceptos médicos:

"Historia clínica. Coomeva EPS.

Motivo de Consulta: Incapacidad, dolor abdominal. Enfermedad Actual: paciente con- POP 02 -meses colocación de malla a nivel ventral, refiere presento tos y posterior inicia dolor a nivel herida quirúrgica, antecedente de accidente de tránsito como conductor de motocicleta, colisionó contra otra motocicleta hace 24 meses, con trauma cerrado de abdomen y estallido esplénico ha tenido hasta la fecha 8 procedimientos quirúrgicos por secuelas del trauma, último procedimiento realizado el 15 de abril con colocación de malla y eventrorrafia consecutiva a cicatrización por abdomen abierto. En el momento con dolor abdominal. Conducta: Paciente con POP colocación de malla a nivel ventral, no signos de irritación peritoneal, se da incapacidad por 30 días, se dan recomendaciones y signos de alarma. Diagnóstico: R522 Otro dolor crónico — Enfermedad General...

Historia clínica. E.S.E Hospital Deptal Universitario Santa Sofía de Caldas.

Motivo de Consulta: Traslado desde el servicio de urgencias. Enfermedad Actual: Paciente en la quinta década de la vida, con antecedente de laparotomía + eventrorrafia con malla en abril de 2016 (se desconoce descripción quirúrgica), quien ingresa al servicio de urgencias el 25.10.16 refiriendo que posterior a realización de dicho procedimiento ha presentado episodios paroxísticos de secreción purulenta por tercio superior de herida, cuadro que se auto resuelve, ha recibido múltiples manejos antibióticos previos, por tramites de su EPS no ha sido posible nueva valoración por cirugía general, hace tres días presenta aumento del dolor abdominal,

asociado a malestar general, náuseas, [ilegible] subjetiva, por lo cual asiste a consulta prioritaria de su EPS, recomiendan manejo antibiótico con ciprofloxacina, solicitan ecografía abdominal (21/10/2016) la cual reporta en pequeñas colecciones en tercio proximal de cicatriz quirúrgica. Además pequeña colección en tejido celular subcutáneo derecho la cual presenta punto de drenaje a piel. Y en cicatriz de lado izquierdo se encuentra probable granuloma.

Al ingreso al servicio de urgencias estable clínicamente, con signos locales de proceso infeccioso abdominal, se realizan paraclínicos con: CH: LEUCOS: 11800 GR: 5.64 PLAQ: 376.000 HB: 16.30 HTO: 49.80 NOS: 42.60%. Creatinina: 0.80 RUN: 12 glucosa: 85 PCR: 0.50K: 4.10 NA: 140 TP: 13 INR: 1.4 TPT: 31.10, valorado por COJA general quien encuentra abdomen blando con leve dolor en flanco derecho donde se evidencia granuloma a cuerpo extraño sin signos de irritación peritoneal, indica tac de abdomen contratado (TFG 103.4) para definir conducta, indica desesalonar antibiótico clindamicina Gentamicina, se traslada a sala de hospitalización general para continuar manejo médico y observación clínica..." (fls. 427-431, cdo. 1ª) (Subrayado y negrillas de esta Sala)

Como se desprende de los conceptos médicos citados en el cuerpo del dictamen pericial como base de la calificación, se puede observar que los mismos relatan la atención médica brindada al actor en razón de las secuelas del trauma sufrido en el accidente de tránsito acaecido el 11 de abril de 2014, el cual conllevó a la realización de ocho procedimientos quirúrgicos y la presentación de complicaciones derivadas de estos.

Así las cosas, para la Sala no tienen eco de prosperidad los argumentos formulados por la llamada en garantía pues, el concepto emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez atiende a afectaciones sufridas por el demandante que guardan una relación lógica con los traumas sufridos en el ya referido accidente de tránsito, ello aunado a que no existe por parte del recurrente ningún tipo de actividad probatoria de carácter técnico o científico que permita concluir que, uno o varios de los diagnósticos o deficiencias base de la calificación de invalidez se traten de situaciones o patologías ajenas a los efectos del evento en razón del cual se declaró la responsabilidad.

Ahora bien, **en cuanto a los niveles de reparación aplicados** para las víctimas indirectas se tiene que, respecto de los demandantes José Arnulfo Marín Ardila, María Melva Agudelo de Marín, Lady Johana Marín Diaz, Eduar Alberto Marín Agudelo, Luis Felipe Marín Diaz, Liliana Patricia Marín Agudelo, Claudia Amparo Marín Agudelo, Martha Cecilia Marín Agudelo, Gloria Isabel Marín Agudelo, Carlos Arturo Marín Agudelo, José Fernando Marín Agudelo, Salome Galvis Marín, Juan Esteban Salazar Marín se probó con los registros civiles aportados por la parte actora la calidad de aquellos, como padres, hijos y hermanos del señor Luis Alberto Marín Agudelo, sin que exista ningún tipo de gestión probatoria o tan siquiera argumentativa de la parte recurrente que impida considerar que, las relaciones afectivas entre dichos demandantes no atienden a las que normalmente se sostienen entre familiares en dichos grados de consanguinidad o afinidad, se itera, relaciones filiales que se encuentran debidamente acreditadas en el expediente.

Además, a través de los testimonios rendidos por María Cristina Sánchez de Álzate y Sandra Liliana López Ceballos se pudo comprobar que la señora Clara Rosa Quintero de Osorio ha sostenido una relación de pareja con el señor Luis Alberto Marín Agudelo cuando

menos desde hace 15 años, al punto que los referidos testigos se refieren a aquella demandante como la esposa de la víctima directa.

Así mismo y bajo esta línea de intelección, las referidas testigos se refieren a la demandante Mónica Andrea Osorio -hija de Clara Rosa Quintero de Osorio- y a sus hijos Santiago y Sebastián Sánchez Osorio como la hija y nietos del señor Marín Agudelo, véase como al indagar a la testigo María Cristina Sánchez de Álzate en forma específica sobre la relación entre ellos y el afectado directo, refirió:

“PREGUNTADO: ¿Usted nos podría decir cómo está conformado el núcleo familiar de Luis Alberto Marín Agudelo? RESPUESTA: Pues él vive con su esposa Clara Rosa, en ese entonces estaba a cargo la hija de Clara Rosa, Mónica, los Gemelos Santiago y Sebastián, pablo y todos conformaban un hogar por que en esas Mónica apenas entró a estudiar, todos dependían de él, en el hogar estaba Luis Alberto, Clara Rosa, Mónica Osorio, Santiago y Sebastián...

PREGUNTADO: En razón de ese cambio por motivo del accidente de Luis Alberto, en razón de los impedimentos de Luis Alberto, ¿cuál fue el comportamiento de Santiago y Sebastián Sánchez en razón de esos impedimentos en cuanto a su vida emocional? RESPUESTA: Pues, ellos entraron, prácticamente toda la familia en depresión porque como el abuelo no les podía prestar la mista atención que les prestaba no los podía acompañar, no podía ir por ellos al jardín, no podía porque él se tenía que cuidar de un golpe, una caída, de algo entonces no ellos lloraban mucho y se mantenían depresivos.

PREGUNTADO: ¿Cuándo usted hace referencia al abuelo y en razón de la documentación sabemos desde el punto de vista consanguíneo que Luis Alberto y los que usted llama gemelos que son Santiago y Sebastián Sánchez él no es el abuelo como tal, pero usted porque hace relación al abuelo como tal cuando desde el punto de vista legal o consanguíneo no existe esa consanguinidad? RESPUESTA: No existe la consanguinidad, pero de todos modos ellos son los nietos de él porque él los ha cuidado desde pequeñitos porque como siempre han vivido ahí en la misma casa entonces ellos que el abuelo y el abuelo y cuando llamaban del hospital que alguna cosa ellos lloraban y lloraban que querían ver al abuelo y sin poder verlo.

PREGUNTADO: Cuando le preguntaron los generales de Ley usted hizo referencia que conocía a Mónica Osorio Quintero, que es la mamá de los gemelos, el comportamiento de Mónica como era antes del accidente respecto de Luis, comparándolo su parte emocional con posterioridad al accidente, ¿existen diferencias? RESPUESTA: Si claro, existen diferencias, pues cuando Luis antes del accidente él era norman él trabajaba, él era el único que aportaba para esa casa, que mantenía pendiente de los niños, Mónica se le dio la oportunidad de estudiar, entonces eso los afectó no solo moral sino psicológicamente porque pues ya tensionados que qué vamos hacer si el que estaba aportando ya no podía hacerlo, claro se nota la diferencia.”

Así, de los testimonios recaudados se pudo esclarecer que la demandante Mónica Andrea Osorio y sus hijos Santiago y Sebastián Sánchez Osorio a pesar de no contar con una relación consanguínea con el señor Luis Alberto Marín Agudelo, si han desarrollado una verdadera relación afectiva con este, pues se han identificado como hija y nietos, al tener precisamente esta relación sanguínea con la compañera permanente de aquel.

Precisamente en un asunto de similares características, el H. Consejo de Estado advirtió que este tipo de relaciones afectivas pueden presentarse aun en ausencia del vínculo sanguíneo, lo cual conlleva a que la afectación extrapatrimonial sea la misma, así¹⁵:

“Finalmente, en cuanto a Luis Alejandro Acuña Sánchez, Miguel Ángel Acuña Sánchez y Nelson Damián Acuña Sánchez, quienes, según la demanda, son hijos de crianza del señor Góngora Martínez, la Sala encuentra acreditado, con sus registros civiles de nacimiento, que son hijos de la señora Teresa Sánchez Ruiz, compañera permanente del directamente afectado. En este punto de la providencia, resulta oportuno señalar que la familia no se conforma únicamente por vínculos naturales y jurídicos, sino que se extiende a los lazos de amor, solidaridad y convivencia, como por ejemplo, entre padre e hijos de crianza, tal y como ocurre en este caso.

...

En conclusión, acreditado el vínculo familiar entre el directamente afectado y Luis Alejandro, Miguel Ángel y Nelson Damián Sánchez, queda claro que estos últimos cuentan con legitimación en la causa por activa, por manera que también resultan beneficiarios de la indemnización que, por perjuicios morales, les será reconocida a causa de la privación injusta de que fue víctima su padre de crianza.

Con fundamento en las máximas de la experiencia, resulta posible afirmar que la privación de la libertad que soportó el señor Silverio Góngora Martínez le causó un perjuicio moral que debe ser indemnizado, comoquiera que es razonable asumir que un ciudadano al que se le afecta su libertad experimente sentimientos de angustia e impotencia por no poder determinar el rumbo de su vida, perjuicio que se hace extensivo a su compañera permanente y a sus hijos, quienes se afectan por la situación de zozobra por la que atraviesa su ser querido”.

3.4. Conclusión

En este orden de ideas, la Sala arriba a la misma conclusión señalada por el *a quo*, dado que el concepto emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez atiende a afectaciones sufridas por el demandante que guardan una relación lógica con los traumas sufridos en el ya referido accidente de tránsito y además, los reconocimientos efectuados a los demandantes por concepto de perjuicios morales, atienden pertinentemente a los criterios jurisprudenciales establecidos por el Consejo de Estado, ello en razón al porcentaje de afectación de la víctima directa y los niveles de relaciones afectivas o filiales entre esta y su grupo familiar cercano.

4. Tercer problema jurídico - reconocimiento de lucro cesante

4.1. Tesis del Tribunal

El lucro cesante reconocido en favor del demandante no puede verse disminuido o eliminado por la existencia de un reconocimiento pensional de origen común, pues como

¹⁵ Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección, Tercera Subsección “A”, C.P: Marta Nubia Velásquez Rico, 30 de marzo de 2016. Radicación número: 73001-23-31-000-2009-00542-01(41054)

lo ha señalado el H. Consejo de Estado, dichos reconocimientos provienen de fuentes diferentes, por lo cual el aseguramiento de un empleado al sistema pensional, no elimina la responsabilidad administrativa y patrimonial derivada del daño antijurídico que deba asumir la entidad pública, ajena a dicha relación prestacional/laboral entre fondo de pensiones y pensionado.

4.2. Hechos acreditados relevantes para la resolución del problema jurídico

- Para el 11 de abril de 2014 fecha de ocurrencia del accidente base de la declaratoria de responsabilidad estudiada, el señor Luis Alberto Marín Agudelo, laboraba al servicio de la Corporación Centro Manzales devengando un salario de \$750.000, según certificación expedida por el Líder de Gestión y Recursos Humanos de dicha entidad (fl. 2, cdo. 3).
- Según calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 24 de noviembre de 2016 el accionante tuvo una pérdida de la capacidad laboral y ocupacional el 54.78% de origen común (fls. 427-431, cdo. 1A).
- Según oficio del 15 de marzo de 2017 emitido por la Dirección de Servicio al Pensionado de Porvenir A.F.P., al señor Luis Alberto Marín Agudelo le fue reconocida una pensión de invalidez a partir del 1° septiembre de 2015 -fecha de estructuración de su pérdida capacidad laboral- (fls. 596-597, cdo. 1A).

4.3. Fuentes de la indemnización – responsabilidad patrimonial y reconocimiento pensional de origen común

Tanto la entidad accionada como la llamada en garantía plantearon cargos de apelación bajo la égida de que, el reconocimiento por lucro cesante efectuado en favor del señor Luis Alberto Marín Agudelo debe ser computado únicamente hasta la fecha en que aquel empezó a percibir la pensión de invalidez que le fuese reconocida por Porvenir A.F.P.

Para resolver esta situación cabe recordar que, como lo ha señalado el Consejo de Estado, la pensión de invalidez o vejez de origen común, cuenta con una fuente prestacional diferente a la indemnización por lucro cesante que nace de una relación jurídica indemnizatoria, razón por la cual la segunda no se puede ver vedada por la primera. En efecto en un caso de similar acontecer fáctico dicha corporación expuso:

“Por concepto de lucro cesante, se solicitaron las sumas de dinero que Jairo Duque Velásquez dejó de percibir de su actividad de docente del Colegio de la vereda el Tablazo, municipio de Fresno (Tolima), y de administrador de una finca, como consecuencia de la disminución de la capacidad laboral que padece.

Conviene señalar que, si bien mediante Resolución 1577 del 15 de septiembre de 2008, la Secretaría de Educación y Cultura de la Gobernación del Tolima reconoció a Jairo Duque Velásquez una pensión por invalidez -a partir del 1 de octubre de 2008- (folios 9 y 10, cuaderno 3), lo cierto es que ésta deriva de una relación jurídica diferente a la que surgió de los hechos por los que aquí se reclama, en tanto que la naturaleza de aquélla es prestacional y no indemnizatoria, de ahí que no exista justificación legal para negar o

descontar alguna cifra del monto de la reparación -por lucro cesante-, que se llegue a reconocer.¹⁶ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

4.4. Conclusión

En este orden de ideas, no son procedentes los cargos de apelación propuestos por las entidades llamadas por pasiva, pues el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen común no resulta incompatible ni diezma el reconocimiento de la indemnización por lucro cesante derivada de la responsabilidad estatal.

5. Cuarto problema jurídico - Límite monto asegurado

La llamada en garantía Aseguradora Solidaria de Colombia insistió en su apelación -como lo hizo en primera instancia- en la existencia de un límite asegurado de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes, según se pactó en el respectivo contrato de seguro.

En la sentencia apelada, al respecto se hizo referencia al pronunciamiento del Consejo de Estado en el que se señaló:

“(…) Observa la Sala que el Código de Comercio establece en su artículo 1.079 que el asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada; por su parte, el artículo 1.089 ejusdem preceptúa que, para el momento del siniestro, la indemnización no excederá en ningún caso del valor real del interés asegurado. Por manera que el INVIAS tendrá derecho a que la aseguradora La Previsora S. A., llamada en garantía, le reembolse el valor total de la condena que se le impondrá a aquél, pero ese reembolso no podrá superar el límite máximo de responsabilidad pactado.

Por tanto, habiéndose probado no sólo formalmente el derecho contractual del INVIAS respecto de La Previsora S. A., sino también el derecho material a la indemnización del perjuicio que aquél sufre como consecuencia de la sentencia condenatoria, se condenará a la aseguradora a indemnizar al llamante la cantidad que se ordenará pagar a este último en la presente sentencia, sin que dicha suma supere el límite de responsabilidad asegurado —que fue de \$200.000.000 (fl. 85, c. ppal.)— atendida la disponibilidad de recursos existente, al momento del pago, dentro de dicho límite...” (Se destaca).

Con fundamento en lo anterior, el *a quo* señaló que, “el Despacho con lo establecido por la jurisprudencia y los artículos 1079 y 1080 del Código de Comercio, declarará próspera la excepción planteada y así se dispondrá en la parte resolutoria de la Sentencia, limitando la responsabilidad de la aseguradora hasta concurrencia del valor asegurado”.

En la parte resolutoria dispuso, declarar probada la excepción de “Límite del valor asegurado” formulada por la llamada en garantía en tal sentido, resolviendo que dicha aseguradora “...reintegrar[á] a favor de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL**, hasta el límite del valor asegurado, las sumas que tenga la obligación de cancelar por

¹⁶ **Cita de cita:** Al respecto, se pueden consultar las sentencias del 26 de febrero de 2015 (expediente 32242) y del 26 de abril de 2018 (expediente 43744), entre otras.

la condena aquí impuesta, de conformidad con la parte considerativa de esta sentencia." (Se subraya).

Así, el referido cargo de apelación formulado por la llamada en garantía Aseguradora Solidaria de Colombia carece de pertinencia, en tanto la decisión recurrida resolvió este tópico precisamente acogiendo los argumentos propuestos por aquella sobre el particular.

6. Conclusiones

Como se advirtió en acápites anteriores, estima es Colegiatura que: *(i)* sí se demostraron los elementos de la responsabilidad estatal en cabeza de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional; *(ii)* el reconocimiento de perjuicios morales efectuados por el *a quo* se ajusta a los criterios jurisprudenciales fijados por el Consejo de Estado y atienden razonablemente al porcentaje de afectación sufrido por la víctima directa y a las relaciones familiares y afectivas de los demás demandantes con aquel; *(iii)* no hay lugar a reducir o negar el reconocimiento efectuado por concepto de lucro cesante en favor del señor Luis Alberto Marín atendiendo a reconocimiento de una pensión de invalidez de origen común, pues tales reconocimientos atañen a fuentes o relaciones jurídicas diferentes y *(iv)* no hay lugar a modificar la orden referente al límite del monto asegurado.

En razón de las referidas conclusiones, se impone confirma la sentencia estudiada.

7. Costas

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas en esta instancia, al observarse que no se incurrió en gastos procesales en esta instancia, y que las partes no efectuaron intervención ante el Tribunal¹⁷.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

SENTENCIA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales el 02 de agosto de 2021, dentro del medio de control de reparación directa formulado por Luis Alberto Marín Agudelo y otros contra la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

¹⁷ Destacándose que si bien la parte actora presentó ante esta Corporación escrito que denominó "Pronunciamiento sobre la apelación presentada por la Nación Ministerio de lo Defensa Nacional", este fue radicado con posterioridad a la ejecutoria del auto que admitió el recurso de alzada, esto es, fenecido el término establecido para el efecto. -Ley 1437/11, Art. 247, Numeral 4. "Desde la notificación del auto que concede la apelación y hasta la ejecutoria del que la admite en segunda instancia, los sujetos procesales podrán pronunciarse en relación con el recurso de apelación formulado por los demás intervinientes."

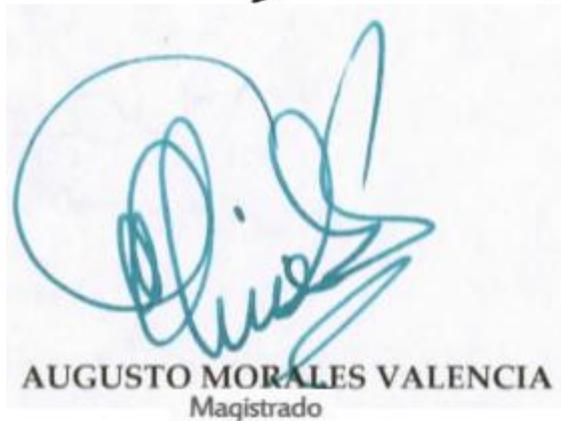
TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 17 de 2022.

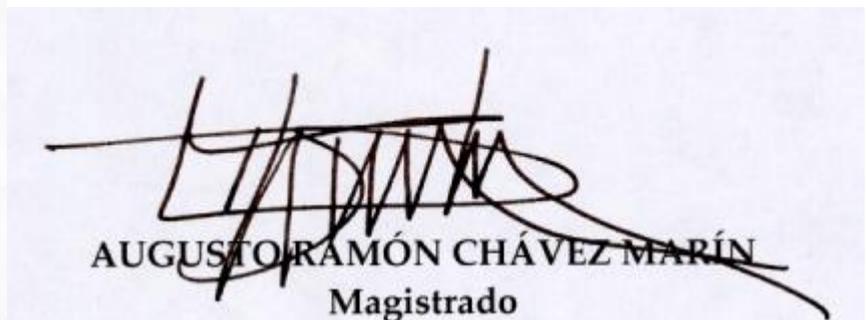
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 090

Asunto:	Concede apelación
Medio de control:	Ejecutivo
Radicación:	17001-23-33-000-2016-00806-00
Demandante:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Demandado:	Flor María Bedoya Sánchez

Manizales, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 243 y 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹, contra el auto proferido por este Tribunal el veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)², que se abstuvo de dar trámite a la solicitud de ejecución a continuación formulada por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la señora Flor María Bedoya Sánchez.

