

REPUBLICA DE COLOMBIA

**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA UNITARIA
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2014-00124-00
CLASE	EJECUTIVO A CONTINUACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE	LUZ ELENA ESCOBAR ZAPATA
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM

Pasa el Despacho Uno del Tribunal Administrativo de Caldas a pronunciarse sobre la demanda ejecutiva a continuación de sentencia, por Luz Elena Escobar Zapata contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

LA DEMANDA EJECUTIVA

Solicitó la señora Escobar Zapata se libre mandamiento de pago contra Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por el valor de \$38.066.666.oo.

Como fundamento de su pretensión de ejecución, refirió que, mediante sentencia del 22 de enero de 2015, se ordenó actualizar la base de liquidación de la pensión de jubilación, y por consiguiente reliquidar las mesas pensiones respectivas; esta sentencia fue confirmada por el Consejo de Estado mediante fallo del 16 de agosto de 2018.

Mediante Resolución nro. 1150-6 del 03 de marzo de 2021 el FNPSM reconoció y ordenó el pago del ajuste de la pensión de jubilación reconocida a favor de la señora Escobar Zapata; sin embargo, en la liquidación efectuada existe unas inconsistencias, de suerte que se le adeuda la suma de \$38.066.666.oo.

CONSIDERACIONES

Marco Normativo

Conforme con el artículo 297 del CPCA, son títulos ejecutivos para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los siguientes:

ARTÍCULO 297. TÍTULO EJECUTIVO. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

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

2. Las decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas queden obligadas al pago de sumas de dinero en forma clara, expresa y exigible.

3. Sin perjuicio de la prerrogativa del cobro coactivo que corresponde a los organismos y entidades públicas, prestarán mérito ejecutivo los contratos, los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo a través del cual se declare su incumplimiento, el acta de liquidación del contrato, o cualquier acto proferido con ocasión de la actividad contractual, en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones.

4. Las copias auténticas de los actos administrativos con constancia de ejecutoria, en los cuales conste el reconocimiento de un derecho o la existencia de una obligación clara, expresa, y exigible a cargo de la respectiva autoridad administrativa. La autoridad que expida el acto administrativo tendrá el deber de hacer constar que la copia auténtica corresponde al primer ejemplar. [Negrillas y subrayas fuera del texto]

A su turno, el artículo 298 del CPACA modificado por el artículo 80 de la Ley 2080 de 2021 establece:

ARTÍCULO 298. Procedimiento. Una vez transcurridos los términos previstos en el artículo 192 de este código, sin que se haya cumplido la condena impuesta por esta jurisdicción, el juez o magistrado competente, según el factor de conexidad, librará mandamiento ejecutivo según las reglas previstas en el Código

General del Proceso para la ejecución de providencias, previa solicitud del acreedor.

Si el título lo constituye una conciliación aprobada por esta jurisdicción o un laudo arbitral en que hubiere sido parte una entidad pública, el mandamiento ejecutivo se librá, previa solicitud del acreedor, una vez transcurridos seis (6) meses desde la firmeza de la decisión o desde la fecha que en ella se señale, bajo las mismas condiciones y consecuencias establecidas para las sentencias como título ejecutivo. En este caso, se observarán las reglas establecidas en el Código General del Proceso para la ejecución de providencias judiciales.

Si la ejecución se inicia con título derivado de conciliación aprobada por esta jurisdicción, se aplicará el factor de competencia por conexidad. Si la base de ejecución es un laudo arbitral, operarán los criterios de competencia por cuantía y territorial, definidos en este código.

PARÁGRAFO. Los defectos formales del título ejecutivo podrán declararse por el juez de oficio en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso.

A su vez, el H. Consejo de Estado – Sección 3ª, con ponencia del Magistrado, Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, refiriéndose a las condiciones esenciales de los títulos ejecutivos, expresó que,

“(...) Esta Sección (alude a los autos de 4 de mayo de 2002 y 30 de marzo de 2006, expedientes 15.679 y 30.086, en su orden) ha señalado que los títulos ejecutivos deben gozar de ciertas condiciones esenciales, unas formales y otras sustantivas. Las primeras (las formales, anota este Tribunal) se refieren a que los documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación, sean auténticos y emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva, de conformidad con la ley.