RECONÓCESE personería jurídica al abogado RUBÉN LIBARDO RIAÑO GARCÍA, identificado con la cédula de ciudadanía n° 7'175.241 expedida en Tunja, y portador de la tarjeta profesional n° 244.194 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a la sustitución de poder realizada por el abogado JUAN CAMILO GARCÍA CÁRDENAS (archivo n° 017 del expediente digital).

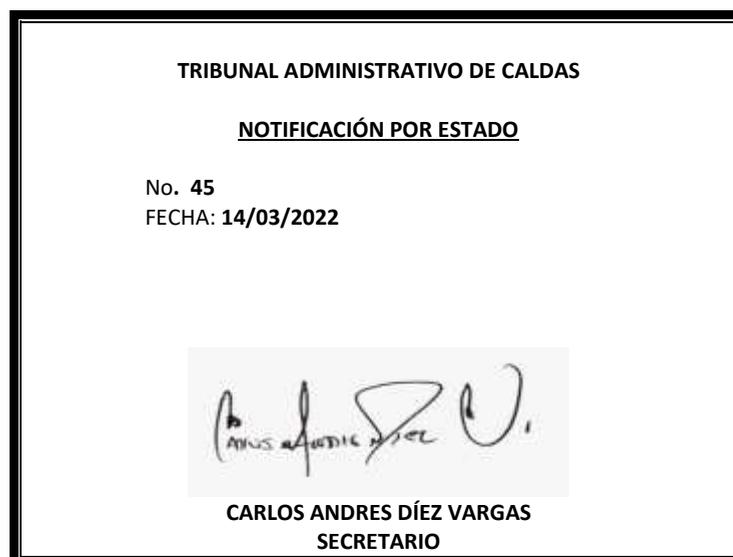
En firme esta providencia, por la Secretaría de la Corporación, **REMÍTASE** el expediente al Honorable Consejo de Estado, para resolver lo pertinente.

¹ Archivo n° 017 del expediente digital

² Archivo n° 014 del expediente digital

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:

Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

f2af1a288578c8755cffe84eb3c57a9f262193d7ff9df7c5432ff62ec6a2b0

Documento generado en 11/03/2022 10:58:18 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente
URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 089

Asunto:	Concede apelación contra sentencia
Acción:	Popular
Radicación:	17001-23-33-000-2017-00457-00
Accionante:	Antonio José Duque Salazar
Accionado:	Ministerio de Cultura, Departamento de Caldas, Municipio de Salamina

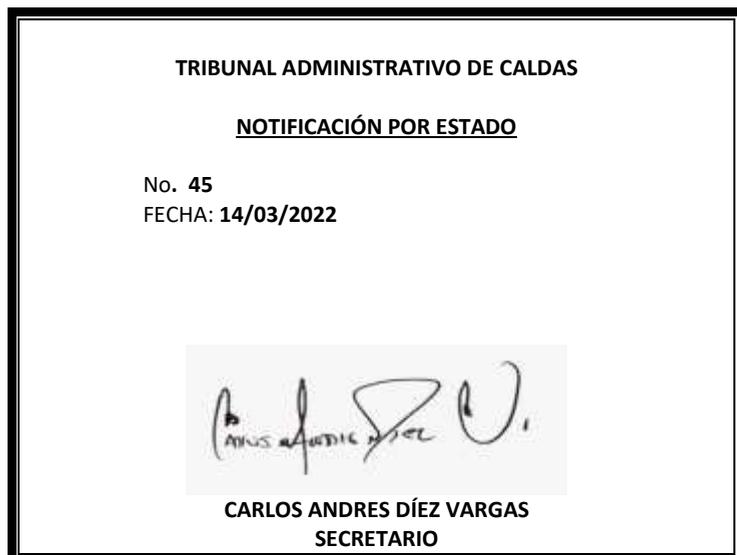
Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 37 de la Ley 472 de 1998 y 322 del Código General del Proceso, por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por el señor Javier Elías Arias Idárraga, coadyuvante de la parte actora (archivo 05, exp. digital), el Departamento de Caldas (archivos 06 y 07 exp. digital), la Nación -Ministerio de Cultura (archivos 8 y 11 exp. digital) y el Municipio de Salamina, Caldas, (archivos 12, 20, 21 y 29 exp. digital), contra la sentencia proferida por este Tribunal el veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022) (archivo 03, exp. ibidem).

En firme esta providencia, por la Secretaría de la Corporación, **REMÍTASE** el expediente al Honorable Consejo de Estado, para resolver lo pertinente previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:

Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

7fb06f3fc3dc4760f615e0e5b1dd8a16a0233ed9e8ddd8825bbc0b3706e98925

Documento generado en 11/03/2022 11:00:25 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 070

Manizales, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-33-002-2018-00038-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Francia Vargas Zapata
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de: i) la Resolución GNR 389017 del 23 de diciembre de 2016 por medio de la cual desconocieron y negaron los factores salariales correspondientes a la pensión de jubilación, negando con ésta sus derechos adquiridos; ii) la Resolución DIR 4079 del 25 de abril de 2017, por la cual se resolvió el recurso de apelación confirmando la decisión anterior.

Se condene a Colpensiones a pagar la pensión de jubilación con el 75% de la totalidad de los factores de salarios devengados en el último año de servicios y se condene al pago de los valores indexados.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el Instituto del Seguro Social- hoy Colpensiones- por medio de la Resolución 0356 del 2 de febrero de 2012, modificada mediante la Resolución GNR 7158 del 13 de enero de 2014, modificada mediante Resolución VPB 20400 del 5 de marzo de 2015, reconoció la pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$1.671.255, efectiva a partir de 1º de abril de 2014.

Que el 7 de diciembre de 2016 solicitó la revisión de la pensión para que se tuviera en cuenta todos los factores salariales, petición que fue resuelta a través de los actos administrativos demandados.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas la Constitución Política, artículos 2, 6, 25, y 58; Código Civil, artículos 10; Ley 57 del 87, Decreto 3135 de 1968; Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Ley 5 de 1969, Ley 71 de 1988, entre otras.

Consideró que los actos atacados desconocen que el régimen de transición abarca no sólo la edad y el tiempo de servicios, sino también el monto de la pensión, que incluye todos los factores salariales percibidos y no sólo los enumerados de manera taxativa por la Ley 62 de 1985, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

2. Contestación de la demanda

La **entidad demanda** no contestó la demanda.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la parte demandante. Tras hacer un recuento de la normativa aplicable y con base en jurisprudencia del Consejo de Estado señaló que, la entidad al liquidar la pensión de jubilación tuvo en cuenta el promedio de lo cotizado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión y los factores incluidos en la liquidación fueron los determinados en el Decreto 1158 de 1994. Por lo tanto no procedía la reliquidación pensional con el fin de tomar como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones. Señaló que es inviable aplicar retroactivamente la sentencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, por cuanto se desconocerían derechos laborales adquiridos; que además, la Sentencia C-258 de 2013 que declaró inexecutable la expresión “durante el último año” contenido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 hace referencia al régimen de los congresistas y magistrados de Altas Cortes, por lo cual no resulta aplicable al presente asunto. Además, contrario a lo que plantea la Sentencia SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, la Corte fue enfática en señalar que aquellas pensiones adquiridas legítimamente deben gobernarse por la tesis de la integralidad, por tanto se debe respetar las expectativas legítimas de la parte demandante.

Respecto a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señaló que, no encuentra que el legislador haya plasmado la aplicación parcial del régimen de transición; que además, negar las pretensiones de la demanda va en contravía de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 toda vez que el despacho debe dar aplicación a lo allí ordenado, y no

simplemente negar las pretensiones, pues si bien no se reconocen la totalidad de los factores devengados en el último año, si ordena reliquidar la prestación con el promedio de los factores devengados en los últimos diez años o de todo lo cotizado.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación. Además, es procedente por cuanto: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces”*, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 Ibídem.

2. Problemas jurídicos

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Cuenta la parte accionante con derecho a que su mesada pensional sea reliquidada tomando como base todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios?*

En caso afirmativo, *¿Cuál es el periodo en el cual se deben calcular los descuentos de los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal? además ¿Cuáles son las sumas que deben ser objeto de indexación conforme a los términos del artículo 187 del CPACA?*

3. Primer Problema Jurídico

Tesis del Tribunal: No es procedente reliquidar la pensión de jubilación de la parte demandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, por cuanto, resulta aplicable la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018² proferida por el Consejo de Estado, y si bien por ser beneficiaria del régimen de transición, deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior, para determinar el IBL, la liquidación debe regirse por lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 de la misma norma. Tal como fue realizado en los actos administrativos demandados.

Para fundamentar lo anterior se señalaran: i) las situaciones jurídicas relevantes probadas; ii) la aplicación del régimen de transición pensional y iii) la resolución del caso concreto.

3.1. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

- La demandante nació el 28 de enero de 1955 (Fls. 60 C. 1) y prestó sus servicios al Estado en la Dian. (Fl. 48 C.1)

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

- Mediante Resolución 0356 del 02 de febrero de 2012, se reconoce una pensión de jubilación a favor de la demandante, en cuantía de \$998.544, pendiente del retiro del servicio y fue liquidada aplicando una tasa de reemplazo del 75%. (Fl. 20-24 C.1)
- A través de la Resolución GNR 7158 del 13 de enero de 2014 por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución anterior, se resolvió reliquidar la pensión y ordenar el ingreso a nómina de la demandante, para el pago de una mesada equivalente a \$1.199.518. En dicho acto también se analizó que la accionante cumplía con los requisitos exigidos por la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988, y la Ley 797 de 2003 para adquirir su pensión de jubilación, en en razón al principio de favorabilidad su prestación vitalicia se liquidó conforme la norma enunciada en último orden. (Fl. 25-30 C.1)
- Mediante Resolución VPB 20400 del 05 de marzo de 2015 por la cual se resuelve un recurso de apelación, se modifica la Resolución 0356 del 02 de febrero de 2012, y se ordena reliquidar la prestación, señalando: *"Que para obtener el ingreso base de cotización de la presente prestación, se toman los factores salariales establecidos en el artículo 1 del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994, de conformidad con lo establecido por la Circular 01 de 2012, anteriormente mencionada. Resulta necesario precisar que al momento de determinar el ingreso base de liquidación, se incluyeron todos los factores salariales que fueron percibidos por el trabajador de manera habitual y periódica como retribución directa del servicio. También es necesario advertir, que del periodo 201403, se tuvo en cuenta el IBL, ya que en el certificado allegado, el periodo 201403 no fue certificado y aparecen reportados factores salariales del periodo 201404, periodo que no fue laborado por la solicitante, habida cuenta de las certificaciones allegadas. [...] Que a partir de los textos legales enunciados se procedió a realizar la reliquidación de la prestación reconocida, la cual se resume de la siguiente manera: IBL: 2, 149, 662 X 75.00= \$1.612.247...".* (Fls. 31-35 C. 1)
- A través de la Resolución GNR 389017 del 23 de diciembre de 2016, se resuelve de manera desfavorable la solicitud de reliquidación pensional. (Fls. 36-40). Mediante Resolución DIR 4079 del 25 de abril de 2017, se resuelve un recurso de apelación en contra de la Resolución anterior, confirmando la decisión recurrida. (Fl. 41-47 C. 1).
- Se allegó al proceso el certificado de factores salariales percibidos, expedido el 17 de octubre de 2014, por la Dian. (fl. 48-51 C.1).

3.2. Aplicación del régimen de transición pensional

Las partes coinciden en afirmar que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993³, empero, difieren en la interpretación que se hace de dicha normativa, pues la parte actora aduce que la pensión debe liquidarse según la Ley 33 de 1985⁴, teniendo como base el promedio de lo

² Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

³ Ver, escrito de demanda y actos administrativos demandados.

⁴ Artículo 1º: *"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio."*

devengado en el último año de servicios, mientras que la demandada sostiene que debe darse aplicación al precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional, que tiene al IBL como aspecto no cobijado por el régimen de transición.

Al respecto, el Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a través de sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018⁵ señaló:

“85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

86. Como se dijo en párrafos anteriores el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

*87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas.
(...)*

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

*93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:*

*94. La **primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:*

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

⁵ Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

...

96. **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones“.

De la Sentencia de Unificación se concluye:

(i) El régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se refiere a la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

(ii) Dentro del concepto monto, existe un elemento especialmente regulado por el legislador de forma homogénea para todos los beneficiarios del régimen de transición, este es, el ingreso base de liquidación –IBL-, factor que debe atender a lo regulado por el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, dependiendo del tiempo que le faltare al interesado, a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, para adquirir el derecho a la prestación.

Así pues, si al 1º de abril de 1994 (empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (empleados territoriales), la persona beneficiaria del régimen de transición le faltaren **menos** de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Si le faltaren **más** de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

(iii) Para lo anterior, deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión, solamente los factores sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas, en tanto, la liquidación pensional debe atender a lo efectivamente cotizado.

3.3. Aplicación en el tiempo de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018

El Consejo de Estado, en la referida sentencia de unificación, en cuanto a sus efectos, precisó que:

113. El artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por

la Constitución y la Ley.

114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada. (...)" (Se resalta)

Por lo tanto, las reglas señaladas en la Sentencia de Unificación citada son aplicables al presente asunto, en tanto se encontraba pendiente de decisión, toda vez que no existía sentencia ejecutoriada y por tanto no había operado la cosa juzgada.

3.4. Caso Concreto

Conforme a la posición actual de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que acoge esta corporación, deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior. Sin embargo, para determinar el IBL, la liquidación debe regirse por lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 de la misma norma, dependiendo del tiempo que le faltare al interesado a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la prestación.

En el caso concreto se observa que, para la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, la demandante para acceder a su pensión de vejez, le faltaban más de 10 años para cumplir los 55 años de edad, (nació el 28 de enero de 1955).

Lo anterior significa que la liquidación de su pensión, debía realizarse en los términos previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el Dane. Tal como en efectos se realizó en los actos administrativos de reliquidación pensional.

Ahora, sobre los factores que se deben tener en cuenta, atendiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en sus sentencias de unificación sobre la materia, los únicos que pueden incluirse para determinar el IBL son aquellos devengados durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, conforme al Decreto 1158 de 1994, norma que a la letra indica:

- “ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: “Base de Cotización”. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:*
- a) La asignación básica mensual;*
 - b) Los gastos de representación;*
 - c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
 - d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
 - e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
 - f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
 - g) La bonificación por servicios prestados”.*

Además, para que proceda la reliquidación pensional, a la parte demandante le corresponde acreditar que frente a los factores que solicita sean incluidos para establecer el ingreso base de liquidación pensional realizó los respectivos aportes y no obstante, la entidad no los tuvo en cuenta al momento de liquidar la pensión.

Revisando el acto administrativo que reliquidó la prestación periódica, se encuentra que se dispuso que la misma se calcularía con la inclusión de los factores contemplados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales se hubieran efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones, es decir el ingreso base sobre el que mes a mes se efectuaron aportes con destino a pensión y que además, dichos factores fueron actualizados según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (fls. 35-40 C.1) lo cual se acompaña con la disposición que se acaba de reproducir. Además, aunque se certificó que la demandante también percibió otros factores en el último año de servicio, (fl. 49-51 C.1) estos no se enuncian en la norma como factores salariales para efectos pensionales.

Por último, en cuanto a la tasa de reemplazo para el cálculo del monto de la pensión, se observa que en la Resolución que ordenó la reliquidación de la pensión se tuvo en cuenta el 79,19%, con fundamento en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el

artículo 10 de la Ley 797 de 2003, lo cual resulta mas favorable a la demandante que aplicar la tasa de remplazo del 75% está en la Ley 33 de 1985, lo cual se encuentra en armonía con el principio de favorabilidad señalado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018⁶.

3.5. Conclusión

La demandante no cuenta con derecho a que la prestación pensional reconocida sea objeto de reliquidación en los términos deprecados en la demanda -con el promedio de todos los emolumentos percibidos durante el último año de servicios-, pues de conformidad con el inciso 3° de del artículo 36 de la ley 100 de 1993, este debe ser liquidado con base en el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, *actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el Dane* y en todo caso, solamente los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994 y que fueron objeto de cotizaciones al sistema pensional.

Al ser resuelto negativamente el primer problema jurídico, por sustracción de materia no resulta necesario resolver sobre los demás. En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

4. Costas

No se condenará en costas teniendo en cuenta que, la parte actora soportó sus reclamaciones judiciales en la jurisprudencia que el Consejo de Estado había proferido para casos similares.

Por lo expuesto la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmase la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Francia Vargas Zapata contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

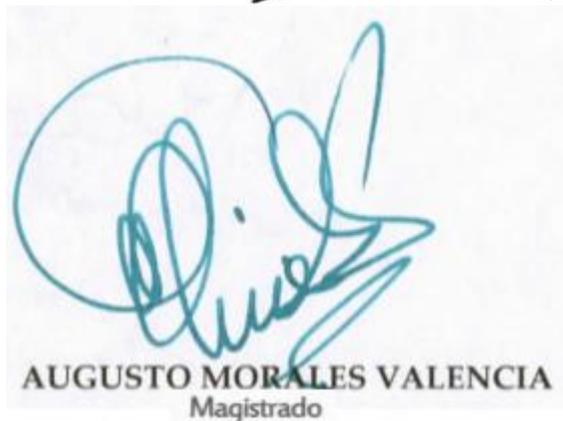
⁶ 65. Como corolario de lo anterior, es claro que las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición, en virtud del principio de favorabilidad, al momento de consolidar su status pensional, pueden optar por un reconocimiento en las condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (régimen de transición) o bajo los presupuestos de la pensión de vejez regulada en el Sistema General de Pensiones previstos en los artículos 33 y 34 en concordancia con el artículo 21 *ibidem*; el que le resulte más favorable.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 17 de 2022.

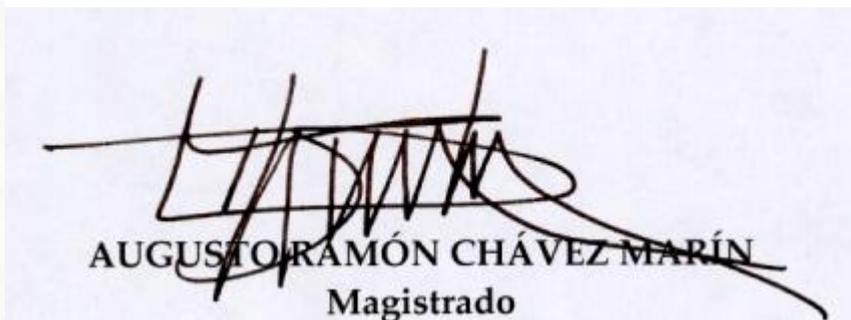
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala 2ª. de Decisión Oral
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-23-33-000-2018-00063-00
Demandante	María Ensueño Flórez Zuluaga
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia	Sentencia No. 38

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª de Decisión Oral, ide conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar **sentencia de primera instancia** dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la señora María Ensueño Flórez Zuluaga contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

“1. Declarar la nulidad del Artículo Quinto de la Resolución No. 7817 - 6 del 12/10/2017, por medio de la cual las demandadas negaron el reconocimiento y pago de la SANCION POR MORA equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantías definitivas ante las demandadas, hasta cuando se hizo efectivo el pago total de la prestación, mediante el ajuste reconocido por medio de la resolución 7817-6 del 12/10/2017, conforme a los hechos y fundamentos de derecho de la demanda o como resulte probado en el proceso.”

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

*1. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al DEPARTAMENTO DE CALDAS SECRETARIA DE EDUCACION, al reconocimiento y pago a favor de mi mandante de la SANCION POR MORA establecida en la las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en suma equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta (70) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de la cesantía definitivas ante la entidad, hasta cuando se hizo efectivo el pago de la totalidad de las cesantías reconocidas mediante la resolución No. 7817-6 del 12/10/2017, conforme a los hechos y fundamentos de derecho de la demanda o como resulte probado en el proceso.
[...]"*

1. Hechos.

La demandante solicitó al Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas el 23/04/2015.

Por medio de la Resolución Nro. 6652-6 del 10/07/2015, le fueron reconocidas las cesantías definitivas teniendo como factores salariales el sueldo mensual, las primas de navidad, vacaciones y alimentación. Las referidas cesantías fueron canceladas el día 05/10/2015, por intermedio de entidad bancaria BBVA.

Mediante petición radicada el 08/08/2017, la parte actora solicitó el ajuste de las cesantías definitivas con inclusión de la Prima de Servicios y de la Bonificación por Servicios, así como el pago de la sanción por mora desde los 70 días siguientes a la radicación de la petición inicial de las cesantías definitivas, hasta cuando fuera realizado el pago total de la prestación por medio del deprecado ajuste.

Por medio de la resolución No. 7817 -6 del 12/10/2017, fue otorgado el ajuste de las cesantías definitivas reconocidas inicialmente mediante la resolución No. 6652-6 del 10/07/2015, teniendo finalmente como factores salariales la Prima de Servicios y la Bonificación por Servicios, ordenando el reconocimiento y pago como suma insoluta de \$2.515.694.

En la resolución No. 7817-6 del 12/10/2017, por medio de la cual se ajusta una cesantía definitiva a favor del docente María Ensueño Flórez Zuluaga, fue negado el reconocimiento de la sanción moratoria solicitada.

La demandante solicitó las cesantías definitivas el 10/10/2015, siendo el plazo para cancelarlas el 10/08/2015, transcurriendo hasta la fecha en la cual fue realizado el pago

total de las cesantías definitivas mediante el ajuste reconocido por medio de la Resolución No. 7817-6 de 2017, un total de 832 días de mora.

2. Normas Violadas y Concepto de Violación

Considera vulneradas las siguientes:

Constitución Política

Artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989.

Artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Consideró que las entidades obligadas a responder por dicha prestación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, al incurrir en una mora injustificada en el pago de las prestaciones sociales.

Sostuvo que la Ley 1071 del 2006 fue desconocida por parte de las entidades demandadas tanto en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías, como en la negativa y pago de los intereses moratorios. Trae a colación jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con el trámite y términos legales dispuestos para el reconocimiento de las cesantías en la Ley 244 de 1995.

3. Contestación de la Demanda

3.1. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante y frente a los hechos precisó que unos son ciertos y otros no le constan.

Se refirió a la naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al régimen prestacional aplicable a los docentes afiliados al mismo, destacando la ley 91 de 1989 y su Decreto Reglamentario 2831 de 2005.

Propuso las excepciones que denominó “Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional”; “Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo

o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado”; “caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”; “prescripción”; “Régimen prestacional especial e inaplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al régimen docente”; “Detrimento patrimonial al Estado”; “cobro de lo no debido”; “buena fe”; y “genérica”. (fls. 131 a 154, C. 1)

3.2. Departamento de Caldas.

Al contestar la demanda manifestó su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante, aceptó algunos hechos y otros los negó o adujo no constarles.

Considera aplicable al caso el Decreto 2831 de 2005, mediante el cual se establecieron las reglas para el reconocimiento de las prestaciones al personal docente afiliado al FNPSM.

Plateó las excepciones de “falta de legitimación en la causa por pasiva”; “buena fe”; “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”; e “inaplicabilidad de la sanción moratoria”. (fls. 163 a 176, C. 1)

4. Audiencia Inicial.

Mediante auto del 25 de septiembre de 2020 se prescindió de la audiencia inicial de conformidad con el artículo 13 del Decreto 806 de 2020. (fl. 187, C. 1)

5. Alegatos de Conclusión.

5.1. Parte demandante: guardó silencio.

5.2. Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM: Insistió en que, de conformidad con las normas aplicables, no se genera sanción moratoria por el pago de las diferencias que surjan del ajuste a la liquidación de las cesantías. Al respecto se sirve citar una sentencia del Consejo de Estado, proferida el 12 de abril de 2018, con Ponencia del Consejero Francisco Suárez, expediente No. 2017-15. Concluye que las pretensiones de la parte demandante deben ser negadas. (fls. 192-193, C. 1)

5.3. Departamento de Caldas: Se refiere en primer lugar a la competencia del FNPSM en materia del pago de las prestaciones sociales del magisterio. De otro lado itera que la Ley 1071 de 2006 no derogó el procedimiento establecido en el Decreto 2831 de 2005, motivo por el cual es esta última norma la que se aplica en estos casos. (fl. 207, C. 1)

II. Consideraciones de la Sala

1. Cuestión previa.

Resulta importante indicar que, en asuntos similares al aquí estudiado, existen pronunciamientos por parte de este Tribunal Administrativo – Sala Oral, en sentencias de primera instancia proferidas en audiencia simultánea llevada a cabo el día 07 de marzo de 2013¹, relacionadas con el pago tardío de las cesantías y se llegó a las siguientes conclusiones, las cuales se tendrán como precedente para el análisis del caso sub-examine:

- 1) Es aplicable por identidad o analogía la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia de Jesús María Lemus², y por tanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe y puede conocer de la presente controversia, a la luz del artículo 104 del CPACA, y en sede de juicio ordinario declarativo, medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA.
- 2) La Ley 1071 de 2006 es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes, y por tanto, se debe acatar el mandato legal allí contenido, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.
- 3) Acorde con lo indicado en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, “(...) *el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas (...)*”. Claro está, previo descuento de un total de 65³ días hábiles, transcurridos los cuales, se causará la sanción moratoria.

2. Problemas Jurídicos:

Teniendo claridad en lo expuesto anteriormente, compete a la Sala despejar los siguientes interrogantes:

¹Sala Oral del Tribunal Administrativo de Caldas. Ponente: William Hernández Gómez. Radicados 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00 demandado Nación-Ministerio de Educación – FNPSM – Ver también la sentencia del veintiséis (26) de agosto de 2015 M.P. William Hernández Gómez Rad: 2015-189.

²Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruiz. Demandado: Municipio de Cali.

³ O de 70 días si la solicitud fue presentada en vigencia del C.P.A.C.A., pues en estos casos el término de ejecutoria de la Resolución de reconocimiento es de 10 días.

¿Es procedente efectuar el reconocimiento de la sanción por mora consagrada en la Ley 1071 de 2006 como consecuencia del ajuste o reliquidación de cesantías inicialmente reconocidas por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?

¿En caso de ser procedente dicho reconocimiento, cuál es la fecha a partir de la cual se produce su causación y hasta qué fecha se causó?

¿Se configuró la prescripción?

Sea lo primero indicar que el pago de las cesantías así como el reajuste de las mismas cuando hay lugar a ello, corresponde a la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM por las siguientes razones:

a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.

c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política⁴.

d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁵, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada

⁴“**Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”.
Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

“[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...]”.

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías reconocidas a los docentes.

3. Términos para el reconocimiento y pago de las cesantías.

En torno al reconocimiento y pago de las cesantías al personal docente afiliado al FNPSM, advierte este Tribunal lo siguiente:

- La Ley 91 de 1989 regula con máxima claridad que las prestaciones sociales del magisterio son de cargo de la Nación, y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- El numeral 5 del artículo 2º y el artículo 5º de la Ley 91 de 1989 disponen lo siguiente:

*“**Artículo 2º.-** De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*

[...]

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.”

*“**Artículo 5º.-** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado...”

- Según el artículo 4º de la Ley 1071, la entidad a cargo tendrá un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, si el solicitante reúne todos los requisitos determinados en la ley. Al respecto se resalta:

*“... **Artículo 4º. Términos.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo...”. (Subrayado fuera de texto).

- Así mismo, el artículo 5º de la ley 1071 de 2006 regula que para efectuar el pago, la entidad tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena. Dice la norma:

*“**Artículo 5º. Mora en el pago.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro...”*

- La Ley 1071 de 2006 es una típica regla o norma jurídica de acción⁶, y por tanto está destinada a evitar la ponderación por parte de la administración, porque son concluyentes y perentorios los términos allí establecidos, cuando se dan las condiciones de aplicación, en este caso, del reconocimiento y pago oportuno de las cesantías. Por ello los órganos jurisdiccionales deben dar aplicación a la norma jurídica, en razón de su fuente y mandato incuestionable⁷.
- En la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, citada como precedente para este asunto, se precisó: “[...] En este sentido cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y

⁶ Las normas antes citadas están compuestas por enunciados que caracterizan las normas deónticas o regulativas, esto es, mandar, permitir, prohibir, o castigar (art. 4º L. 57 de 1887). Kelsen destacaba que la auténtica norma tiene consecuencias jurídicas, y a ello llamó la norma jurídica completa⁶. Por su parte Dworkin resaltó que las reglas de derecho, contrario a los principios, son mandatos de carácter binario, esto es, que se cumplen o no se cumplen; y Manuel Atienza sostiene que “[...] Las reglas de acción permiten simplificar el proceso de decisión de quien debe comportarse de acuerdo con ellas (el de quien debe cumplirlas o controlar su cumplimiento): lo único que debe hacer es comprobar si se han dado o no determinadas condiciones para hacer o dejar de hacer una determinada acción, desentendiéndose de las consecuencias, esto es, del proceso causal que va a desencadenar su comportamiento [...]”⁶.

⁷ *Ibidem.* Atienza. pp.32, 35.

expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores [...]”⁸.

La anterior afirmación también se predica de la Ley 1071 de 2006⁹ (arts. 4, 5 y 6).

- En la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 244 de 1995, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se precisó que la finalidad de la norma es la de lograr el pago puntual de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, que eviten que éste reciba una suma devaluada.

“[...] Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que ‘...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...’, ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias.

No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites [...]”¹⁰.

- El reconocimiento y pago oportuno, de que trata el artículo 6º de la ley 1071 de 2006, no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse, porque la teleología de la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas).

No se puede olvidar que las cesantías son ahorros del servidor público, que está administrando el Estado - patrono, para entregar al servidor en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera definitiva, o bien en los eventos contemplados en la ley, que autoriza el anticipo parcial de las mismas, por vivienda o educación, básicamente. En consecuencia, advierte este Tribunal que la Ley 1071 de 2006 es una regla de acción, con mandatos perentorios de términos dentro de los cuales debe reconocerse y pagarse las cesantías, los cuales deben cumplirse, so pena de la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5º ibídem¹¹.

⁸ Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

⁹ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”

¹⁰ Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1.

¹¹ “[...] PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo

3.1. Precedente jurisprudencial aplicable.

En sentencia de unificación de fecha 18 de julio de 2018¹² el Consejo de Estado, definió las siguientes reglas jurisprudenciales para dar solución a los problemas jurídicos relacionados con el reconocimiento de sanción por mora en el sector docente:

*“3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.*

*3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹³ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

*195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.*

*3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.*

*3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.” (Resaltado original)*

Mediante sentencia de unificación, el Consejo de Estado se ha encargado de precisar el modo

hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este. [...]”

¹² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

¹³ Artículos 68 y 69 CPACA.

en que han de computarse los términos en cada sub etapa, a efectos de establecer el momento a partir del cual se genera la mora por parte de la Administración.

Como puede verse, el reconocimiento de las cesantías comprende varias sub etapas a saber: expedición del acto administrativo de reconocimiento, para lo cual la administración dispone de un término de 15 días; notificación de dicho acto administrativo, dentro del término que corresponda según se trate de notificación personal, por aviso o por medios electrónicos; ejecutoria del acto administrativo que será de 5 días si la petición de cesantías se hizo en vigencia del C.C.A., o de 10 días si lo propio de hizo en vigencia del CPACA; Si se interponen recursos en vía gubernativa, la administración cuenta con un término de 15 días para resolverlos; finalmente, ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento, comienza a correr el término de 45 días para el pago efectivo de la cesantía, sea esta parcial o definitiva.

4. Caso concreto.

En el caso concreto se tiene acreditado:

Mediante la Resolución No. 6652-6 del 10 de julio de 2015 se reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas a la señora María Ensueño Flórez Zuluaga, liquidada con base en los siguientes factores: sueldo mensual, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de alimentación. (fls.34, C. 1)

Mediante derecho de petición del 8 de agosto de 2017 la demandante solicitó el ajuste del valor de las cesantías definitivas incluyendo los factores de prima de servicios y de bonificación por servicios prestados, así como el reconocimiento y pago de la sanción mora hasta que fuera realizado el pago del ajuste (fls. 36, C. 1)

A través de la Resolución No. 7817-6 del 12 de octubre de 2017 se accedió al ajuste de la cesantía definitiva incluyendo como base de liquidación la prima de servicios y la bonificación. En el ordinal quinto de la referida resolución se negó la sanción moratoria (fls.36-37)

A juicio de esta Sala de Decisión, la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción mora derivada de la reliquidación de las cesantías definitivas porque la mora no se causa por el reajuste de la prestación sino por el retardo en el reconocimiento y pago de la misma. En efecto, el hecho que el monto inicialmente reconocido deba ser recalculado y ello arroje un mayor valor final que a la postre reconoce la entidad, no es generador de sanción mora, se itera, esta se causa por el retraso en el reconocimiento y pago de la

prestación inicial. Es decir, la sanción castiga la demora en el pago pero no el error en la liquidación, como en reciente providencia explicó el Consejo de Estado¹⁴:

“Establecido ello, tampoco se encuentra de recibo el argumento según el cual hubo un pago incompleto de la prestación social y por tanto, procede el reconocimiento de la penalidad pretendida, pues la jurisprudencia de esta Corporación¹⁵ ha sido clara en señalar que una indebida liquidación de las cesantías anualizadas, como lo pretende hacer ver la parte demandante, en tanto no fue incluido dentro del periodo 2009 a 2012 el factor bonificación por servicios prestados, no conlleva a condenar al pago de la sanción moratoria, pues de conformidad con la Ley 50 de 1990¹⁶, aquella se causa únicamente el evento en que el empleador incumpla la obligación de efectuar el aporte correspondiente al valor liquidado por la anualidad o la fracción correspondiente, antes del 15 de febrero de cada vigencia fiscal; situación que no se encuentra acreditada en el sub júdice si se tiene en cuenta que el actor pretende su reconocimiento a partir de una reliquidación de la prerrogativa por las anualidades de 2009 a 2012.

21. En otras palabras una indebida liquidación de las cesantías por un pago que en sentir del actor es incompleto, no implica que el empleador haya incurrido en el supuesto de la norma que lo apremia con una sanción al no haber cancelado dentro de la oportunidad legal las cesantías anualizadas, pues una cosa es efectuar liquidación y cancelación de acuerdo a las directrices tomadas por la entidad demandada en su momento y otra es reconocer fuera del plazo determinado la prestación aludida”.

Y en oportunidad anterior había explicado¹⁷:

“Al respecto, esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de dicha prestación, en los siguientes términos:

*“En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación¹⁸; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, **se causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma trascrita.**”¹⁹ (Resaltado fuera de texto).*

¹⁴ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 20 de septiembre de 2019, Rad. 08001-23-33-000-2016-01120-01.

¹⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, sentencia de 8 de septiembre de 2017, Rad. 2014-00355-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁶ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

¹⁷ SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, M.P CÉSAR PALOMINO CORTÉS, 4 de octubre de 2018, Radicado: 080012333000201400420 01.

¹⁸ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-

Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“(…) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

(…)

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley²⁰. (Subrayado fuera de texto).

Corolario con lo expuesto, la Sala concluye que el pago inoportuno de la diferencia originada en el reajuste salarial del que fuera objeto la demandante, que evidentemente incide en la liquidación de las cesantías reconocidas en un primer momento, no configura el derecho a la sanción moratoria pretendida en la demanda, pues ello no implica que la prestación se hubiese pagado en forma inoportuna, como tampoco se enmarca dentro de los presupuestos que la norma regula. Además, por tratarse de una sanción, que hace parte del derecho sancionatorio, en donde deben ser expresamente previstas en la ley, no se puede extender, o aplicar la analogía, a supuestos de hecho, o de derecho, diferentes a las que la norma prevé expresamente.”

Los anteriores razonamientos imponen negar las pretensiones de la demanda puesto que la parte actora pretende derivar la sanción mora por el solo hecho del reajuste de las cesantías.

5. Costas y Agencias en Derecho

No se condena en costas a la parte demandante, dado el viraje en el precedente vertical y horizontal sobre la materia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

²⁰ Cita propia del texto transcrito: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

III. Falla

Primero: Se declara probada la excepción de “cobro de lo no debido” propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM; y “falta de legitimación en la causa por pasiva”; “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”; e “inaplicabilidad de la sanción moratoria” propuestas por el departamento de Caldas.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante por lo considerado.

Tercero: Sin condena en costas en esta instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 066

Manizales, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001 33 33 006 2018 00372 02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Andrés Ramírez Bustos y otros
Demandados: Nación - Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia mediante la cual se denegaron sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare administrativa y patrimonialmente responsable a las demandadas por los perjuicios ocasionados al señor Andrés Ramírez Bustos -en adelante ARB- y a su núcleo familiar¹, a raíz de la privación injusta de la libertad que soportó entre el 14 de junio de 2016 al 17 de agosto de 2016. Que por lo anterior, se ordene a las demandadas pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir el daño material (lucro cesante²), los perjuicios morales y el daño a la vida de relación³ que se les causaron.

1.2. Hechos

Se indica en síntesis que, el 15 de junio de 2016, el señor ARB fue capturado y cobijado con medida de aseguramiento privativa de la libertad en el lugar de su residencia, por el delito de *receptación* adelantado ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada. Que el 16 de agosto de 2016, fue solicitada la libertad del señor ARB, petición que fue aceptada, siendo revocada la medida de aseguramiento impuesta y ordenándose la libertad a partir del 17 de agosto de 2017.

Que los días 3 de noviembre de 2016 y 23 de febrero de 2017, se llevaron a cabo audiencias

¹ Mercedes Bustos Torres (madre), Leidy Paola Bustos (hermana), Daniel Alejandro Villada Bustos (sobrino), Edward Jhonny Villada Castaño (amigo), Aníbal Muñoz Valencia (Afinidad civil), Santiago Bohorquez Pereañez (amigo).

² Tasados en el escrito de demanda en cuantía de \$8.335.891

³ Tasado en 17.5 smmlv.

ante el Juzgado Penal del Circuito de La Dorada, diligencias dentro de las cuales se determinó la preclusión de la investigación frente al señor ARB, toda vez que no fue posible desvirtuar su presunción de inocencia.

2. Contestación de la demanda

2.1. Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante para lo cual afirmó que, los presupuestos fácticos de la demanda no llevan a atribuir responsabilidad a la entidad demandada. Propuso las excepciones:

.- Falta de configuración de los elementos que estructuran responsabilidad extracontractual del Estado, señala que la Judicatura tenía el deber legal de adelantar la citada investigación de carácter penal en atención a la gravedad de los hechos relacionados y donde se viera involucrado un joven en los delitos de receptación.

.- Falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que fue la Fiscalía General de la Nación la que en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 250 de la CP, ordenó la captura del demandante y aportó los elementos que llevaron al Juez de control de Garantías al convencimiento de su participación en el punible.

.- Existencia de una excepción frente a la responsabilidad objetiva del estado en cabeza de la Nación – Rama Judicial, pues no solo la detención era una carga que los demandantes se encontraban en el deber jurídico de soportar por lo considerado en precedencia, sino que además la falencia en el despliegue probatorio y acusación por parte del ente investigador exonera de responsabilidad a la Nación - Rama Judicial, de conformidad con lo señalado en la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado (agosto 10 de 2015).

.- Hecho de un tercero, si bien existió preclusión, evidentemente la captura, además de los hechos que rodearon la conducta del indiciado, hoy demandante, conllevaron a su detención como quiera que había una situación de flagrancia, toda vez que fue la policía la que capturó al hoy actor con los celulares, además de existir una orden allanamiento y registro según fuente humana que manifestó que en el almacén del hoy demandante se vendían celulares robados.

.- Culpa exclusiva de la víctima, el único responsable fue el actor quien portaba celulares robados, de acuerdo al informe ejecutivo. Si bien existió absolucón, evidentemente la captura, además de los hechos que rodearon la conducta del indiciado, conllevaron a su detención como quiera que había una captura con incautación de celulares robados.

.- Cumplimiento de un deber legal, por las situaciones advertidas, al evidenciarse precariamente, como lo hace el juez de control de garantías se vio viable la remisión a detención domiciliaria por el grave delito de receptación.

2.2. Fiscalía General de la Nación

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, toda vez que su actuación se adelantó de conformidad con la Constitución, la Ley y las normas procedimentales, por lo que no se puede predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, no hubo error y ni privación injusta de la libertad, lo que se fundamenta en transcripciones de las pruebas obrantes en el expediente penal y en normas penales y constitucionales relativas a las competencias y funciones del ente acusador. Propuso las excepciones tituladas:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva: aduciendo que de conformidad con lo previsto en el actual sistema penal acusatorio, Ley 906 del 2004, la Fiscalía es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles, más no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo el Juez quien determine la legalidad de dichas medidas.

- Culpa exclusiva de la víctima: asegurando el comportamiento inadecuado del señor demandante, fue el que dio lugar a la judicialización, pues en el establecimiento comercial, según el acta de la diligencia de allanamiento le fueron incautados celulares que estaban reportados como robados en el sistema SIOPER de la Policía Nacional.

- Inexistencia de nexa causal, no se configura causalidad entre la actuación de la Fiscalía General de la Nación y el presunto e improbadado daño aducido a la parte actora.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas y **denegó las pretensiones** de la parte demandante.

Para dar base a la decisión, realizó un análisis fáctico y jurisprudencial del caso, para luego afirmar que, no se probó la falla en el servicio, pues las entidades demandadas cumplieron con los requisitos que para el efecto les exigía el Código de Procedimiento Penal al momento de ordenar la medida de aseguramiento. Tampoco se evidenció, un ejercicio arbitrario del poder por parte de las entidades demandadas que permitieran inferir una actuación irregular dentro de la investigación realizada.

Señaló que, ninguna de las providencias producidas en el proceso penal que se adelantó contra el señor Ramírez Castro y que fueron aportadas al proceso adolece de error alguno; por lo mismo, es claro que no se materializó un daño antijurídico que resulte indemnizable.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello refirió que, en el fallo se cometió un error en la apreciación probatoria, porque el proceso penal adelantado contra ARB fue archivado por atipicidad de la conducta, razón por la cual fue solicitada la preclusión por la Fiscalía. Lo anterior para afirmar que, es aplicable el régimen de responsabilidad objetiva, porque fue demostrada la inexistencia del hecho investigado y la atipicidad.

Que el demandante no tiene la culpa de que alguien lo denuncie falsamente y de que esto sirva de sustento para un allanamiento que terminó con un proceso penal donde no se podía probar desde un comienzo que estuviera guardando cosas robadas o traficando con ellas.