Las condiciones sustanciales se traducen en que las obligaciones que se acrediten en favor del ejecutante o de su causante y a cargo del ejecutado o de su causante, sean claras, expresas y exigibles”.

En el caso que ocupa la atención del Tribunal, el título ejecutivo se encuentra constituido por la sentencia dictada el 22 de enero de 2015 por este Tribunal, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con radicado 17001-23-33-000-2014-00124-00, en el que fungió como demandante

la señora Luz Elena Escobar Zapata y como demandada la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio providencia en la cual este órgano judicial decidió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley” “Falta de legitimación en la cauda por pasiva” y “prescripción” propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción denominada “Falta de legitimación en la cauda por pasiva” propuesta por el Departamento de Caldas.

TERCERO: DECLARAR *nulo el Oficio P.S. 755 del 29 de julio de 2013, que negó la actualización e indexación de la pensión de jubilación de la señora Luz Elena Escobar Zapata.*

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, se condena a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a actualizar la base de liquidación de la pensión de jubilación de la señora LUZ ELENA ESCOBAR ZAPATA, e igualmente, proceda a reliquidar las mesadas pensionales respectivas tal y como se señaló en la parte motiva. Para el efecto, tendrán en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer dichos ajustes.

De igual forma, **SE ORDENA** pagar a la actora las sumas de dinero dejadas de percibir, equivalentes a la diferencia entre lo recibido por ella y lo que efectivamente le corresponde, con base en lo aquí ordenado.

QUINTO: se condena en costas a cargo de la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código General del Proceso (art. 366 del CGP). Se fijan las agencias en derecho por valor de \$518.673.

SEXTO: CÚMPLASE con la ejecución de la sentencia dentro de los términos señalados en los artículos 192 y subsiguientes del CPACA.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

El fallo de primera instancia fue confirmado por el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, con sentencia del 16 de agosto de 2018 (PDF nro. 003 del expediente digitalizado)

Posteriormente, la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Resolución 1150-6 del 03 de marzo de 2021 pretendió dar cumplimiento al fallo judicial ordenando ajustar la pensión de jubilación reconocida a favor de la señora Escobar Zapata; de igual forma ordenó reconocer y pagar las diferencias pensionales adeudadas, los intereses moratorios, costas y agencias en derecho con ocasión de la orden de reajustar la pensión de jubilación reconocida.

De acuerdo con lo expuesto, el Despacho encuentra, que estamos frente a una obligación que cumple con los parámetros del artículo 422 de la Ley 1564 de 2012 y las pautas trazadas por el H. Consejo de Estado en cuanto a los requisitos del documento base de la ejecución, pues la obligación reclamada reviste las siguientes características:

- (i) **Es clara**, atendiendo a que el contenido de la condena impuesta es diáfano, esto es, se entiende en un solo sentido.
- (ii) **Es expresa**, en tanto emana de la redacción misma de las providencias que le sirven de base.
- (iii) **Es exigible**, por no hallarse sometida a plazo o condición diferente de los términos de ley, específicamente el previsto en el artículo 192 inc. 2º de la Ley 1437 de 2011 (10 meses a partir de la ejecutoria de la sentencia), lapso que en el *sub lite* se halla superado.

Una vez dilucidado lo anterior, el Tribunal efectúa la siguiente liquidación:

Año	Mes	Días	Días Suspensión Intereses	Pagos	Diferencia Mesadas	Aporte Salud	Diferencia Neta	Capital	Tasa DTF	Tasa Corriente	Tasa Moratoria	Interes Nominal	Interés Mensual	Interés Acumulado
								53.28 1.257						
2018	SEPTIEMBRE	11			227.201	27.264	199.937	53.481.193	4,53			0,370%	72.533	72.533
2018	OCTUBRE	30			619.638	74.357	545.282	54.026.475	4,43			0,362%	195.509	268.042
2018	NOVIEMBRE	30			619.638	74.357	545.282	54.571.757	4,42			0,361%	197.045	465.087
2018	DICIEMBRE	60	11		1.239.277	148.713	1.090.563	55.662.320	4,54			0,371%	130.676	595.763
2019	ENERO	30	30		639.343	76.721	562.622	56.224.942	4,56			0,372%	0	595.763
2019	FEBRERO	30	30		639.343	76.721	562.622	56.787.563	4,57			0,373%	0	595.763
2019	MARZO	30	30		639.343	76.721	562.622	57.350.185	4,55			0,371%	0	595.763
2019	ABRIL	30	21		639.343	76.721	562.622	57.912.807	4,54			0,371%	64.402	660.165

20				639.3	76.7	562.6	58.47	4,			0,36	214.	875.0
19	MAYO	30		43	21	22	5.428	5			7%	886	51
20				1.278	153.	1.125	59.60	4,			0,36	219.	1.095.
19	JUNIO	60		.686	442	.243	0.671	52			9%	975	026
20				404.9	48.5	356.3	59.95	4,			0,36	138.	1.233.
19	JULIO	19		17	90	27	6.999	47			5%	631	657
20				234.4	28.1	206.2	60.16		19,3		2,14	472.	1.706.
19	JULIO	11		26	31	95	3.293		2	28,98	3%	826	482
20				639.3	76.7	562.6	60.72		19,3		2,14	1.30	
19	AGOSTO	30		43	21	22	5.915		2	28,98	3%	1.58	3.008.
												3	066
20				639.3	76.7	562.6	61.28		19,3		2,14	1.31	
19	SEPTIEMBRE	30		43	21	22	8.536		2	28,98	3%	3.64	4.321.
												2	708
20				639.3	76.7	562.6	61.85				2,12	1.31	
19	OCTUBRE	30		43	21	22	1.158		19,1	28,65	2%	2.21	5.633.
												6	923
20				639.3	76.7	562.6	62.41		19,0	28,54	2,11	1.31	
19	NOVIEMBRE	30		43	21	22	3.780		3	5	5%	9.81	6.953.
												5	739
20				1.278	153.	1.125	63.53		18,9	28,36	2,10	1.33	
19	DICIEMBRE	60		.686	442	.243	9.023		1	5	3%	6.03	8.289.
												4	773
20				663.6	79.6	584.0	64.12		18,7	28,15	2,08	1.33	
20	ENERO	30		38	37	01	3.024		7	5	9%	9.38	9.629.
												1	154
20				663.6	79.6	584.0	64.70		19,0		2,11	1.37	
20	FEBRERO	30		38	37	01	7.025		6	28,59	8%	0.23	10.99
												6	9.390
20				663.6	79.6	584.0	65.29		18,9	28,42	2,10	1.37	
20	MARZO	30		38	37	01	1.027		5	5	7%	5.46	12.37
												9	4.859
20				663.6	79.6	584.0	65.87		18,6	28,03	2,08	1.37	
20	ABRIL	30		38	37	01	5.028		9	5	1%	0.72	13.74
												7	5.586
20				663.6	79.6	584.0	66.45		18,1	27,28	2,03	1.34	
20	MAYO	30		38	37	01	9.029		9	5	1%	9.67	15.09
												2	5.258
20				1.327	159.	1.168	67.62		18,1		2,02	1.36	
20	JUNIO	60		.276	273	.003	7.032		2	27,18	4%	8.64	16.46
												7	3.906
20				663.6	79.6	584.0	68.21		18,1		2,02	1.38	
20	JULIO	30		38	37	01	1.033		2	27,18	4%	0.46	17.84
												7	4.372
20				663.6	79.6	584.0	68.79		18,1		2,02	1.39	
20	JULIO	30		38	37	01	5.034		2	27,18	4%	2.28	19.23
												6	6.658
20				663.6	79.6	584.0	69.37		18,2	27,43	2,04	1.41	
20	AGOSTO	30		38	37	01	9.035		9	5	1%	5.92	20.65
												1	2.579
20				663.6	79.6	584.0	69.96		18,3	27,52	2,04	1.43	
20	SEPTIEMBRE	30		38	37	01	3.037		5	5	7%	2.04	22.08
												0	4.618
20				663.6	79.6	584.0	70.54		18,0	27,13	2,02	1.42	
20	OCTUBRE	30		38	37	01	7.038		9	5	1%	5.62	23.51
												0	0.239
20				663.6	79.6	584.0	71.13		17,8		1,99	1.41	
20	NOVIEMBRE	30		38	37	01	1.039		4	26,76	6%	9.56	24.92
												0	9.799
20				1.327	159.	1.168	72.29		17,4		1,95	1.41	
20	DICIEMBRE	60		.276	273	.003	9.042		6	26,19	7%	5.18	26.34
												0	4.980
20				674.3	80.9	593.4	72.89		17,3		1,94	1.41	
21	ENERO	30		22	19	04	2.445		2	25,98	3%	6.48	27.76
												1	1.461
20				674.3	80.9	593.4	73.48		17,5		1,96	1.44	
21	FEBRERO	30		22	19	04	5.849		4	26,31	5%	4.34	29.20
												6	5.806
20				674.3	80.9	593.4	74.07		17,4	26,11	1,95	1.44	
21	MARZO	30		22	19	04	9.253		1	5	2%	6.28	30.65
												4	2.090