Por lo anterior concluye que, se encuentran estructurados los elementos para declarar la responsabilidad patrimonial de los demandados.

III. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación propuestos por la parte demandante, se estima necesario resolver: *¿Se encuentran probados los elementos que dan lugar a la responsabilidad administrativa y patrimonial en cabeza de las entidades demandadas, por la privación de la libertad soportada por el señor Andrés Ramírez Bustos con ocasión del proceso penal adelantado en su contra?*

2. Tesis del Tribunal

No se encuentran reunidos los elementos para atribuir responsabilidad patrimonial a las demandadas toda vez que, el daño sufrido por el señor Andrés Ramírez Bustos, consistente en la afectación a su derecho a la libertad personal, no es antijurídico pues, la detención emergió como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado, que propende por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los presuntos autores de las mismas. Por lo tanto, la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada.

Para fundamentar lo anterior, a continuación se hará mención a: i) los elementos de la responsabilidad; ii) lo probado en el proceso y iii) caso concreto.

3. Elementos de la Responsabilidad

3.1. El daño

Es considerado el elemento principal sobre el cual gira la responsabilidad civil, pues su fundamento es la reparación de aquel y el límite a la reparación es el mismo daño, pues no se puede reparar ni más ni menos de su real entidad- *Principio de Reparación Integral*.

El daño a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico; ii) que se lesione un derecho, bien, o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura⁴.

⁴ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 29 de febrero de 2012; Exp. 21536.

3.2. Antijuridicidad e imputación

Establecida la existencia del daño es necesario verificar si este tiene el carácter de antijurídico, esto es, aquél que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, pues no existe causa que justifique la producción del mismo, razón por la cual deviene en una lesión patrimonial injusta.

En relación con los casos de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha sostenido que se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental pues, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos. Sobre el particular, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-037 de 1996⁵, al analizar la constitucionalidad de, entre otros, el artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, señaló:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término ‘injustamente’ se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención” (subrayas fuera de texto).

De conformidad con lo expuesto, el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida restrictiva de la libertad, ponderando los intereses y derechos comprometidos, de ahí que se deba determinar en cada caso si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido y si su prolongación estuvo justificada.

En adición a lo anterior, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado⁶, en concordancia con la sentencia SU-072 de 2018⁷, ha sostenido que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; y en consecuencia, en cada caso será el juez el que deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada.

⁵ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: José Roberto Sáchica Méndez. Sentencia del 19 de febrero de 2021. Rad.: 50001-23-31-000-2010-00004-01(50545)

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

En ese sentido, la Corte Constitucional en la referida la sentencia SU-072 de 2018, indicó:

“105. Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica- es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.

“(…)

“106. Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma”.

(…)

109. Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial-- del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio iura novit curia, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante” (subrayas fuera de texto).

Así las cosas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal y posteriormente, se precluya la investigación o se revoque la medida de aseguramiento por prueba sobreviniente, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración. No por otra razón, la Corte Constitucional afirmó en el pronunciamiento antes indicado, lo siguiente:

“Determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia –aplicación del principio in dubio pro reo-, o incluso en otros eventos, por ejemplo, cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva, el Estado debe ser condenado de manera automática, esto es, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo que determine si la decisión a través de la cual se restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede un precedente constitucional con efecto erga omnes, concretamente la sentencia C-037 de 1996.

“Ahora bien, a pesar del criterio aplicado por el juez penal, el juez administrativo deberá establecer si está frente a un caso de duda acerca del valor demostrativo de la prueba recaudada o de su absoluta inexistencia y, en tal caso, elegir, si a ello hubiere lugar, un título de atribución objetiva. Esa libertad judicial también se extiende a la nominación de las causales de privación injusta, dado que estas no se agotan en el derogado artículo 414 del Código de Procedimiento

Penal, en tanto responden a cierto estado de cosas, independientemente de estar o no normados”.

Soportado en las anteriores premisas, la privación de la libertad, bien en cumplimiento de una orden de captura o de una medida de aseguramiento de detención preventiva, como medida coercitiva para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la efectividad de la pena, o impedir que se transgredan otros bienes jurídicos tutelados, no quebranta el derecho a la libertad de protección constitucional (*artículo 28*) y convencional (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – *artículo 12* – y Convención Americana de Derechos Humanos – *artículo 22* –), siempre que las autoridades civiles y judiciales acaten de manera estricta los términos y condiciones que la ley prevé para la procedencia y materialización de esa medida.

Así pues, desde la óptica de la responsabilidad del Estado, solo será objeto de reproche y reparación la falla derivada del incumplimiento o de la omisión de las autoridades respecto de los presupuestos legales necesarios para imponerla, evento en el cual la privación de la libertad se tornará en arbitraria; o la falta de acatamiento de los términos legales que deben correr una vez se materializa la captura, caso en el cual se configura una prolongación indebida de la privación de la libertad.

Al respecto, el Consejo de Estado⁸ en sentencia del 19 de febrero de 2021, precisó:

*De manera que, si se limita la libertad de un ciudadano en cumplimiento de una orden de captura debidamente dispuesta o dentro de los eventos de la flagrancia y en acatamiento de los términos legales previstos para tal fin, **la detención emerge como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado**, que propende por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los presuntos autores de las mismas.*

Por tanto, y a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo⁹.

Cabe resaltar además que, en la sentencia de tutela del Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección B¹⁰ citada por la parte apelante y que dejó sin efectos a la sentencia de unificación proferida el 18 de agosto de 2018 por el Consejo de Estado Sección Tercera¹¹, concluyó:

“44.- La Sala amparará el derecho al debido proceso, particularmente en lo referente a la presunción de inocencia, dejará sin efectos la sentencia de 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (exp. 46947) y dispondrá que en la sentencia de

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: José Roberto SÁCHICA Méndez. Sentencia del 19 de febrero de 2021. Rad.: 50001-23-31-000-2010-00004-01(50545)

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera. sentencia del 24 de mayo de 2017, expediente 41.533,

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, Radicado: 11001-03-15-000-2019-00169-01

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicado No. 660001233100020100023501 (46947). C.P. Carlos Alberto Zambrano

reemplazo se valore la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia; y por las razones explicadas al determinar el problema jurídico, se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia respecto de la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado”.

4. Lo probado en el proceso

➤ En el “Formato informe ejecutivo” del 20 de mayo de 2016, radicado del caso 173806106939201680336, suscrito por los patrulleros Johan Sebastián Betancur Ceballos y Carlos Andrés Arango Vásquez, se indicó lo siguiente:

“En el centro comercial Dorada plaza, ubicado en la Carrara 4 calle 15 esquina Centro comercial de razón social “DORADA PLAZA” del municipio de La Dorada (Caldas), se está incurriendo en el delito de Receptación (Art 269 C.P), en los establecimientos de razón social TECNIMAX, local N° 101-04A administrado por el señor Manuel Adolfo Guzmán Álvarez, cedula de ciudadanía 10.1 -89.170 de -la Dorada y en el local comercial de razón social NORTE STAR, ubicado en el local No. 108-4, administrado por el señor Andrés Ramírez Bustos, cedula de ciudadanía 93.238.509 de Puerto Salgar. En los locales anteriormente relacionados se están comprando equipos celulares que momentos antes fueron hurtados a diferentes personas, incurriendo por parte de estas personas en el delito de Receptación (...)

Se corrobora la información de la fuente ubicando estos lugares antes mencionados en los cuales al realizar diligencia de labores de vecindario a comerciantes en este centro comercial manifiestan que efectivamente en estos establecimientos comerciales se dedican a la compra de celulares hurtados y a la venta de los mismos”.¹²

➤ De acuerdo con el Informe Ejecutivo FPJ de la Policía Judicial, el 14 de junio de 2016¹³, se llevó a cabo diligencia de allanamiento y registro a los establecimientos comerciales “TECNIMAX” y “NORTE STAR”, en centro comercial del municipio de la Dorada.

➤ El 15 de junio de 2016 el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada¹⁴, legalizó entre otros, la captura del señor ARB, a quien le fue imputado el delito receptación establecido en el artículo 447 del Código Penal, diligencia en la cual fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad en su domicilio.

➤ El 16 de agosto de 2016 el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada¹⁵, ordenó la libertad de ARB, manifestando que:

“El Despacho indica que como existe una denuncia en contra de estos señores por el delito de receptación de unos equipos celulares pero se demostró que estos celulares fueron comprados por unos recicladores para repuesto de los que reparan y se allegaron unos recibos de pago de los propietarios de los mismos por la reparación, solamente quedaron con dos denuncias, uno por hurto y otra por pérdida del celular, por lo que la Fiscalía solicita la revocatoria de la medida

¹² Pág. 3-7 archivo digital “003.Anexo 1 – Prueba”

¹³ Pág. 42-49 archivo digital “003.Anexo 1 – Prueba”

¹⁴ Pág. 13-18 archivo digital “005.Anexo 3 – Prueba”

¹⁵ Pág. 12-14 archivo digital “007.Anexo 5 – Prueba”

y la defensa la coadyuva por lo que escuchados y analizados los argumentos de las partes la juez revoca la medida de aseguramiento, ya que cambiaron las circunstancias por las que inicialmente se había expedido la boleta de detención preventiva y ordena la libertad inmediata (...)" (sic)

5. Análisis sustancial del caso concreto

A continuación se analizará si: i) se encuentra acreditada la existencia de un daño; ii) si este es o no antijurídico; en caso afirmativo se establecerá iii) si es o no imputable a las entidades demandadas.

5.1. En cuanto al daño

El daño alegado por los demandantes se concretó en la privación de la libertad del señor ARB, desde el 14 de junio hasta el 16 de agosto de 2016 en virtud de la captura en flagrancia y la medida de aseguramiento de detención preventiva domiciliaria impuesta.

Al respecto, la Sala encuentra demostrada la captura y la imposición de la medida de aseguramiento en el Informe Ejecutivo FPJ de la Policía Judicial, del 14 de junio de 2016¹⁶, y el Acta del 15 de junio de 2016 en la que el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada¹⁷ impuso la medida de aseguramiento. Así mismo se encuentra acreditado que, el 16 de agosto de 2016 el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada, ordenó la libertad y el Juzgado de Conocimiento, el 23 de febrero de 2017, aceptó la solicitud de preclusión de la investigación realizada por la Fiscalía, *por inexistencia del hecho investigado (...)"¹⁸.*

5.2. En cuanto a la antijuridicidad del daño

La parte demandante en su escrito de apelación señaló que, en el fallo de primera instancia se cometió un error en la apreciación probatoria, porque el proceso penal fue archivado por atipicidad de la conducta, y que el demandante no tiene la culpa de que alguien lo denuncie falsamente y de que esto sirva de sustento para un allanamiento que terminó con un proceso penal donde no se podía probar desde un comienzo que estuviera guardando cosas robadas o traficando con ellas.

Al respecto, como se refirió en el acápite anterior, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁹, en concordancia con la sentencia SU-072 de 2018²⁰ de la Corte Constitucional, ha sostenido que, cuando el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica *"si bien es posible predicar que en estos casos la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos"* precisó además que, ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución

¹⁶ Pág. 42-49 archivo digital "003.Anexo 1 – Prueba"

¹⁷ Pág. 13-18 archivo digital "005.Anexo 3 – Prueba"

¹⁸ Pág. 41 archivos digitales "007.Anexo5-Prueba"

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: José Roberto SÁCHICA Méndez. Sentencia del 19 de febrero de 2021. Rad.: 50001-23-31-000-2010-00004-01(50545)

²⁰ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; y en consecuencia, en todo caso, será el juez el que deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue *apropiada, razonable y/o proporcionada*. Solo si se determina que la medida restrictiva resultó injusta se genera un daño antijurídico.

En este orden de ideas, el análisis de responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación y la Nación - Rama Judicial se debe desplegar a partir de la revisión de las atribuciones constitucionales y legales que tiene en el marco del *ius puniendi* del Estado y en el desarrollo del procedimiento penal reglado en la Ley 906 de 2004²¹, código oponible a los hechos de la presente acción, frente a la imposición de la privación de la libertad, con el fin de determinar si el daño es antijurídico y si las entidades demandadas incurrieron en conductas constitutivas de reproche o afectación ilegítima del derecho a la libertad.

Por lo tanto, para establecer si la privación de la libertad fue *apropiada, razonable y/o proporcionada*, a continuación se analizará el marco normativo y aplicación en el caso concreto de: i) la captura y ii) la imposición de medidas de aseguramiento y iii) la duración de la privación de la libertad.

5.2.1. Sobre la captura

Como punto de partida se precisa que, la Fiscalía General de la Nación, *“está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”* (Artículo 250, Superior).

El artículo 297 de la Ley 906 de 2004 señaló que, *“Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, de acuerdo con el artículo 221, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga, según petición hecha por el respectivo fiscal”*. En su párrafo precisó que, salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este código, *“el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías”*.

En el caso concreto se tiene que, según informe ejecutivo del policía judicial, de 20 de mayo de 2016 una fuente humana no formal, indicó a la Policía Judicial que, en el local administrado por el aquí demandante *“se están comprando equipos celulares que momentos antes fueron hurtados a diferentes personas, incurriendo por parte de estas personas en el delito de Receptación”*; en el informe se describen las labores investigativas realizada tendiente a identificar los locales comerciales y a la identificación plena del señor Andrés Bustos Ramirez.

²¹ Artículo 533 Ley 906 de 2004. Derogatoria y vigencia. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.

Con fundamento en lo anterior, la Fiscalía General de la Nación el 14 de junio de 2016 ordenó a la Sijin Dorada el allanamiento y registro al inmueble ubicado en la Cra 4 con calle 15 esquina, en el municipio de La Dorada, concretamente en el centro comercial “Dorada Plaza” local llamado “Norte Star”, administrado por ARB²².

En dicho allanamiento, realizado el 14 de junio de 2016 se consignó:

*“(...) se halla un (01) celular marca BlackBerry, color negro, (...) el cual es fijado como EVIDENCIA No. 01 (...) ya que al ser verificado este equipo terminal móvil con su número de identificación (IMEI) en el sistema operativo (SIOPER) de la Policía Nacional, registran un **REPORTE POSITIVO POR HURTO...***

*Afin de dar cumplimiento al allanamiento y registrar en su totalidad el local comercial, se encuentran muchos más equipos celulares regados por toda la mesa y en diferentes partes de la vitrina o mostrador y cajones, los cuales son verificados en el sistema (SIOPER), y también registran **REPORTES POSITIVO POR HURTO**, para un total de **17 equipos** de telefonía móvil celular de diferentes marcas y colores que figuran reportados”.²³*

Por lo anterior, en dicha diligencia, el señor ARB fue capturado en flagrancia.

De lo anterior la Sala encuentra que, la captura se ajustó a los postulados y directrices señalados en el artículo 297 de la Ley 906 de 2004, pues fue realizada al presentarse una situación de flagrancia, ya que al momento de realizar el allanamiento se encontraron varios celulares con reporte positivo de hurto; por lo que aunado a la información recaudada por la Policía Judicial, existían “*motivos razonablemente fundados*” para inferir que el ahora demandante, posiblemente estaba comprando equipos celulares que momentos antes fueron hurtados, conducta que configura el delito de receptación.

Se destaca que, en este estadio inicial de la investigación penal, la ley no exige para disponer la captura, la existencia de una certeza de la responsabilidad penal, solamente exige que se encuentren “*motivos razonablemente fundados*” de la autoría o participación en el delito. Además, la parte demandante no alega, ni la Sala encuentra que, para ese momento la Fiscalía conociera de otros elementos probatorios que pudieran desvirtuar esos motivos razonables que permitían inferir que ARB era autor o partícipe del delito que se investigaba.

De manera que, si se limita la libertad de un ciudadano dentro de los eventos de la flagrancia y en acatamiento de los términos legales previstos para tal fin, la detención emerge como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado, que propende por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los presuntos autores de las mismas.

Por tanto, a pesar de la existencia del daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico, pues la captura cumplió los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad y en consecuencia, no surge para el Estado el deber

²² Pág. 34-37 archivo digital “003.Anexo1-Prueba”

²³ Pág. 42-49 archivo digital “003.Anexo 1 – Prueba”

jurídico de repararlo²⁴.

5.2.2. Sobre la medida de aseguramiento

El artículo 306 *ibidem* dispuso que, el ente investigador solicitará al juez de control de garantías su imposición con indicación de *“la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia”*.

A su vez, el artículo 308 de la referida normativa estableció que, el juez de control de garantías decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla con alguno de los siguientes requisitos:

1. *Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
2. *Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*
3. *Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.*

El artículo 313 *ibidem* indicó que, satisfechos los requisitos del artículo 308, la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario procederá en los siguientes casos:

1. *En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.*
2. *En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.*
3. *En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

En ese orden de ideas, la medida de aseguramiento de detención preventiva no equivale a sentencia condenatoria y los requisitos establecidos por la Ley Penal para su procedencia difieren en uno y otro caso, pues en la primera sólo se requiere un convencimiento de probabilidad de la responsabilidad del imputado en el hecho punible investigado, mientras que para emitir fallo condenatorio, es necesario que exista certeza la responsabilidad penal endilgada, situación que en momento alguno vuelve injusta la detención preventiva adoptada.

En el caso concreto, continuando con el análisis del desarrollo del proceso penal, se tiene que, 14 de junio de 2016 se materializó la captura de ARB, por lo que la Fiscalía solicitó la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, teniendo en cuenta la calidad y la modalidad de la conducta punible investigada. En audiencia del 15 de junio de 2016, el Juez de Control de Garantías impartió legalización de la captura, se formuló imputación y se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva domiciliaria.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de mayo de 2017, expediente 41.533, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Ahora, toda vez que el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de *legalidad, razonabilidad y proporcionalidad*, se torna imperiosa la ponderación de las circunstancias que rodearon la imposición de la medida de aseguramiento, a efectos de establecer si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido.

Al respecto la Sala considera que, la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del aquí demandante, fue dictada conforme a los parámetros previstos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, dado que, la Fiscalía en la solicitud de medida de aseguramiento indicó y fundamentó que, se presentaban las causales señaladas en el numeral 2 artículo 308, ya que *el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad y de las víctimas* y el Juez de Control de Garantías al momento de imponer la medida de aseguramiento consideró que, era el medio más adecuado dado no sólo la gravedad, sino la modalidad de la conducta, ya que el hurto de estos equipos celulares es pluriofensivo pues no sólo atenta contra el patrimonio de las víctimas sino que a su integridad física y además porque a futuro representan peligro para la comunidad.

Se resalta que, la parte demandante no alega, ni la Sala encuentra que, para ese momento la Fiscalía conociera de otros elementos probatorios que pudieran desvirtuar esos motivos razonables que permitían inferir que ARB era autor o partícipe del delito que se investigaba y que pudieran desvirtuar las razones que sustentaban la necesidad y urgencia de la medida de aseguramiento.

Además la medida de aseguramiento fue dictada conforme al artículo 313 de la Ley 906 de 2004 dado que, el delito que se investigaba era el de *receptación*, cuya pena mínima prevista por la ley es de cuatro años²⁵.

Por tanto, a pesar de la existencia del daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico, pues la imposición de la medida de aseguramiento cumplió los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad y en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.

5.2.3. Duración de la privación de la libertad

Continuando con el análisis del desarrollo del proceso penal, se tiene que, el **10 de agosto** de 2016 la defensa del aquí demandante allegó ante la Fiscalía Segunda Seccional de La Dorada, los formatos de órdenes de trabajo que “soporta la tenencia de los equipos celulares que se relacionan en el acta de incautación”²⁶ Con fundamento en ellos, la Fiscalía en audiencia del **16 de agosto de 2016**, solicitó ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Dorada la revocatoria de la medida de aseguramiento²⁷.

²⁵ **ARTICULO 447. RECEPCIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 45 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible adquiera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en prisión de **cuatro (4) a doce (12) años** y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

²⁶ Pág. 24-41 archivo digital “005.Anexo 3 - Prueba”

²⁷ Pág. 12 archivos digitales “007.Anexo5-Prueba”

La solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento fue concedida por el Juez de control de garantía en la misma fecha, por lo que el **17 de agosto de 2016** se remitió formato de boleta de libertad a favor del aquí demandante, quien se encontraba en detención domiciliaria²⁸.

Posteriormente, el Juzgado de Conocimiento, según el “*ACTA SISTEMA ORAL NÚMERO 052*” del 23 de febrero de 2017, aceptó la solicitud de preclusión de la investigación realizada por la Fiscalía, indicando: “(...) *el Despacho el día de hoy accede a la preclusión de la investigación que por receptación se inició en su momento en contra de Manuel Adolfo Guzmán Álvarez y Andrés Ramírez Bustos, apoyándose en el artículo 332 numeral 3 por **inexistencia del hecho investigado** (...)*”²⁹.

De lo expuesto se evidencia que, al momento de imponerse la medida de aseguramiento, existían *los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia*; sin embargo, una vez la defensa del aquí demandante allegó ante la Fiscalía los documentos que soportaban la tenencia de los equipos celulares que se relacionan en el acta de incautación, la Fiscalía solicitó ante el Juez de Control de Garantías la revocatoria de la medida de aseguramiento y posteriormente la preclusión de la investigación.

De allí que, el término en que ARB estuvo privado de la libertad, en virtud de la medida de aseguramiento impuesta, no resulta ilegal, irrazonable o desproporcionado teniendo en cuenta que, existían serios indicios de la comisión del delito, además, entre la fecha en que la defensa presentó las pruebas de la tenencia de los equipos celulares que se relacionan en el acta de incautación, y al fecha en la que fueron analizados y se dispuso la revocatoria de la medida de aseguramiento, transcurrieron tan solo **seis días**.

Por tanto, a pesar de la existencia del daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico pues la duración de la privación de la libertad en virtud de la medida de aseguramiento impuesta, cumplió los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad y en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo³⁰.

Ahora, en cuanto a la conducta de la víctima directa, si bien no se evidencia una actuación dolosa o gravemente culposa, desde la óptica del derecho civil, con la cual hubiese dado lugar a la captura y a la imposición de la medida de aseguramiento, ello no es suficiente para afirmar que el daño es antijurídico, pues se reitera que, la privación de la libertad cumplió con los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, además que, cuando se impuso la medida de aseguramiento contra el ahora demandante, este no interpuso recursos; y los documentos para probar la legítima tenencia de los celulares que aparecían con reportes de hurto, no fueron presentados en el momento de la diligencia de allanamiento, sino que solo fueron aportados el 10 de agosto de 2016. Se resalta además que, la investigación penal no terminó por atipicidad de la conducta como lo señala el

²⁸ Pág. 15 archivo digital “007.Anexo 5 – Prueba”

²⁹ Pág. 41 archivos digitales “007.Anexo5-Prueba”

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de mayo de 2017, expediente 41.533, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

apelante, sino por inexistencia del hecho investigado.

La parte demandante en su escrito de apelación señaló que, en el fallo de primera instancia se cometió un error en la apreciación probatoria, porque el proceso penal fue archivado por atipicidad de la conducta, y que el demandante no tiene la culpa de que alguien lo denuncie falsamente y de que esto sirva de sustento para un allanamiento que terminó con un proceso penal donde no se podía probar desde un comienzo que estuviera guardando cosas robadas o traficando con ellas.

Al respecto, si bien en favor del ahora demandante se precluyó la investigación, lo cierto es que dicha decisión no obedeció a la existencia de una irregularidad o arbitrariedad de las autoridades judiciales que conocieron del proceso, sino que se dio al sobrevenir pruebas que demostraban la tenencia de los celulares con reportes de hurtados.

5.3. Conclusión

Por lo anterior se concluye que, el daño sufrido por ARB, consistente en la afectación a su derecho a la libertad personal, no es antijurídico pues, la detención emergió como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado, que propende por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los presuntos autores de las mismas. Por lo tanto, la privación de la libertad fue legal, razonable y/o proporcionada.

Por tanto, al no existir un daño que pueda calificarse como antijurídico, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.

Por estas razones, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la parte actora.

6. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y atendiendo a la remisión normativa señalada por el canon 306 *ibidem* en concordancia con el artículo 365 del CGP, no se condenará en costas en esta instancia ya que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

SENTENCIA:

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, el 26 de enero de 2021, dentro del medio de control de reparación directa formulado por Andrés Ramírez Bustos y otros contra la Nación - Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

Segundo: Sin condena en costas.

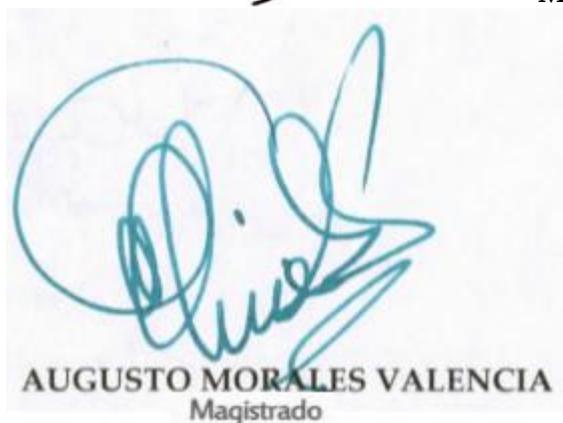
Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 17 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 067

Manizales, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-33-33-002-2018-00438-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: José Jair Salazar Barco
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad parcial de la Resolución 9053 del 01 de octubre de 2015, en cuanto le reconoció una pensión vitalicia de jubilación y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status pensional.

En consecuencia, condenar a la demandada a que le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 17 de marzo de 2015, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada indicado y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos en el último año de servicio al momento del retiro definitivo del servicio, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

Que del valor reconocido se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la resolución 9053 del 01 de octubre de 2015; que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año; que se ordene el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la demandante laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación. La base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó sólo la asignación básica omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de

servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Indicó que la liquidación de la pensión de jubilación se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, agregando que el acto administrativo que reconoció la prestación no incluyó factores que fueron certificados como devengados en el último año de servicios por parte de la entidad pagadora. Arguyó que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, los factores reclamados deben ser tenidos en cuenta y que además el acto administrativo omite la remisión del artículo 15 de la Ley 91 de 1899 al Decreto 1045 de 1978.

2. Pronunciamiento de la entidad demandada

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales no contestó la demanda.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones del demandante, para ello señaló que de conformidad con lo establecido en la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo territorial sería el anterior al de la vigencia de la mencionada norma, siendo por ello aplicable lo contenido en la Ley 91 de 1989, la cual estableció que los docentes nacionales y nacionalizados y los que se vincularan con posterioridad al 1º de enero de 1990, les sería aplicable el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, el cual es la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que acogería la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Por lo tanto señaló que, la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de factores adicionales a los ya reconocidos, al no existir prueba que indique qué sobre los factores pretendidos se hubieren efectuado cotizaciones.

4. Recurso de apelación

El demandante recurrió la sentencia, sostuvo que la demanda de la referencia fue promovida cuando imperaba la tesis del Consejo de Estado vertida en la sentencia del 26 de agosto de 2010, con ponencia del magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila, motivo por el cual invoca el principio de confianza legítima en la administración de justicia.

Aude al principio de seguridad jurídica y destaca que con la nueva posición de Consejo de Estado se afectan los derechos de las personas que estaban a la espera de una decisión con fundamento en la postura anterior al amparo de la cual fue presentada la demanda. Considera que la nueva postura del Consejo de Estado resulta contradictoria y regresiva frente a la tesis acogida desde el año 2010, además, genera desigualdad de trato frente a quienes se encuentran en la misma situación de hecho. Agrega que los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, razón para reclamar el pago de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados por el docente en el último año de servicios.

En cuanto a la condena en costas señaló que, no puede apartarse esta jurisdicción de las calidades especiales del demandante, y que el acudir al aparato judicial para invocar la

protección de un derecho que considera vulnerado, no implica entonces que su dignidad y su remuneración contrario a lo esperado, resulten lesionadas, con una condena en costas, pues en manera alguna, debe fomentarse una actitud temerosa o infundir miedo para reclamar derechos que en criterio del accionante se estén transgrediendo, dado que esta actitud por parte de la jurisdicción también puede llegar a constituir un obstáculo de acceso a la administración de justicia.

Con fundamento en lo anterior solicitó, se revoque la decisión apelada y se acceda a las pretensiones.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, el asunto se centra en establecer: *¿Es procedente reliquidar la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional?*

2. Tesis del Tribunal

No es procedente reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, para que se incluyan todos los factores devengados en el último año anterior a la adquisición del estatus pensional, con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado la cual orientará el análisis del caso concreto, tal y como aconteció en primera instancia.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen pensional aplicable; iii) ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; y iv) el análisis del caso concreto.

3. Lo probado en el proceso

- Por Resolución 9053-6 del 01 de octubre de 2015, la Secretaría de Educación de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció la pensión de jubilación a favor del accionante, a partir del 17 de marzo de 2015 con la inclusión del 75% del salario mensual, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación decreto 1566 de 2014 percibidos en el último año de servicios laborado previo al cumplimiento del status de pensionado, calculando la mesada en la suma de \$2.347.715. (Fl 18-19 C.1)
- Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del Fomag 10979 de 26 de noviembre de 2018, a la demandante le es aplicable el régimen de pensiones anterior a la vigencia de la Ley 812 del 2003, y en el último año de servicio devengó la prima de alimentación especial y la prima de servicio, además de los factores salariales ya reconocidos. (Fl 21 C.1)
- De conformidad con lo anterior se tiene lo siguiente:

Factores Ley 62/85	Factores devengados último año de servicios	Factores tenidos en cuenta en el acto de reliquidación
Asignación básica	Asignación básica	Sueldo mensual
Gastos de representación	Bonificación mensual	Bonificación decreto 1566 de 2014
Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación	Prima de vacaciones	Prima de vacaciones

Dominicales y feriados, trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio	Prima de navidad	Prima de navidad
Horas extras	Prima de servicios	
Bonificación por servicios prestados	Prima de alimentación especial	

4. Régimen pensional aplicable

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003, respecto del régimen prestacional aplicable a los docentes, contempló dos eventos:

i) Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

ii) Para los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

En el presente asunto, de conformidad con la resolución de reconocimiento poensional, el demandante se vinculó al servicio público educativo oficial con anterioridad a la Ley 812 de 2003, por lo tanto, le son aplicables en materia pensional las normas que regían con anterioridad.

Dicha normatividad corresponde a la Ley 91 de 1989¹ que unificó para los docentes nacionales y nacionalizados el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional, contenido en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Además, la Ley 60 de 1993² dispuso que el régimen aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y a las nuevas vinculaciones, sería el referido en la Ley 91 de 1989. Así mismo, la Ley 115 de 1994³, en la parte final del inciso 1º del artículo 115, remitió al régimen prestacional establecido para los educadores estatales en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Lo anterior indica que las normas a aplicar en el caso bajo estudio son la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, es decir, el régimen general de prestaciones sociales del sector público.

4.1. Ingreso base de liquidación pensional

La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de dicha anualidad en el artículo 1º, señaló que: *“...El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del*

¹ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”

² “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

³ “Por la cual se expide la ley general de educación”.

salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...)". (Subrayas de la Sala).

Y el artículo 3º *ibidem* dispuso:

"(...) Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en jornada de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes (...)". (Resaltado por la Sala).

La Sección Segunda de la Alta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual, como contraprestación por sus servicios.

Sin embargo, esta posición como ya se dijo, fue revaluada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en reciente sentencia de unificación⁴, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial: *"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985"*.

El Consejo de Estado en esta nueva oportunidad consideró que la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, proferida el 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social: "dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base." (Subraya la sala).

Así, en la mencionada sentencia se precisó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Fundó la nueva tesis en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en concordancia con el artículo 48 que define la Seguridad Social como *"un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley"*.

Agregó que *"la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, sólo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional."*

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2018. Exp. 2012-00143-01.

Y concluyó que el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Indica que, con esta interpretación “(i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”

Adicionalmente, El H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁵ precisó:

“Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

*a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta **son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.***

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones”. (Se resalta)

4.2. Aplicación en el tiempo de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019

El Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación, en cuanto a sus efectos, precisó que:

*1. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos*

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019. 25 de abril de 2019. Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno: 0935-2017

13 y 83 de la Constitución Política⁶. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”.

2. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

3. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

*4. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.
(Se resalta)*

Por lo tanto, las reglas señaladas en la Sentencia de Unificación citada son aplicables al presente asunto, en tanto se encontraba pendiente de decisión, toda vez que no existía sentencia ejecutoriada y por tanto no había operado la cosa juzgada.

5. Caso concreto

La parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir en la liquidación de su pensión: la prima de alimentación especial y la prima de servicios, pues también fueron devengadas en el último año anterior a la adquisición del status pensional.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: *asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

Ahora bien, en cuanto a la prima de servicios, el Decreto 1545 de 2013 que la creó para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su

⁶ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

causación, **únicamente** para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

Así pues, la parte demandante demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, para que se incluya como factor salarial, la prima de alimentación especial y la prima de servicios, dado que no se encuentra señalada en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 ni constituye base de liquidación de los aportes.

De otro lado se precisa que, pese a que en la resolución de reconocimiento pensional, se tuvo en cuenta la prima de navidad y de vacaciones, para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no está incluido en la Ley 62 de 1985⁷–, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, pues este Juez no tiene competencia, ya que la demanda solo pretende la nulidad por no incluir otros factores salariales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría vulnerar el principio de congruencia externa y como lo sostuvo el Consejo de Estado⁸, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

6. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, al demandante no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo otros factores salariales devengado en el año anterior a la adquisición del status pensional, diferentes a los ya reconocidos..

7. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, no se condenará en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época, además que no se evidencia su causación en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 26 de noviembre de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por José Jair Salazar Barco contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: No se impone condena en costas en esta instancia.

⁷ **ARTÍCULO 1º.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

⁸ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

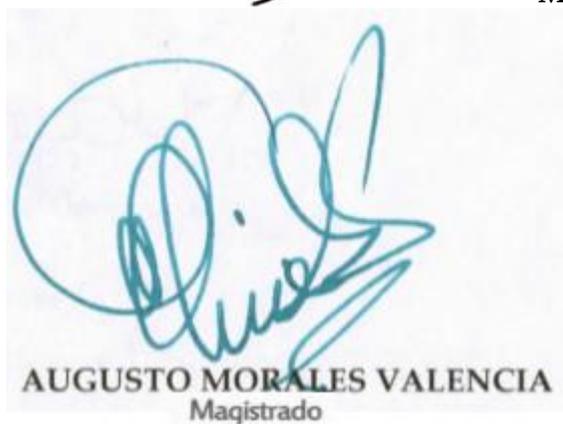
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 17 de 2022.

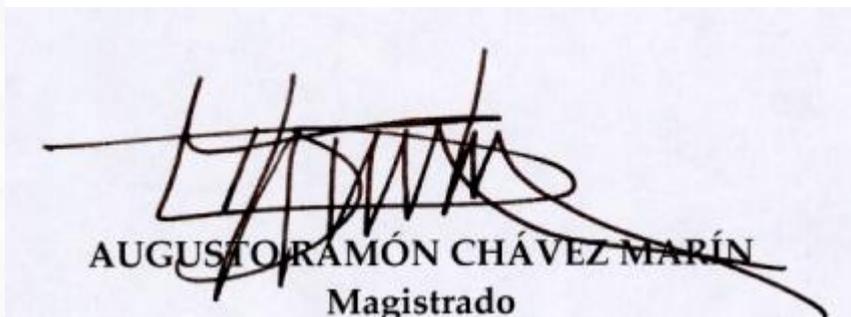
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 069

Manizales, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-33-33-002-2018-00440-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Carlos Arturo Restrepo Jaramillo
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad parcial de la Resolución 6361-6 del 18 de julio de 2018, en cuanto le reconoció una pensión vitalicia de jubilación y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status pensional.

En consecuencia, condenar a la demandada a que le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 17 de mayo de 2017, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada indicado y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos en el último año de servicio al momento del retiro definitivo del servicio, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

Que del valor reconocido se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la Resolución 6361-6 del 18 de julio de 2018; que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año; que se ordene el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la demandante laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación. La base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó sólo la asignación básica omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Indicó que la liquidación de la pensión de jubilación se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, agregando que el acto administrativo que reconoció la prestación no incluyó factores que fueron certificados como devengados en el último año de servicios por parte de la entidad pagadora. Arguyó que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, los factores reclamados deben ser tenidos en cuenta y que además el acto administrativo omite la remisión del artículo 15 de la Ley 91 de 1899 al Decreto 1045 de 1978.

2. Pronunciamiento de la entidad demandada

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales no contestó la demanda.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la parte demandante, para ello señaló que de conformidad con lo establecido en la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo territorial sería el anterior al de la vigencia de la mencionada norma, siendo por ello aplicable lo contenido en la Ley 91 de 1989, la cual estableció que los docentes nacionales y nacionalizados y los que se vincularan con posterioridad al 1º de enero de 1990, les sería aplicable el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, el cual es la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que acogería la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Por lo tanto señaló que, la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de factores adicionales a los ya reconocidos, al no existir prueba que indique qué sobre los factores pretendidos se hubieren efectuado cotizaciones.

4. Recurso de apelación

La parte demandante recurrió la sentencia, sostuvo que la demanda de la referencia fue promovida cuando imperaba la tesis del Consejo de Estado vertida en la sentencia del 26 de

agosto de 2010, con ponencia del magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila, motivo por el cual invoca el principio de confianza legítima en la administración de justicia.

Aude al principio de seguridad jurídica y destaca que con la nueva posición de Consejo de Estado se afectan los derechos de las personas que estaban a la espera de una decisión con fundamento en la postura anterior al amparo de la cual fue presentada la demanda. Considera que la nueva postura del Consejo de Estado resulta contradictoria y regresiva frente a la tesis acogida desde el año 2010, además, genera desigualdad de trato frente a quienes se encuentran en la misma situación de hecho. Agrega que los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, razón para reclamar el pago de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados por el docente en el último año de servicios.

En cuanto a la condena en costas señaló que, no puede apartarse esta jurisdicción de las calidades especiales del demandante, y que el acudir al aparato judicial para invocar la protección de un derecho que considera vulnerado, no implica entonces que su dignidad v su remuneración contrario a lo esperado, resulten lesionadas, con una condena en costas, pues en manera alguna, debe fomentarse una actitud temerosa o infundir miedo para reclamar derechos que en criterio del accionante se estén transgrediendo, dado que esta actitud por parte de la jurisdicción también puede llegar a constituir un obstáculo de acceso a la administración de justicia.

Con fundamento en lo anterior solicitó, se revoque la decisión apelada y se acceda a las pretensiones.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, el asunto se centra en establecer: *¿Es procedente reliquidar la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional?*

2. Tesis del Tribunal

No es procedente reliquidar la pensión de jubilación del demandante, para que se incluyan todos los factores devengados en el último año anterior a la adquisición del estatus pensional, con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado la cual orientará el análisis del caso concreto, tal y como aconteció en primera instancia.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen pensional aplicable; iii) ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; y iv) el análisis del caso concreto.

3. Lo probado en el proceso

- Por Resolución 6361-6 del 18 de julio de 2018, la Secretaría de Educación de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció la pensión de jubilación a favor del accionante. a partir del 17 de mayo de 2017 con la inclusión del 75% del salario mensual, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación mensual, sobresueldo coordinador percibidos en el último año de servicios laborado previo al cumplimiento del status de pensionado, calculando la mesada en la suma de \$3.344.259. (Fl 18-19 C.1)

- Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del Fomag al demandante le es aplicable el régimen de pensiones anterior a la vigencia de la Ley 812 del 2003, y en el último año de servicio devengó la prima de servicio, además de los factores salariales ya reconocidos. (Fl 21 C.1)

- De conformidad con lo anterior se tiene lo siguiente:

Factores Ley 62/85	Factores devengados último año de servicios	Factores tenidos en cuenta en el acto de reliquidación
Asignación básica	Asignación básica	Sueldo mensual
Gastos de representación	Bonificación mensual	Bonificación mensual
Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación	Prima de vacaciones	Prima de vacaciones
Dominicales y feriados, trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio	Prima de navidad	Prima de navidad
Horas extras	Prima de servicios	
Bonificación por servicios prestados		

4. Régimen pensional aplicable

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003, respecto del régimen prestacional aplicable a los docentes, contempló dos eventos:

i) Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

ii) Para los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

En el presente asunto, de conformidad con la resolución de reconocimiento pensional, el demandante se vinculó al servicio público educativo oficial con anterioridad a la Ley 812 de 2003, por lo tanto, le son aplicables en materia pensional las normas que regían con anterioridad.

Dicha normatividad corresponde a la Ley 91 de 1989¹ que unificó para los docentes nacionales y nacionalizados el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional, contenido en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Además, la Ley 60 de 1993² dispuso que el régimen aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y a las nuevas vinculaciones, sería el referido en la Ley 91 de 1989. Así mismo, la Ley 115 de 1994³, en la parte final del inciso 1º del artículo 115, remitió al régimen prestacional establecido para los educadores estatales en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Lo anterior indica que las normas a aplicar en el caso bajo estudio son la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, es decir, el régimen general de prestaciones sociales del sector público.

4.1. Ingreso base de liquidación pensional

La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de dicha anualidad en el artículo 1º, señaló que: *“...El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...).”* (Subrayas de la Sala).

Y el artículo 3º ibidem dispuso:

“(...) Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en jornada de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes (...). (Resaltado por la Sala).

La Sección Segunda de la Alta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual,

¹ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”

² “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

³ “Por la cual se expide la ley general de educación”.

como contraprestación por sus servicios.

Sin embargo, esta posición como ya se dijo, fue revaluada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en reciente sentencia de unificación⁴, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial: *“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”*.

El Consejo de Estado en esta nueva oportunidad consideró que la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, proferida el 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social: *“dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.”* (Subraya la sala).

Así, en la mencionada sentencia se precisó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Fundó la nueva tesis en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en concordancia con el artículo 48 que define la Seguridad Social como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”*.

Agregó que *“la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, sólo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.”*

Y concluyó que el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Indica que, con esta interpretación *“(i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”*

Adicionalmente, El H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁵

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2018. Exp. 2012-00143-01.

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019. 25 de abril de 2019. Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno: 0935-2017

precisó:

“Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

*a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta **son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.***

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones”. (Se resalta)

4.2. Aplicación en el tiempo de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019

El Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación, en cuanto a sus efectos, precisó que:

*1. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política⁶. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**”.*

⁶ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

2. *En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.*

3. *Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.*

4. *No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.
(Se resalta)*

Por lo tanto, las reglas señaladas en la Sentencia de Unificación citada son aplicables al presente asunto, en tanto se encontraba pendiente de decisión, toda vez que no existía sentencia ejecutoriada y por tanto no había operado la cosa juzgada.