20						74,07					1,43		
21	ABRIL	30				9.253	17,3	25,96	1,94	8,79	32,09		
20						19,85							
21	ABRIL	30	86,31			1.430	1	5	2%	4	0,885		
20						19,85							
21	MAYO	30				1.430	17,2	25,83	1,93	383,	383,7		
20						19,85							
21	JUNIO	30				1.430	2	5	3%	753	53		
20						19,85							
21	JUNIO	30				1.430	17,2	25,81	1,93	383,	767,3		
20						19,85							
21	JULIO	30				1.430	1	5	2%	552	06		
20						19,85							
21	JULIO	30				1.430	17,1	25,77	1,92	382,	1.150,		
20						19,85							
21	AGOSTO	30				1.430	8	5	9%	949	255		
20						19,85							
21	AGOSTO	30				1.430	17,2	25,86	1,93	384,	1.534,		
20						19,85							
21	SEPTIEMBRE	30				1.430	4	5	5%	155	411		
20						19,85							
21	SEPTIEMBRE	30				1.430	17,1	25,78	1,93	383,	1.917,		
20						19,85							
21	OCTUBRE	30				1.430	9	5	0%	150	561		
20						19,85							
21	OCTUBRE	30				1.430	17,0	25,62	1,91	380,	2.298,		
20						19,85							
21	NOVIEMBRE	30				1.430	8	5	9%	937	498		
20						19,85							
21	NOVIEMBRE	30				1.430	17,2	25,90	1,93	384,	2.683,		
20						19,85							
21	DICIEMBRE	30				1.430	7	5	8%	758	256		
20						19,85							
21	DICIEMBRE	30				1.430	17,4	26,19	1,95	388,	3.071,		
20						19,85							
22	ENERO	30				1.430	6	5	7%	572	828		
20						19,85							
22	ENERO	30				1.430	17,6	26,49	1,97	392,	3.464,		
20						19,85							
22	FEBRERO	30				1.430	6	5	8%	577	405		
20						19,85							
22	FEBRERO	30				1.430	18,3	27,45	2,04	405,	3.869,		
20						19,85							
22	MARZO	30				1.430	18,4	27,70	2,05	408,	4.278,		
20						19,85							
22	MARZO	30				1.430	7	5	9%	711	452		
20						19,85							
22	ABRIL	30				1.430	19,0	28,57	2,11	420,	4.698,		
20						19,85							
22	MAYO	30				1.430	5	5	7%	177	629		
20						19,85							
22	MAYO	30				1.430	19,7	29,56	2,18	433,	5.131,		
20						19,85							
22	JUNIO	30				1.430	1	5	2%	138	767		
20						19,85							
22	JUNIO	30				1.430	20,4	30,6	2,25	446,	5.578,		
20						19,85							
22	JULIO	30				1.430	0%		592	359			
20						19,85							
22	JULIO	30				1.430	21,2	31,92	2,33	463,	6.041,		
20						19,85							
22	AGOSTO	30				1.430	8	5	5%	610	970		
20						19,85							
22	AGOSTO	30				1.430	22,2	33,31	2,42	481,	6.523,		
20						19,85							
22	SEPTIEMBRE	30				1.430	1	5	5%	426	395		
20						19,85							
22	SEPTIEMBRE	30				1.430	23,5	35,25	2,54	505,	7.029,		
20						19,85							
22	OCTUBRE	30				1.430	23,5	35,25	8%	857	253		
20						19,85							
22	OCTUBRE	30				1.430	24,6	36,91	2,65	526,	7.555,		
20						19,85							
22	NOVIEMBRE	30				1.430	1	5	3%	624	877		
20						19,85							
22	NOVIEMBRE	30				1.430	25,7	38,67	2,76	548,	8.104,		
20						19,85							
22	DICIEMBRE	30				1.430	8	5	2%	265	142		
20						19,85							
22	DICIEMBRE	30				1.430	27,6	41,46	2,93	582,	8.686,		
20						19,85							
23	ENERO	30				1.430	4	43,26	3,04	603,	9.289,		
20						19,85							
23	FEBRERO	30				1.430	4	45,27	1%	698	997		
20						19,85							
23	FEBRERO	30				1.430	30,1	8	3,16	627,	9.917,		
20						19,85							
23	MARZO	14				1.430	8	46,26	1%	462	459		
20						19,85							
23	MARZO	14				1.430	30,8	4	3,21	298,	10.21		
							4	46,26	9%	226	5.685		