5. Caso concreto

La parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir en la liquidación de su pensión: la prima de servicios, pues también fue devengada en el último año anterior a la adquisición del status pensional.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: *asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

Ahora bien, en cuanto a la prima de servicios, el Decreto 1545 de 2013 que la creó para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación, **únicamente** para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

Así pues, la demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, para que se incluya como factor salarial, la prima de servicios, dado que no se encuentra señalada en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 ni constituye base de liquidación de los aportes.

De otro lado se precisa que, pese a que en la Resolución 6361-6 del 18 de julio de 2018, se tuvo en cuenta la prima de navidad y de vacaciones, para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no está incluido en la Ley 62 de 1985⁷–, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, pues este Juez no tiene competencia, ya que la demanda solo pretende la nulidad por no incluir otros factores salariales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría vulnerar el principio de congruencia externa y como lo sostuvo el Consejo de Estado⁸, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

6. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, al demandante no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo otros factores salariales devengado en el año anterior a la adquisición del status pensional, diferentes a los ya reconocidos.

7. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, no se condenará en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época, además que no se evidencia su causación en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 26 de noviembre de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Carlos Arturo Restrepo Jaramillo contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

⁷ **ARTÍCULO 1º.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que provean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

⁸ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

SEGUNDO: No se impone condena en costas en esta instancia.

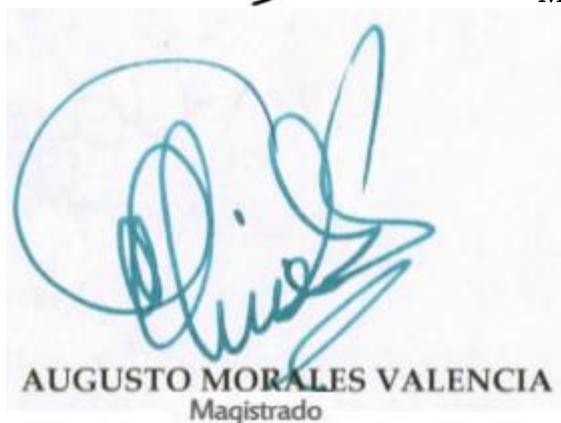
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 17 de 2022.

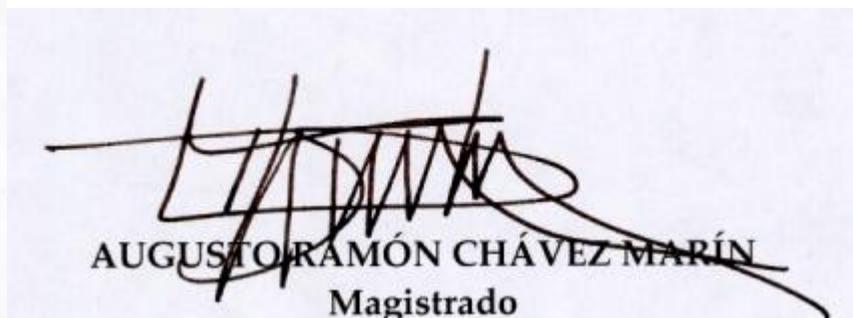
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 068

Manizales, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-33-33-002-2018-00450-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Luz Marina Flórez Grisales
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad parcial de la Resolución 10076-6 del 12 de noviembre de 2015, en cuanto le reconoció una pensión vitalicia de jubilación y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status pensional.

En consecuencia, condenar a la demandada a que le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 21 de noviembre de 2011, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada indicado y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos en el último año de servicio al momento del retiro definitivo del servicio, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

Que del valor reconocido se le descuenta lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la Resolución 10076-6 del 12 de noviembre de 2015; que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año; que se ordene el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la demandante laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación. La base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó sólo la asignación básica omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Indicó que la liquidación de la pensión de jubilación se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, agregando que el acto administrativo que reconoció la prestación no incluyó factores que fueron certificados como devengados en el último año de servicios por parte de la entidad pagadora. Arguyó que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, los factores reclamados deben ser tenidos en cuenta y que además el acto administrativo omite la remisión del artículo 15 de la Ley 91 de 1899 al Decreto 1045 de 1978.

2. Pronunciamiento de la entidad demandada

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales no contestó la demanda.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la parte demandante, para ello señaló que de conformidad con lo establecido en la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo territorial sería el anterior al de la vigencia de la mencionada norma, siendo por ello aplicable lo contenido en la Ley 91 de 1989, la cual estableció que los docentes nacionales y nacionalizados y los que se vincularan con posterioridad al 1º de enero de 1990, les sería aplicable el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, el cual es la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que acogería la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Por lo tanto señaló que, la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de factores adicionales a los ya reconocidos, al no existir prueba que indique que sobre los factores pretendidos se hubieren efectuado cotizaciones.

4. Recurso de apelación

La parte demandante recurrió la sentencia, sostuvo que la demanda de la referencia fue promovida cuando imperaba la tesis del Consejo de Estado vertida en la sentencia del 26 de

agosto de 2010, con ponencia del magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila, motivo por el cual invoca el principio de confianza legítima en la administración de justicia.

Aude al principio de seguridad jurídica y destaca que con la nueva posición de Consejo de Estado se afectan los derechos de las personas que estaban a la espera de una decisión con fundamento en la postura anterior al amparo de la cual fue presentada la demanda. Considera que la nueva postura del Consejo de Estado resulta contradictoria y regresiva frente a la tesis acogida desde el año 2010, además, genera desigualdad de trato frente a quienes se encuentran en la misma situación de hecho. Agrega que los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, razón para reclamar el pago de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados por el docente en el último año de servicios.

En cuanto a la condena en costas señaló que, no puede apartarse esta jurisdicción de las calidades especiales del demandante, y que el acudir al aparato judicial para invocar la protección de un derecho que considera vulnerado, no implica entonces que su dignidad v su remuneración contrario a lo esperado, resulten lesionadas, con una condena en costas, pues en manera alguna, debe fomentarse una actitud temerosa o infundir miedo para reclamar derechos que en criterio del accionante se estén transgrediendo, dado que esta actitud por parte de la jurisdicción también puede llegar a constituir un obstáculo de acceso a la administración de justicia.

Con fundamento en lo anterior solicitó, se revoque la decisión apelada y se acceda a las pretensiones.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, el asunto se centra en establecer: *¿Es procedente reliquidar la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional?*

2. Tesis del Tribunal

No es procedente reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, para que se incluyan todos los factores devengados en el último año anterior a la adquisición del estatus pensional, con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado la cual orientará el análisis del caso concreto, tal y como aconteció en primera instancia.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen pensional aplicable; iii) ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; y iv) el análisis del caso concreto.

3. Lo probado en el proceso

- Por Resolución 10076-6 del 12 de noviembre de 2015, la Secretaría de Educación de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció la pensión de jubilación a favor del accionante. a partir del 17 de mayo de 2017 con la inclusión del 75% del salario mensual y prima de vacaciones percibidos en el último año de servicios laborado previo al cumplimiento del status de pensionado, calculando la mesada en la suma de \$1.101.653. (Fl 19 C.1)

- Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del Fomag al demandante le es aplicable el régimen de pensiones anterior a la vigencia de la Ley 812 del 2003, y en el último año de servicio devengó la prima de navidad además de los factores salariales ya reconocidos. (Fl 98-99 C.1)

- De conformidad con lo anterior se tiene lo siguiente:

Factores Ley 62/85	Factores devengados último año de servicios	Factores tenidos en cuenta en el acto de reliquidación
Asignación básica	Asignación básica	Sueldo mensual
Gastos de representación	Prima de navidad	Prima de vacaciones
Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación	Prima de vacaciones	
Dominicales y feriados, trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio		
Horas extras		
Bonificación por servicios prestados		

4. Régimen pensional aplicable

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003, respecto del régimen prestacional aplicable a los docentes, contempló dos eventos:

i) Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

ii) Para los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

En el presente asunto, de conformidad con la resolución de reconocimiento pensional, el demandante se vinculó al servicio público educativo oficial con anterioridad a la Ley 812 de

2003, por lo tanto, le son aplicables en materia pensional las normas que regían con anterioridad.

Dicha normatividad corresponde a la Ley 91 de 1989¹ que unificó para los docentes nacionales y nacionalizados el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional, contenido en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Además, la Ley 60 de 1993² dispuso que el régimen aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y a las nuevas vinculaciones, sería el referido en la Ley 91 de 1989. Así mismo, la Ley 115 de 1994³, en la parte final del inciso 1º del artículo 115, remitió al régimen prestacional establecido para los educadores estatales en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Lo anterior indica que las normas a aplicar en el caso bajo estudio son la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, es decir, el régimen general de prestaciones sociales del sector público.

4.1. Ingreso base de liquidación pensional

La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de dicha anualidad en el artículo 1º, señaló que: *“...El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...).”* (Subrayas de la Sala).

Y el artículo 3º ibidem dispuso:

“(...) Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en jornada de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes (...). (Resaltado por la Sala).

La Sección Segunda de la Alta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los

¹ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”

² “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

³ “Por la cual se expide la ley general de educación”.

factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual, como contraprestación por sus servicios.

Sin embargo, esta posición como ya se dijo, fue revaluada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en reciente sentencia de unificación⁴, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial: *“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”*.

El Consejo de Estado en esta nueva oportunidad consideró que la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, proferida el 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social: *“dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.”* (Subraya la sala).

Así, en la mencionada sentencia se precisó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Fundó la nueva tesis en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en concordancia con el artículo 48 que define la Seguridad Social como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”*.

Agregó que *“la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, sólo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.”*

Y concluyó que el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Indica que, con esta interpretación *“(i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”*

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2018. Exp. 2012-00143-01.

Adicionalmente, El H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁵ precisó:

“Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

*a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta **son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.***

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones”. (Se resalta)

4.2. Aplicación en el tiempo de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019

El Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación, en cuanto a sus efectos, precisó que:

*1. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política⁶. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica*

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019. 25 de abril de 2019. Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno: 0935-2017

⁶ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior,

que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”.

2. *En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.*

3. *Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.*

4. *No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.*

(Se resalta)

Por lo tanto, las reglas señaladas en la Sentencia de Unificación citada son aplicables al presente asunto, en tanto se encontraba pendiente de decisión, toda vez que no existía sentencia ejecutoriada y por tanto no había operado la cosa juzgada.

5. Caso concreto

La parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir en la liquidación de su pensión: la prima de navidad, pues también fue devengada en el último año anterior a la adquisición del status pensional.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: *asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

(i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

Así pues, la demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, para que se incluya como factor salarial, la prima de navidad, dado que no se encuentra señalada en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 ni constituye base de liquidación de los aportes.

De otro lado se precisa que, pese a que en la resolución de reconocimiento pensional se tuvo en cuenta la prima de vacaciones, para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no está incluido en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, pues este Juez no tiene competencia, ya que la demanda solo pretende la nulidad por no incluir otros factores salariales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría vulnerar el principio de congruencia externa y como lo sostuvo el Consejo de Estado⁸, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

6. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, a la demandante no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo otros factores salariales devengado en el año anterior a la adquisición del status pensional, diferentes a los ya reconocidos.

7. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, no se condenará en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época, además que no se evidencia su causación en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 26 de noviembre de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Luz Marina Flórez Grisales contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

⁷ **ARTÍCULO 1º.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

⁸ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

SEGUNDO: No se impone condena en costas en esta instancia.

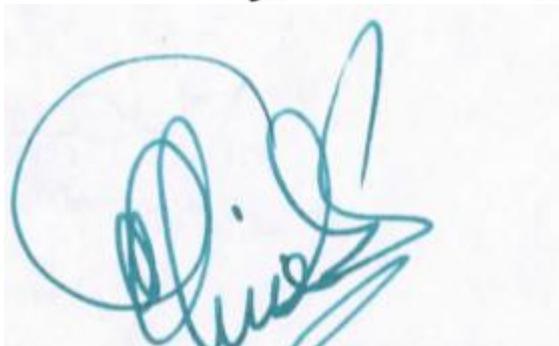
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 17 de 2022.

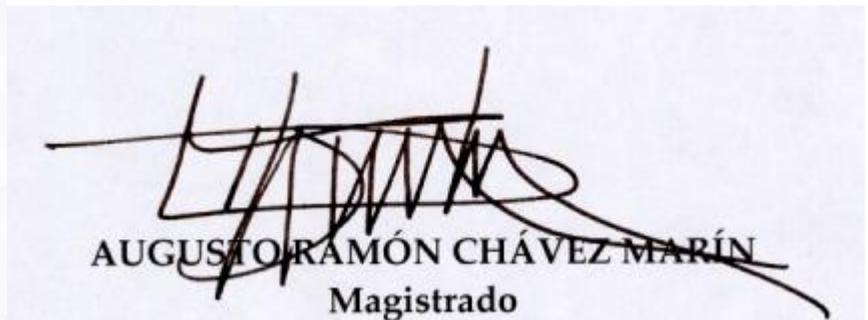
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS

Sala 2ª. Oral de Decisión
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, once (11) marzo de dos mil veintidós (2022)

Radicación:	17001 33 33 003 2019 00032 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Isabel Jaramillo Hoyos
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 40

Asunto

La Sala 2ª Oral de Decisión desata el recurso de **apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 4 de febrero de 2020, mediante la cual se **negaron** las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

“1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto, surgido con ocasión de la petición de fecha 08 de octubre de 2018 en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional reconocida a mi mandante, por cuanto no incluyó la PRIMA DE SERVICIOS Y LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS conforme lo reconocido por medio de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas de fecha 11 de septiembre de 2014.

2. Declarar que mi representado(a) tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la Reliquidación de su Pensión Ordinaria de Jubilación, incluyendo los factores salariales, PRIMA DE SERVICIOS Y LA BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS, a partir del 11 de octubre de 2009. (fecha status pensionado) y los devengados durante los 12 meses anteriores al momento del retiro definitivo de la docencia.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

1. Condenar a LA NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que le reconozca y pague una reliquidación de la Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 11 de octubre de 2009 (fecha de adquisición del status), incluyendo los factores salariales PRIMA DE SERVICIOS Y LA BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS, reconocidos en la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas de fecha 11 de septiembre de 2014.

2. Condenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que en el caso concreto extienda reconocimiento a LA PRIMA DE SERVICIOS Y LA BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS.

3. Ordenar a LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley.

4. Ordenar a LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

5. Ordenar a LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas por tratarse de sumas de tracto sucesivo, y demás emolumentos con el inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo

(...)"

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

Manifestó el apoderado que su mandante prestó sus servicios a la docencia oficial, cumpliendo con los requisitos exigidos para que le fuera reconocida pensión de Jubilación.

Refirió que la entidad demandada al momento de determinar la cuantía de la pensión de jubilación, incluyó la asignación básica y las primas de navidad y vacaciones.

Señaló que después del reconocimiento de su Pensión Ordinaria de Jubilación mediante Resolución No. 00147 del 12 de marzo de 2010, la demandante continuó prestando sus servicios en la docencia hasta el 31 de diciembre de 2017, momento de su retiro definitivo.

Así mismo, expone que el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante sentencia de fecha 11 de septiembre de 2014, modificó la sentencia proferida por el Juzgado Quinto

Administrativo de Descongestión del circuito de Manizales y reconoció a la parte actora la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados a partir del 12 de junio de 2005, como factores salariales.

Posteriormente mediante Resolución No. 00480 del 04 de julio de 2018, le fue reliquidada su Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 31 de diciembre de 2017, momento de su retiro definitivo, incluyendo la asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones y la bonificación mensual, según decreto N° 1566 del 01 de junio de 2014, omitiendo nuevamente tener en cuenta la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados reconocidos en la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas con fecha del 11 de septiembre de 2014

Mediante petición del 8 de octubre de 2018 la demandante solicitó a la entidad demandada la reliquidación de su pensión, la cual resolvió negativamente mediante acto ficto o presunto.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Ley 91 de 1989 Artículo 15

Ley 33 de 1985 Artículo 1º.

Ley 62 de 1985

Decreto Nacional 1045 de 1978.

Expuso el marco normativo del régimen prestacional docente conforme a la ley 91 de 1989 que remite a la ley 33 de 1985, norma que no señala de manera taxativa los factores para el cálculo de la pensión de jubilación y por ende, corresponden a todos los devengados en el último año de servicios. Se apoya en providencias del Consejo de Estado que cita parcialmente.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

A través de apoderado judicial dio contestación a la demanda de la referencia oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y condenas de la demandante argumentando que La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no tiene obligación alguna de incluir factores salariales distintos a los cotizados para tal beneficio, pues ello equivaldría a desconocer

la normatividad vigente aplicable al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales de quienes se pensionaron como educadores.

En cuanto a los hechos señaló que no le constan los detalles de la relación y circunstancias laborales descritas; toda vez que La Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no fungió como uno de los extremos de dicha relación y expuso que la entidad representada no es la entidad competente para receptor solicitudes por prestaciones sociales.

Como medios excepcionales planteó los siguientes:

“cobro de lo no debido”. La fundamenta en que la entidad reconoció la pensión de jubilación de la demandante de conformidad con las normas vigentes y aplicables al caso concreto, razón por la cual sus derechos laborales se encuentran totalmente satisfechos.

“prescripción de mesadas”. A pesar de que se indica que la entidad demandada no desconoció mandatos legales al expedir el acto acusado, en caso de que llegue a existir condena, solicita que se declare la prescripción de las mesadas causadas con tres años de anterioridad de la presentación de la demanda.

“inexistencia de la obligación”. Indica que no es viable lo solicitado por el accionante toda vez que se ha liquidado y cancelado lo pertinente por concepto de pensión de acuerdo a la ley. (Fls. 71 a 76, C. 1)

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 4 de febrero de 2020, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Manifestó que a la parte demandante le aplica el régimen pensional de la Ley 33 de 1985 en consideración a la fecha de ingreso al servicio docente; y frente a los factores salariales se le aplica la Ley 62 de 1985. Todo lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, vertida en providencias que para el efecto se sirve citar. Indicó que la parte actora en el último año percibió la asignación básica, la prima de vacaciones y la prima de navidad, la prima de servicios y la bonificación mensual; entre tanto, la resolución por medio de la cual se le reliquidó la pensión por retiro definitivo del servicio, le incluyó el salario básico, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la bonificación mensual. Estimó, en consecuencia, que la entidad no está obligada a incluir la prima de servicios ni aquellas otras que no estén enlistadas en la norma precitada y sobre las cuales no se haya demostrado el respectivo descuento con destino al sistema.

6. Recurso de Apelación

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia y como argumento expuso que, el reconocimiento de la bonificación por servicios prestados se originó en una sentencia judicial en firme y que era obligación de la demandada hacer las retenciones de ley sobre dicho factor, entre ellas las correspondientes al Sistema de Seguridad Social.

Estima que no resulta de recibo que el *a quo*, en una decisión respecto de un derecho irrenunciable, no haga uso de su facultad oficiosa en materia de pruebas y a cambio quede a cargo de la parte verificar que la entidad empleadora ha realizado el pago de aportes para la pensión, pago que de no haberse hecho, tampoco puede afectar el derecho del trabajador, quien es la parte débil de la relación laboral.

Así mismo, estimó que el *a quo* incurrió en un error al equiparar la bonificación mensual docente con la bonificación por servicios prestados, ya que la primera es producto de acuerdos y decretos reconocidos desde el 2014 entre el estado y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la bonificación por servicios prestados, como se constata en los documentos aportados en la demanda, fue reconocido por sentencia judicial proferida por el Tribunal administrativo de Caldas; luego, se trata de dos rubros diferentes.

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. Parte demandante.

Insiste en los argumentos expuestos en primera instancia, especialmente en lo dicho al apelar la decisión de primer grado.

7.2 La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Consideró que no es dable acceder a la *petitum* de la demanda, pues hacerlo transgrede abiertamente lo dispuesto por la Constitución Política y el reciente precedente jurisprudencial, implicando para la Nación una carga excesiva que vulnera el principio de solidaridad del sistema de pensiones, aunado a que existe una flagrante desfinanciación del mismo al tener en cuenta todo lo devengado y que la parte actora no realizó la respectiva cotización; unido a que la pensión de la actora se incluyeron los factores salariales de ley, y por lo tanto no le asiste derecho a su reliquidación, sumado a que el acto administrativo acusado está sujeto a derecho y a las normas que tratan el objeto de la Litis.

El Ministerio Público no emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Teniendo en cuenta los argumentos planteados en el recurso de apelación, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- i) ¿La sentencia de unificación SUJ-014-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, tiene efecto vinculante frente a quienes presentaron la demanda con anterioridad a su expedición?
- ii) ¿Debe la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM asumir el pago de la reliquidación de la pensión de vejez deprecada por la parte demandante?
- iii) ¿Cuáles son los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación del demandante?
- iv) ¿Los factores de salario reconocidos al demandante mediante sentencia judicial (prima de servicios y bonificación por servicios prestados), deben ser tenidos en cuenta como factores para liquidar su pensión de vejez?

1. Precedente jurisprudencial vinculante.

Ciertamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado fija unos parámetros para la interpretación y aplicación de la ley y por lo tanto, emerge como una fuente de derecho que propende por la garantía del principio de seguridad jurídica e igualdad ante la ley.