De lo anterior se obtienen los siguientes totales, aclarando que, en los términos impetrados en la demanda ejecutiva, la liquidación incluye los intereses de mora que se han ido generando con el no pago de la obligación a cargo de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

RESUMEN LIQUIDACIÓN	
VALOR DIFERENCIA MESADAS DESDE FECHA DE ESTATUS A FECHA DE EJECUTORIA DE LA SENTENCIA	52.508.7
	88

- APORTES SALUD	- 6.301.05 5
VALOR DIFERENCIA MESADAS NETAS DESDE FECHA DE ESTATUS A FECHA DE EJECUTORIA DE LA SENTENCIA	46.207.7 34
+ INDEXACIÓN	7.073.52 3
CAPITAL PARA COBRO DE INTERESES	53.281.2 57
+ VALOR DIFERENCIA MESADAS DESDE FECHA EJECUTORIA DE LA SENTENCIA A FECHA DE PAGO REAJUSTE	23.634.0 86
- APORTES SALUD	- 2.836.09 0
+ INTERESES CAUSADOS HASTA LA FECHA DE PAGO	32.090.8 85
TOTAL ADEUDADO HASTA FECHA DE PAGO	106.170. 138
- PAGO REAJUSTE	- 86.318.7 07
SALDO POR PAGAR	19.851.4 30
INTRESES DESDE FECHA DE PAGO DE REAJUSTE A 14 DE MARZO DE 2023	10.215.6 85
TOTAL ADEUDADO A LA FECHA	30.067.1 15

RESUMEN LIQUIDACIÓN	
CAPITAL ADEUDADO A 30/04/2021	74.079.253
INTERESES CAUSADOS A 30/04/2021	32.090.885
TOTAL ADEUDADO	106.170.138
PAGO	-86.318.707
CAPITAL ADEUDADO A PARTIR 01/05/2021	19.851.430
INTERESES A 14/03/2023	10.215.685
VALOR ADEUDADO A 14/03/2023	30.067.115

El artículo 430 del Código General del Proceso establece que, “*Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal*”, por lo que en el sub lite, encuentra mérito la Sala Unitaria para proferir orden de pago por las sumas enlistadas.