Así pues, el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está llamado a proferir sentencias de unificación en determinadas materias que requieren de la fijación de un criterio de interpretación que resulte razonable y uniforme para resolver casos de perfiles fácticos y jurídicos análogos.

Desde luego, el efecto vinculante y la obligatoriedad del precedente jurisprudencial también se aplica a la misma Corte de donde emana y por ello, cuando la misma se va a apartar de aquel o cuando va a fijar un nuevo precedente sobre determinada materia, adquiere la carga de argumentar con suficiencia las razones que la mueven para proceder en tal forma; es decir, el precedente no es inmutable pero un cambio en este supone la exposición de unas razones sustentables jurídicamente a fin de no defraudar la confianza legítima de los usuarios de la administración de justicia.

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que *“... ante ciertas circunstancias específicas y bajo una estricta exigencia argumentativa, es posible que se modifiquen las reglas fijadas en los precedentes jurisprudenciales. Así las cosas, tales exigencias permiten, a su vez, reforzar los mismos principios de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, en la medida en que impiden que el precedente judicial se convierta en una materia discrecional.”*¹

En este caso, se observa que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida en el año 2019, expuso las razones por las cuales considera que el ingreso base de liquidación de la pensión de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, está constituido por el salario devengado en el último año de servicio con inclusión de los factores sobre los cuales se hizo el respectivo aporte al sistema de pensiones, los cuales no pueden ser otros que los definidos en la Ley 62 de 1985. De la exposición normativa que hace dicha providencia, se colige que no es dado liquidar la pensión sobre *“todos y cada uno de los devengados en el último año de servicio”* como se reconocía anteriormente por la Alta Corporación. Al respecto dice:

“Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

Aunado al anterior argumento, en cuanto a los efectos de dicha sentencia de unificación, dispuso lo siguiente:

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte

¹ SU-406/16.

Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política². Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio". 74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

/Líneas de la Sala/

75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

Como puede verse, la sentencia de unificación debe aplicarse de manera inmediata, incluso en los casos que se encuentren en trámite administrativo o judicial porque frente a éstos no se predica el fenómeno de la cosa juzgada; luego, es un precedente que vincula a esta jurisdicción tanto en sentido horizontal como vertical.

Ha de colegirse entonces, que la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado es la que orientará el análisis del caso concreto, tal y como aconteció en primera instancia.

2. Entidad obligada al pago de la pensión.

Frente al primer interrogante planteado, considera la Sala de Decisión que la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM debe asumir el pago de la reliquidación pensional en este caso, por las siguientes razones:

²La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [1»

- a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.
- c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política³.
- d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.
- e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁴, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”. Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales

³“**Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...].”

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la reliquidación pensional deprecada por la parte actora.

3. Del régimen pensional aplicable a los docentes oficiales.

El Decreto 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, para los empleados del orden nacional, en su artículo 27 dispuso:

“Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 % del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley determine expresamente.”

Este artículo fue reglamentado por el 68 del Decreto 1848 de 1969, así:

“Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señaladas en el artículo 1 de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.”

La Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, derogó, en forma expresa, los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968 y, en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 que, a su vez, fue reformada por la Ley 62 de 1985. Al respecto, la primera de las normas aquí citadas, dispuso:

“Artículo 1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y lleque a la edad

de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75 %) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
(...)*

Parágrafo 2. *Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3. *En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.”*

Como puede observarse, ésta norma resulta aplicable a todos los empleados oficiales (del orden nacional, departamental o municipal) salvo, a quienes trabajen en actividades que, por su naturaleza, justifiquen la excepción que determine expresamente la ley ni a quienes disfruten de un régimen especial.

Posteriormente se expidió la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 estableció:

“Artículo 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de

1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.” (Subraya la sala).

En el año 1993 se expidió la Ley 100, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, en cuyo artículo 279 consagró:

“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...”

Los docentes fueron excluidos expresamente del Sistema Integral de Seguridad Social por ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de la pensión de vejez de éstos.

Por su parte, la Ley 115 del 8 de febrero de 1994 -Ley General de la Educación- dispuso:

“Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”

De acuerdo con la parte final del inciso 1 del artículo 115, el régimen prestacional de los educadores es el contenido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, que remiten a las Leyes 33 y 62 de 1985 para los docentes nacionales, aplicables a los territoriales que no contaban con un régimen específico en sus respectivas circunscripciones.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁵, mediante sentencia del 10 de octubre de 2018, consideró lo siguiente:

“{...} de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, en materia de pensión de vejez de los docentes, ni la Ley 91 de 1989 ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen especial. Tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994⁶, pues en el artículo 115 no estableció condiciones excepcionales.⁷ Por esta razón, fuerza concluir que la pensión de jubilación de los docentes sigue sometida al régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el cual continuaron adquiriendo su derecho a la pensión de jubilación ordinaria con 20 años de servicio y 55 de edad.

...

No obstante, la Ley 812 del 27 de junio de 2003⁸, por la cual se aprobó el plan de desarrollo, dispuso en el artículo 81 lo siguiente:

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Luego, el Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, elevó a rango constitucional las reglas contenidas en la Ley 812 de 2003, sin introducir ninguna modificación en el tema pensional. En el párrafo transitorio dispuso:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficiales es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del sistema

⁵ Rad. 2015-00871. C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado. FNPSM.

⁶ Ley general de la educación.

⁷ “Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

⁸ Rad. 2015-00871. M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado FNPSM.

general de pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

En estos términos, reiteró el legislador que el régimen aplicable a los docentes vinculados al servicio público oficial es el consagrado en la Ley 91 de 1989. Sin embargo, a los docentes que se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les aplican las reglas contenidas en el artículo 81 de esta.”

De manera reciente, el Consejo de Estado⁹ se volvió a pronunciar mediante sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, estableciendo lo siguiente:

{...} La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no

⁹ consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, CP: césar palomino cortés, Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno:0935-2017, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag

están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

4. El caso concreto.

A la señora **Isabel Jaramillo Hoyos** le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación mediante la Resolución N°. 000147 del 12 de marzo de 2010, con base en el sueldo mensual y las primas de navidad y vacaciones.

Con la Resolución No. 480 del 4 de julio de 2018, se reliquidó la pensión por retiro definitivo del servicio, incluyendo el sueldo mensual, las primas de vacaciones y navidad y la bonificación, a partir del 12 de octubre de 2009 (fecha en que adquirió el status de pensionada)

Del certificado de salarios que obra en el proceso, se desprende que la demandante en el año anterior al retiro definitivo del servicio, devengó los siguiente: salario básico, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y bonificación mensual.

Como puede verse, ni en el acto de reconocimiento pensional expedido en el año 2010 ni en el acto de reliquidación de la pensión luego del retiro definitivo de la docente, se incluyó la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, reconocidas mediante sentencia judicial dictada en segunda instancia por este Tribunal el día 11 de septiembre de 2014.

Dado lo anterior, la demandante, mediante derecho de petición del 8 de octubre de 2018, le solicitó a la entidad demandada la reliquidación de la pensión con los factores salariales reconocidos mediante dicha sentencia judicial, desde el 12 de octubre de 2009. El silencio de la Administración frente a ese petitum dio lugar al acto ficto o presento negativo cuya nulidad se depreca en ejercicio del presente medio de control.

En aras de resolver lo pertinente sea lo primero indicar que, en atención al criterio fijado por el Consejo de Estado en las sentencias ya referidas, esta Sala de Decisión colige que la demandante no tiene derecho a que su pensión se reliquide con todos y cada

uno de los rubros devengados en el año de servicios anterior a la adquisición del status o al retiro definitivo del servicio y las razones son las siguientes:

Como se señaló anteriormente, la norma que ampara la situación particular de la parte accionante es la contenida en las Leyes 91 de 1989, la Ley 33 y 62 de 1985.

El párrafo B. del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 establece:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, dispone:

*“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” (Subraya la Sala)*

La Sección Segunda de la Alta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual, como contraprestación por sus servicios.

Sin embargo, esta posición como ya se dijo, fue revaluada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación¹⁰, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

El Consejo de Estado en esta nueva oportunidad consideró que la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, proferida el 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social: **“dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.”** (Subraya la sala).

Así, en la mencionada sentencia se precisó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Fundó la nueva tesis en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en concordancia con el artículo 48 constitucional que define la Seguridad Social como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.*

Agregó que *“la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, sólo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.”*

Y concluyó que el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Indica que, con esta interpretación *“(i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe*

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”

En consonancia con lo anterior, mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la Alta Corporación retomó el tema para sentar la regla jurisprudencial según la cual *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. /Líneas de la Sala/*

En tal sentido, tomando en cuenta las consideraciones del Consejo de Estado, esta corporación advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la parte demandante con todos los factores devengados en el año anterior al retiro del servicio, entre ellos la prima de servicios, pues la misma se encuentra por fuera de lo establecido en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. No obstante, teniendo en cuenta que la bonificación por servicios prestados sí se encuentra contemplada en la referida ley, deberá hacerse una consideración especial sobre su incorporación en el IBL de la pensión de la parte demandante.

4.1. Bonificación por servicios prestados.

Como bien se indicó en precedencia, mediante sentencia del 11 de septiembre de 2014, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Caldas, se ordenó en favor de la señora Isabel Jaramillo Hoyos, el reconocimiento y pago de la prima de servicios y de la bonificación por servicios prestados en los términos del Decreto 1042 de 1978, con efectos fiscales a partir del 12 de junio de 2005. Así pues, se trata de una sentencia proferida en el curso de la segunda instancia, la cual se encuentra debidamente ejecutoriada y surte efectos de cosa juzgada. Luego entonces, los factores salariales reconocidos a partir de dicha fecha deben ser tenidos en cuenta para los efectos legales pertinentes, sin que sea dado reabrir la discusión en torno a las normas que le dieron sustento a tal decisión.

Ha de entenderse que durante el año status y también en el año anterior al retiro definitivo del servicio la demandante percibió la bonificación por servicios prestados; ello, en virtud de los efectos fiscales retroactivos de la sentencia ya reseñada, que como ya se dijo, se retrotrajeron al 12 de junio de 2005. De dicha fecha en adelante, para los fines legales pertinentes, se colige que la parte actora devengó dicha bonificación, aun cuando el reconocimiento y el pago efectivo se hubiese dado a posteriori.

Significa lo anterior que, la bonificación por servicios prestados que constituyó factor de salario en virtud del reconocimiento hecho en sentencia judicial, se debe tener ahora en cuenta como factor de liquidación pensional comoquiera que la misma está expresamente consagrada como tal en la Ley 62 de 1985. A diferencia de la prima de servicios que no se halla en la lista taxativa contenida en dicha norma, la bonificación por servicios prestados sí está contemplada como factor de cotización pensional y por ende, de liquidación de la pensión de vejez.

A juicio de la Sala, la sentencia colocó a la demandante en posición de reclamar para sí dicho factor desde el 12 de junio de 2005; esos efectos retroactivos permiten entender -como una ficción legal - que durante el año status (12/10/2008 al 12/10/2009) y el anterior al retiro (31/12/2016 al 31/12/2017) la actora percibió este factor de salario.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo la prima de servicios como factor salarial devengado en el año status y en el año anterior al retiro del servicio. Sin embargo, sí procede la reliquidación frente a la bonificación por servicios prestados, percibida en el mismo lapso. En ese sentido será modificada la sentencia de primera instancia.

Aclara el Tribunal que, no obstante la Resolución mediante la cual se reconoció la pensión de vejez en este caso y aquella que la reliquidó, tuvieron en cuenta la prima de vacaciones y la prima de navidad para calcular el IBL –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dichos actos de reconocimiento pensional no pueden modificarse, en tanto no es su nulidad lo deprecado en el sub iúdice.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, como lo sostuvo el Consejo de Estado¹¹, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

4.3. Restablecimiento del Derecho

En atención a lo expuesto, se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, reliquidar la pensión de vejez reconocida a la señora Isabel Jaramillo Hoyos, con

¹¹ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada.

inclusión de la bonificación por servicios prestados, cancelando las diferencias entre lo que se debió pagar y lo efectivamente cancelado.

Las sumas reconocidas serán reajustadas con siguiente fórmula:

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

Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Tales sumas deberán ser canceladas de acuerdo con lo antes expresado y hasta que se haga efectiva la reliquidación en los términos fijados en el artículo 187 y 192 del CPACA, las que serán indexadas y actualizadas mediante la aplicación de ajustes de valor, para lo cual la entidad tendrá en cuenta la fórmula arriba mencionada.

4.3. Prescripción.

De conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 *“por medio del cual se dispuso la integración de la seguridad social entre el sector privado y público”*, hay lugar a declarar la prescripción trienal de las mesadas pensionales a reconocer en virtud de la reliquidación que se ordena en esta instancia, teniendo en cuenta que el estatus pensional fue adquirido a partir del **12 de octubre de 2009** y la reclamación administrativa data del **8 de octubre de 2018**; vale decir, trascurrieron más de tres años entre la causación del derecho y la solicitud del mismo en vía administrativa. Téngase en cuenta que la reclamación interrumpe el término de prescripción trienal, pero sólo por un lapso igual, dentro del cual se debe interponer la respectiva demanda contra el acto que la niega. En este caso, la demanda fue presentada en el año 2019.

Luego entonces, la reliquidación de la pensión con la inclusión de la bonificación por servicios prestados se reconocerá a partir del 12 de octubre de 2009 **pero con efectos fiscales a partir del 8 de octubre de 2015 por prescripción trienal.**

Como consecuencia de todo lo anterior, la decisión que se adoptará en esta instancia será de la declarar parcialmente probadas las excepciones de “cobro de lo no debido” e “inexistencia de la obligación”. Y probada la excepción de *prescripción*, propuestas por la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM. Así mismo, se declarará la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo frente a la petición de reliquidación pensional presentada por la demandante el 8 de octubre de 2018. A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada que efectúe la reliquidación de la pensión de vejez de la actora con inclusión de la bonificación por servicios prestados, a partir del 8 de octubre de 2015 por prescripción trienal y con los ajustes de valores indicados en precedencia. Se confirmará en lo demás el fallo apelado.

5. Costas en segunda instancia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

En mérito de lo expuesto, la Sala 2ª Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se modifica la sentencia proferida en primera instancia de conformidad con lo considerado. En consecuencia,

Segundo: Se declaran parcialmente probadas las excepciones de “cobro de lo no debido” e “inexistencia de la obligación”. Y probada la excepción de *prescripción*, propuestas por la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM.

Tercero: Se declara la nulidad parcial del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo frente a la petición de reliquidación pensional presentada por la demandante el 8 de octubre de 2018.

A título de restablecimiento del derecho, **se ordena** a la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, reliquidar la pensión de vejez de la señora Isabel Jaramillo Hoyos, con inclusión de la bonificación por servicios prestados, cancelando las diferencias entre lo que se debió pagar y lo efectivamente cancelado. Las sumas reconocidas serán reajustadas de conformidad con la fórmula indicada en la parte considerativa de esta sentencia.

La reliquidación de la pensión con la inclusión de la bonificación por servicios prestados se reconocerá a partir del 12 de octubre de 2009 **pero con efectos fiscales a partir del 8 de octubre de 2015 por prescripción trienal.**

Cuarto: Sin condena en costas en esta instancia.

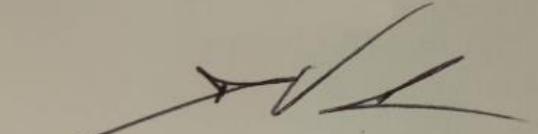
Quinto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese

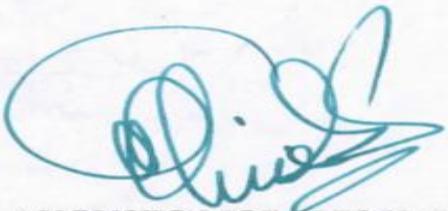
Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala 2ª de Decisión Oral

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicación:	17-001-33-39-006-2019-00117-02
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Luz Estella Pineda Gómez
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 39

Asunto

Decide la Sala el recurso de **apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 27 de febrero de 2020, mediante la cual se **negaron** las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

*“1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución **No. 3726 del 25 DE ABRIL DE 2018**, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status pensional.*

*“2. Declarar que mi mandante tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del **5 de marzo de 2018**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a), que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.*

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

1. Condenar a **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a que

*le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del **5 de marzo de 2018**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a), que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.
(...)*

2. Hechos.

Manifestó el apoderado que su mandante prestó sus servicios a la docencia oficial, cumpliendo con los requisitos exigidos para que le fuera reconocida pensión de Jubilación.

Refirió que la entidad demandada al momento de determinar la cuantía de la pensión de jubilación, incluyó solo la asignación básica, la prima de vacaciones, las horas extras y la bonificación mensual; omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, la bonificación pedagógica y la prima de servicios, percibidas por la actividad docente desarrollada la parte demandante durante el año status.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Ley 91 de 1989 Artículo 15

Ley 33 de 1985 Artículo 1º.

Ley 62 de 1985

Decreto Nacional 1045 de 1978.

Indica que la Ley 33 de 1985 no consagra taxativamente los factores salariales que forman parte de la base de liquidación de la pensión de vejez y por lo tanto se deben incluir todos aquellos factores devengados en el último año de servicio como se desprende de la sentencia del Consejo de Estado, proferida el 4 de agosto de 2010 por el Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, durante el término de traslado de la demanda y mediante escrito radicado el 15 de septiembre del 2019, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, indicando que la cuantía reconocida en la pensión de jubilación goza de legalidad y se ajusta a la normatividad vigente y reglamentaria aplicable de los derechos pensionales de la docente.

De igual manera propuso las excepciones que denominó: "EXCEPCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD" indicando que el acto administrativo emitido por la entidad demandada se encuentra ajustado a derecho, máxime si lo solicitado por la actora es la reliquidación de una pensión con factores salariales excluidos taxativamente por la ley; "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR HABERSE LIQUIDADADO LA PENSIÓN DE LA ACTORA DE ACUERDO A LA NORMATIVIDAD VIGENTE" para lo cual señaló que la pensión se liquidó conforme con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985; "PRESCRIPCIÓN" Conforme con lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la "GENÉRICA" en virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal.

Finalmente concluye que, no es posible acceder a las pretensiones pues hacerlo transgrede abiertamente lo dispuesto en la Constitución Política y el reciente precedente jurisprudencial, lo que implicaría para la Nación una carga excesiva que vulnera el principio de solidaridad del sistema de pensiones, aunado a que existe una flagrante desfinanciación del mismo.

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 27 de febrero de 2020, resolvió negar las pretensiones. Manifestó que a la parte demandante le aplica el régimen pensional de la Ley 33 de 1985 en consideración a la fecha de ingreso al servicio docente; y frente a los factores salariales se le aplica la Ley 62 de 1985. Todo lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, vertida en providencias que para el efecto se sirve citar. Indicó que a la parte actora le fue reconocida la pensión de vejez con inclusión de la asignación básica, la prima de vacaciones, la bonificación mensual y las horas extras. Entre tanto, los factores devengados en el año estatus fueron, además de los anteriores, la prima de navidad, la bonificación pedagógica y la prima de servicios.

La *a quo* estimó que la entidad no está obligada a incluir la prima de navidad y la prima de servicios comoquiera que éstas no se encuentran taxativamente señaladas en la Ley 62 de 1985, norma que establece los factores sobre los cuales ha de hacerse los descuentos para pensión y aquellas no están enlistados en la citada norma.

En lo que respecta a la "bonificación pedagógica", advierte esa célula judicial que en el acto administrativo cuya nulidad se depreca, fue relacionada como fecha de adquisición del estatus de pensionada de la docente el 06 de marzo de 2018, así entonces, teniendo en cuenta que la bonificación pedagógica creada por el Decreto 2354 del 18 de diciembre de 2018, previó que su pago se efectuaría a partir del mes de diciembre de 2018 y que la misma no tendría efectos retroactivos (artículo 3° numeral 5 y parágrafo 1), concluye el Juzgado que el mencionado rubro no puede tenerse en cuenta para

efectos de liquidar la pensión de jubilación de la docente, pues el mismo no fue percibido por ésta en el año anterior a la fecha de adquisición de su estatus de pensionada.

6. Recurso de Apelación

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia al estimar que, a la luz de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, las pensiones de los docentes deben ser liquidadas con los factores salariales enlistados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985. Pero adicionalmente no puede perderse de vista que luego a la expedición de la normativa mencionada, se profirió el Decreto 2354 de 2018, norma posterior y de carácter especial dirigida a los servidores públicos docentes.

La mencionada norma creó la Bonificación pedagógica y le dio carácter de factor salarial para todos los efectos legales, incluyendo las pensiones de jubilación de los servidores públicos docentes. Normativa que no va en contravía con lo establecido en la ley 33 de 1985, sino que la complementa. Señala que el Artículo 2 de dicho decreto establece que la bonificación será cancelada a partir del año 2018.

Advierte que en el certificado de salarios aportado con la demanda se observa como factor salarial devengado, la bonificación pedagógica; así mismo, la Sra. Pineda Gómez adquirió el status de jubilada el 06 marzo de 2018 y de acuerdo al Decreto 2354, para el reconocimiento y pago de la bonificación pedagógica el docente debió trabajar en el año 2018 (léase numeral 2 artículo 3); otra cosa es que para el pago, según el mismo decreto, se estableció que se realizara en mes de diciembre de 2018, así mismo los criterios para liquidar y reconocer la bonificación pedagógica se encuentran en el artículo 3 del mencionado decreto.

Considera que, con las pruebas allegadas al proceso, quedó demostrado que la demandante devengó la Bonificación pedagógica en el año anterior a la adquisición de su estatus pensional; por ello la pensión se debió liquidar con la inclusión del referido factor.

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. Parte demandante.

Solicitó que se revoque la sentencia proferida por el juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales y en su lugar sea acogidas las pretensiones de la demanda disponiendo el reconocimiento de la sanción moratoria definida en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006. No obstante, como puede verse, ese argumento no guarda relación con el objeto de este proceso.

7.2 La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aduce que no debe ordenarse el reajuste en favor de un docente pensionado con base en el mecanismo consagrado en la ley 71 de 1988 pasando por alto la modificación de la ley 100 de 1993. Este beneficio solo aplicó para aquellos pensionados que adquirieron su estatus antes de la vigencia de la ley 100 de 1993. Como puede verse, este argumento tampoco guarda relación con el tema en torno al cual gira la presente controversia.

7.3. Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

Hizo referencia a la normatividad relacionada con la pensión de jubilación y vejez de los docentes oficiales; luego, se remitió a las reglas y las razones que tuvo en cuenta la Sección Segunda del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019 para precisar el régimen pensional de los docentes territoriales, nacionales y nacionalizados, vinculados al servicio público educativo; por último, se solicitó no acceder a la pretensión de incluir factores salariales sobre los cuales no se realizó el aporte o cotización.

II. Consideraciones de la Sala

Teniendo en cuenta los argumentos planteados en el recurso de apelación, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- i) ¿La sentencia de unificación SUJ-014-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, tiene efecto vinculante frente a quienes presentaron la demanda con anterioridad a su expedición?
- ii) ¿Debe la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM asumir el pago de la reliquidación de la pensión de vejez deprecada por la parte demandante?
- iii) ¿Cuáles son los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante?
- iv) ¿La bonificación pedagógica creada por el Decreto 2354 de 2018 como factor de salario para todos los efectos legales, fue causada y devengada en el año estatus por la aquí demandante?

1. Precedente jurisprudencial vinculante.

Ciertamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado fija unos parámetros para la interpretación y aplicación de la ley y por lo tanto, emerge como una fuente de derecho que propende por la garantía del principio de seguridad jurídica e igualdad ante la ley. Así pues, el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está llamado a proferir sentencias de unificación en determinadas materias que requieren de la fijación de un criterio de interpretación que resulte razonable y uniforme para resolver casos de perfiles fácticos y jurídicos análogos.

Desde luego, el efecto vinculante y la obligatoriedad del precedente jurisprudencial también se aplica a la misma Corte de donde emana y por ello, cuando la misma se va a apartar de aquel o cuando va a fijar un nuevo precedente sobre determinada materia, adquiere la carga de argumentar con suficiencia las razones que la mueven para proceder en tal forma; es decir, el precedente no es inmutable pero un cambio en este supone la exposición de unas razones sustentables jurídicamente a fin de no defraudar la confianza legítima de los usuarios de la administración de justicia.

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que *“... ante ciertas circunstancias específicas y bajo una estricta exigencia argumentativa, es posible que se modifiquen las reglas fijadas en los precedentes jurisprudenciales. Así las cosas, tales exigencias permiten, a su vez, reforzar los mismos principios de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, en la medida en que impiden que el precedente judicial se convierta en una materia discrecional.”*¹

En este caso, se observa que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida en el año 2019, expuso las razones por las cuales considera que el ingreso base de liquidación de la pensión de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, está constituido por el salario devengado en el último año de servicio con inclusión de los factores sobre los cuales se hizo el respectivo aporte al sistema de pensiones, los cuales no pueden ser otros que los definidos en la Ley 62 de 1985. De la exposición normativa que hace en dicha providencia, colige que no es dado liquidar la pensión sobre *“todos y cada uno de los devengados en el último año de servicio”* como se reconocía anteriormente por la Alta Corporación. Al respecto dice:

“Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta

¹ SU-406/16.

los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

Unido a lo anterior argumento, en cuanto a los efectos de dicha sentencia de unificación, dispuso lo siguiente:

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política². Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”. 74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. /Líneas de la Sala/

75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

Como puede verse, la sentencia de unificación debe aplicarse de manera inmediata, incluso en los casos que se encuentren en trámite administrativo o judicial porque frente a éstos no se predica el fenómeno de la cosa juzgada; luego, es un precedente que vincula a esta jurisdicción tanto en sentido horizontal como vertical.

Ha de colegirse entonces, que la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado es la que orientará el análisis del caso concreto, tal y como aconteció en primera instancia.

2. Entidad obligada al pago de la pensión.

Frente al primer interrogante planteado, considera la Sala de Decisión que la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM debe asumir el pago de la reliquidación pensional en este caso, por las siguientes razones:

²La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235) [...]»

- a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.
- c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política³.
- d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.
- e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁴, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”. Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...]”.

³“**Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la reliquidación pensional deprecada por la parte actora.

3. Del régimen pensional aplicable a los docentes oficiales.

El Decreto 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, para los empleados del orden nacional, en su artículo 27 dispuso:

*“**Pensión de jubilación o vejez.** El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 % del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.*

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley determine expresamente.”

Este artículo fue reglamentado por el 68 del Decreto 1848 de 1969, así:

*“**Derecho a la pensión.** Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señaladas en el artículo 1 de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.”*

La Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, derogó, en forma expresa, los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968 y, en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 que, a su vez, fue reformada por la Ley 62 de 1985. Al respecto, la primera de las normas aquí citadas, dispuso:

*“**Artículo 1.** El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75 %) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
(...)*

***Parágrafo 2.** Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55)

si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3. *En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.”*

Como puede observarse, ésta norma resulta aplicable a todos los empleados oficiales (del orden nacional, departamental o municipal) salvo, a quienes trabajen en actividades que, por su naturaleza, justifiquen la excepción que determine expresamente la ley ni a quienes disfruten de un régimen especial.

Posteriormente se expidió la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 estableció:

“Artículo 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.” (Subraya la sala).

En el año 1993 se expidió la Ley 100, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, en cuyo artículo 279 consagró:

“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo

serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...”

Los docentes fueron excluidos expresamente del Sistema Integral de Seguridad Social por ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de la pensión de vejez de éstos.

Por su parte, la Ley 115 del 8 de febrero de 1994 -Ley General de la Educación- dispuso:

“Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”

De acuerdo con la parte final del inciso 1 del artículo 115, el régimen prestacional de los educadores es el contenido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, que remiten a las Leyes 33 y 62 de 1985 para los docentes nacionales, aplicables a los territoriales que no contaban con un régimen específico en sus respectivas circunscripciones.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁵, mediante sentencia del 10 de octubre de 2018, consideró lo siguiente:

“{...} de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, en materia de pensión de vejez de los docentes, ni la Ley 91 de 1989 ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen especial. Tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994⁶, pues en el artículo 115 no estableció condiciones excepcionales.⁷ Por esta razón, fuerza concluir que la pensión de jubilación de los docentes sigue sometida al régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el cual continuaron adquiriendo su derecho a la pensión de jubilación ordinaria con 20 años de servicio y 55 de edad.

...

No obstante, la Ley 812 del 27 de junio de 2003⁸, por la cual se aprobó el plan de desarrollo, dispuso en el artículo 81 lo siguiente:

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Luego, el Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, elevó a rango constitucional las reglas contenidas en la Ley

⁵ Rad. 2015-00871. C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado. FNPSM.

⁶ Ley general de la educación.

⁷ “Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

⁸ Rad. 2015-00871. M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado FNPSM.

812 de 2003, sin introducir ninguna modificación en el tema pensional. En el párrafo transitorio dispuso:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficiales es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del sistema general de pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

En estos términos, reiteró el legislador que el régimen aplicable a los docentes vinculados al servicio público oficial es el consagrado en la Ley 91 de 1989. Sin embargo, a los docentes que se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les aplican las reglas contenidas en el artículo 81 de esta.”

Luego, el Consejo de Estado⁹ se volvió a pronunciar mediante sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, estableciendo lo siguiente:

“{...} La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

⁹ consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, CP: césar palomino cortés, Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno:0935-2017, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag

4. El caso concreto.

A la señora **Luz Stella Pineda Gómez** le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación mediante la Resolución N°. 3726-6 del 25 de abril de 2018, con base en el sueldo mensual, prima de vacaciones, bonificación mensual y horas extras.

Por tal razón, reclama en su favor el derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la consolidación del status pensional, esto es, incluyendo la prima de navidad, la prima de servicios y la bonificación pedagógica, devengadas entre el año 2017 y 2018, conforme se acredita con el certificado de salarios que obra en el plenario.

En atención al criterio fijado por el Consejo de Estado en las sentencias ya referidas, esta Sala de Decisión colige que la demandante no tiene derecho a que su pensión se reliquide con todos aquellos rubros constitutivos del salario devengado en el año de servicios anterior a la consolidación del derecho pensional y las razones son las siguientes:

Como se señaló anteriormente, la norma que ampara la situación particular de la parte accionante es la contenida en las Leyes 91 de 1989, la Ley 33 y 62 de 1985.

El parágrafo B. del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 establece:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, dispone:

*“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier*

orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” (Subraya la Sala)

La Sección Segunda de la Alta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual, como contraprestación por sus servicios.

Sin embargo, esta posición como ya se dijo, fue revaluada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación¹⁰, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

El Consejo de Estado en esta nueva oportunidad consideró que la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, proferida el 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social: **“dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.”** (Subraya la sala).

Así, en la mencionada sentencia se precisó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Fundó la nueva tesis en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en concordancia con el artículo 48 constitucional que define la Seguridad Social como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.*

Agregó que *“la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, sólo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.”*

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

Y concluyó que el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Indica que, con esta interpretación “(i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”

En consonancia con lo anterior, mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la Alta Corporación retomó el tema para sentar la regla jurisprudencial según la cual “*En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. /Líneas de la Sala/*

En tal sentido, tomando en cuenta las consideraciones del Consejo de Estado, esta corporación advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la parte demandante con inclusión de la prima de servicios y la prima de navidad, pues ciertamente, estos factores se encuentran por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Esto es, la entidad solamente estaba obligada a incluir los factores enlistados en la referida norma, que hubiesen sido devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional y sobre los cuales se hubiese realizado el respectivo aporte al sistema de pensiones.

Respecto de la bonificación pedagógica, creada en favor de los docentes con posterioridad a la Ley 62 de 1985 mediante el Decreto 2354 del 19 de diciembre de 2018, se tiene que la aquí demandante no causó ni devengó en el año estatus la referida bonificación y las razones son las siguientes:

El Decreto 2354 del 19 de diciembre de 2018, «*Por el cual se crea la Bonificación Pedagógica para los docentes y directivos docentes de las plantas de personal de docentes oficiales de las entidades territoriales certificadas en educación*» dispuso en su artículo 2º la creación de la Bonificación Pedagógica para los docentes y directivos docentes de las plantas de personal de docentes oficiales de las entidades territoriales

certificadas en educación, la cual será cancelada a partir del año 2018 en los términos que a continuación se señalan:

- En el año 2018, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 6% de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.
- En el año 2019, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 11 % de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.
- A partir del año 2020 y en adelante, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 15% de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.

El artículo 3° del precepto legal en cita consagró:

Para liquidar y reconocer la Bonificación Pedagógica, de que trata el artículo anterior se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- 1. La Bonificación Pedagógica se pagará una sola vez al año, en los porcentajes del presente decreto.*
- 2. La Bonificación Pedagógica se reconocerá y pagará cuando el docente y directivo docente cumpla un año continuo de servicios efectivamente prestado.*
- 3. La Bonificación Pedagógica se liquidará sobre la asignación básica mensual que el docente y directivo docente esté devengando para la fecha de causación de la Bonificación.*
- 4. La Bonificación Pedagógica constituye factor salarial para todos los efectos legales.*
- 5. La Bonificación Pedagógica no tendrá efectos retroactivos por ninguna consideración.*

Parágrafo 1. *El primer pago de la Bonificación Pedagógica se realizará en el mes de diciembre de 2018 en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 2 del presente decreto a los docentes y directivos docentes que hayan laborado un (1) año continuo de servicios efectivamente prestado.*

Parágrafo 2. *La Bonificación Pedagógica se pagará con cargo al Sistema General de Participaciones. Para los docentes y directivos docentes no financiados con recursos del Sistema General de Participaciones, la Bonificación Pedagógica será reconocida en la medida en que las entidades territoriales incluyan en sus presupuestos, las partidas correspondientes para el pago de la misma, en los términos y condiciones establecidos en el presente decreto.*

Significa lo anterior que, la causación de la bonificación pedagógica está condicionada al cumplimiento de un requisito, cual es el de haber cumplido un año continuo de servicios efectivamente prestado por el docente. Y si el primer pago se hizo en el mes

de diciembre de 2018, ha de entenderse que el beneficiario del mismo tuvo que acreditar que a dicha data tenía servido un año de labor continua.

El derecho al reconocimiento y pago de ese factor se causó – en lo que al año 2018 respecta – en el mes de diciembre, luego de haber laborado de manera continua durante ese año.

En el sub iudice, el año anterior a la consolidación del estatus pensional está comprendido entre el 6 de marzo de 2017 y el 6 de marzo de 2018 y durante ese lapso no se causó la bonificación pedagógica y menos aún fue reconocida y pagada a la docente; es por ello que al 6 de marzo de 2018 aún no se había consolidado el derecho en cabeza de la aquí demandante y por ende, ese factor no puede ser considerado para efectos de la liquidación de su pensión de vejez.

Luego entonces, el hecho de que dicha bonificación aparezca certificada como factor salarial percibido por la actora en el año 2018 (en tanto fue causada y devengada en diciembre de ese año), no significa que estuviere causada el 6 de marzo o antes de esa fecha. Y es que, al momento de adquirir el estatus, la actora solamente tenía una mera expectativa y no un derecho consolidado, pues para esto último, se itera, debía cumplir con un requisito o condición.

Es de agregar que la misma norma dispone que la bonificación pedagógica no tendrá efectos retroactivos, razón por la cual ha de entenderse que el requisito de un año de servicio continuo es el inmediatamente anterior a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 2354 del 19 de diciembre de 2018 – en cuanto se refiere a la bonificación del año 2018 – y sólo se entiende causado el derecho en ese último mes del año.

En ese sentido, no le asiste razón a la parte demandante para insistir en sus pretensiones, debiéndose confirmar entonces la sentencia de primera instancia.

6. Costas en segunda instancia.

No habrá condena en costas pues no se observa que las mismas se hayan causado en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia del 27 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso que en ejercicio del

medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue promovido por la señora **Luz Estella Pineda Gómez** contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

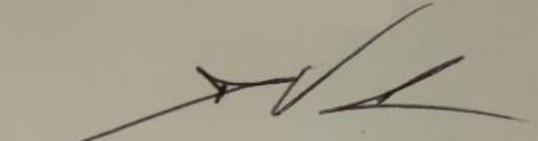
Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese y cúmplase

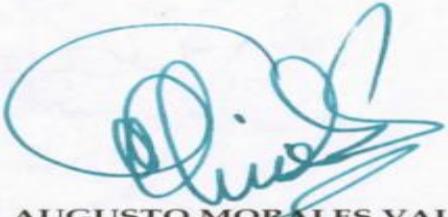
Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala 2ª. Oral de Decisión

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022).

A.I. 85

Radicado	17-001-23-33-000-2021-00260-00
Clase	Nulidad y restablecimiento del derecho
Accionante	Celmira López Ospina
Accionados	Nación –Ministerio de Educación Nacional –FNPSM

Procede la Sala a decidir sobre la admisibilidad de la demanda de la referencia.

I. Antecedentes

Mediante auto del 16 de noviembre de 2021 se ordenó a la parte demandante la corrección de la demanda en los siguientes aspectos:

“Deberá aportar el poder conferido a la apoderada judicial cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos previstos en el artículo 74 del Código General del Proceso o con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 806 de 2020.”

Dentro del término conferido para tal efecto, la parte actora allegó un nuevo poder suscrito por la señora Celmira López Ospina, sin presentación personal y tampoco generado a través de un mensaje de datos originado por la poderdante, tal y como se observa en el archivo 007 de la Carpeta Digital.

II. Consideraciones

De la orden de corrección de la demanda se desprende claramente que el poder debía cumplir con los requisitos previstos en el artículo 74 del Código General del Proceso o con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 806 de 2020, normas que en lo pertinente disponen:

Artículo 74. Los poderes generales para toda clase de procesos solo podrán conferirse por escritura pública. El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados.

El poder especial puede conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez del conocimiento. El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario. Las sustituciones de poder se presumen auténticas.

[...]

El artículo 5 del Decreto 806 de 2020 indica:

*Artículo 5. Los poderes especiales para cualquier actuación judicial se podrán **conferir** mediante **mensaje de datos**, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento. En el poder se indicará expresamente la dirección de correo electrónico del apoderado que deberá coincidir con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados. Los poderes otorgados por personas inscritas en el registro mercantil, deberán ser remitidos desde la dirección de correo electrónico inscrita para recibir notificaciones judiciales.*

De conformidad con la Ley 527 de 2009¹, el mensaje de datos es “La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”

Como puede verse, el poder conferido mediante mensaje de datos debe ser generado y enviado por la poderdante a través de cualquier canal digital que permita determinar sin lugar a dudas, que el mensaje proviene de dicho canal asociado a quien expresa su voluntad de constituir el mandato.

En el poder otorgado mediante mensaje de datos es esencial demostrar que el mismo proviene de un medio electrónico vinculado al poderdante, pues en ello consiste precisamente esta nueva modalidad prevista en la ley. La otra modalidad es el memorial suscrito por quien otorga poder, presentado personalmente ante Notario o Juez.

Precisado lo anterior es dado concluir que, el memorial poder enviado por el apoderado de la parte demandante desde la cuenta de correo de éste - manizaleslopezquintero@gmail.com - (doc. 06) no corresponde a un mensaje de datos originado en la poderdante, en los

¹ “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.”

términos consagrados en el artículo 5 del Decreto 806 de 2020. Tampoco se observa que dicho memorial hubiese sido presentado personalmente por la señora Celmira López Ospina ante Juez o Notario, por lo que tampoco se ajusta a lo preceptuado en el artículo 74 del Código General del Proceso.

Ahora bien, sobre las consecuencias procesales de incumplir con la orden de corrección de la demanda, el artículo 169 del C.G.P. dispone:

Artículo 169. Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:

- 1. Cuando hubiere operado la caducidad.*
- 2. **Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda** dentro de la oportunidad legalmente establecida.*
- 3. Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial. /Negrilla de la Sala/*

Siendo ello así, ante la ausencia de poder debidamente conferido por la parte actora de conformidad con lo ordenado en el auto del 16 de noviembre de 2021, se procederá a rechazar la demanda con fundamento en las normas ya reseñadas.

Por lo brevemente expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, en Sala de Decisión,

III. Resuelve

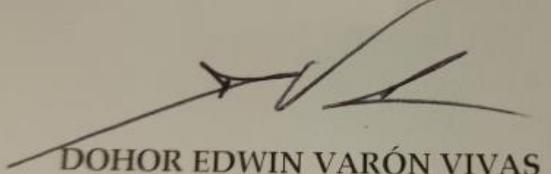
- 1.- Recházase** por no corrección, la demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora **Celmira López Ospina** contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.**
- 2.-** Ejecutoriado el presente auto, archívese el expediente previa cancelación de su radicación y hágase entrega de sus anexos sin necesidad de desglose, y repórtese **LA COMPENSACIÓN.** .

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

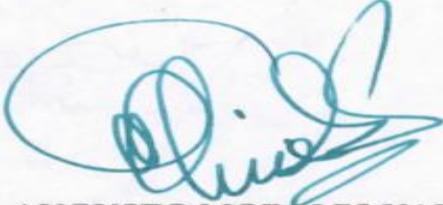
Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Patricia Valencia

Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 088

Asunto:	Decreto de pruebas
Acción:	Validez de Acuerdo Municipal
Radicación:	17001-23-33-000-2022-00047-00
Accionante:	Sandra Milena Ramírez Vasco (Secretaria Jurídica del Departamento de Caldas)
Accionado:	Decreto 03 del 20 de enero de 2022, emanado del Alcalde Municipal de Pácora, Caldas.

Manizales, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Dentro del término de fijación en lista se presentó intervención del Municipio de Pácora para referirse a la constitucionalidad o legalidad del Decreto 03 del 20 de enero de 2022, emanado del Alcalde Municipal de Pácora, Caldas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 121 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), **SE ABRE EL PROCESO A PRUEBAS.**

Hasta donde la ley lo permita, téngase como prueba documental la aportada por el Departamento de Caldas que obra en los archivos 2 y 3 del expediente.

El Departamento de Caldas no realizó solicitud expresa de práctica de pruebas.

Hasta donde la ley lo permita, téngase como prueba documental la aportada por el Municipio de Pácora, Caldas, que obra en el archivo 12 del expediente.

El Municipio de Pácora, Caldas, y el Concejo Municipal de esa entidad territorial no realizaron solicitud expresa de práctica de pruebas.

No existiendo pruebas que practicar, adicionales a la documental que fue aportada al expediente, **SE PRESCINDE** de la etapa probatoria. Una vez

ejecutoriada esta providencia, regrese inmediatamente el expediente al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:

Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **db7a0d089183313127e05ff1ca99fc1419bb0c12429e59695254e058aa28c**
Documento generado en 11/03/2022 10:57:01 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>