Es por o ello que,

RESUELVE

PRIMERO: LÍBRASE MANDAMIENTO DE PAGO a favor de la **LUZ ELENA ESCOBAR ZAPATA** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por concepto de capital, intereses de mora y costas procesales producto de la sentencia proferida en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número de radicación 17001-23-33-000-2014-00124-00, por las siguientes sumas de dinero:

RESUMEN LIQUIDACIÓN	
CAPITAL ADEUDADO A PARTIR 01/05/2021	19.851.430
INTERESES A 14/03/2023	10.215.685
VALOR ADEUDADO A 14/03/2023	30.067.115

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a la demandada y al Ministerio Público, de conformidad con lo establecido en los artículos 198, 199 y 200 de la Ley 1437 de 2011 (modificados por los cánones 48 y 49 de la Ley 2080 de 2021), haciéndosele saber a la ejecutada que dispone del término de cinco (5) días para pagar o el de diez (10) días para formular excepciones (art. 431 CGP).

NOTIFÍQUESE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO
Notificación por Estado Electrónico nro. 045 del 15 de marzo de 2023.

Firmado Por:
Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **b1a8650627947c49de6d2aab9879b44078442d72d38c4a5b9473e03fd328092f**

Documento generado en 14/03/2023 02:16:36 PM

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

17001-33-39-008-2016-00049-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 095

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandante, contra la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por el señor **JAIRO DE JESÚS GUEVARA VALENCIA Y OTROS** contra la **NACIÓN-RAMA JUDICIAL**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandante, contra la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por el señor **JAIRO DE JESÚS GUEVARA VALENCIA Y OTROS** contra la **NACIÓN-RAMA JUDICIAL**.

¹ Ley 1437 de 2011.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Augusto Morales Valencia', enclosed within a circular blue stamp or seal.

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17-001-33-33-008-2016-00213-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

S. 035

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJIA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 8º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **AMANDA CASTILLO ORTIZ** contra el **MUNICIPIO DE ANSERMA (CALDAS)**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Pretende la parte actora se declare nulo el Decreto N°02 de 1° de enero de 2016, mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento como Gerente de la E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL de esa municipalidad. A título de restablecimiento del derecho, impetra se ordene su reintegro a dicho empleo o a uno de superior categoría, con el consecuente pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, sumas debidamente indexadas, y se condene en costas a la parte demandada.

CAUSA PETENDI

La Odontóloga AMANDA CASTILLO ORTIZ fue designada como gerente de la E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL el 11 de enero de 2013, tomando posesión del cargo el mismo día. Posteriormente, su nombramiento fue declarado insubsistente a través del acto demandado. En su reemplazo fue designada la señora LUZ JANETH RAMÍREZ ACEVEDO, mientras se adelanta el concurso de méritos correspondiente.

➤ La desvinculación de la demandante obedeció, básicamente, a motivaciones políticas que se encuentran prohibidas en la legislación nacional, sobre todo tratándose de Empresas Sociales del Estado (ESEs), cuyo criterio orientador debe ser el concurso de méritos, que a la fecha de presentación de la demanda no había sido convocado.

NORMAS VIOLADAS

Y

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Enunció como vulnerado el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, que establece que los gerentes de las E.S.E. deben ser designados a través de concurso de méritos a celebrarse dentro de los 3 meses siguientes a la posesión del respectivo alcalde, y en contraste, señala que en el caso concreto el burgomaestre se posesionó, y el mismo día, dispuso la desvinculación de la demandante, y hasta la data de presentación de la demanda, no había cumplido aún el deber legal de adelantar dicho proceso de selección, por lo que considera que, a menos que mediara una causa legal, no podía ser desvinculada mientras no fuera para proveer el cargo de manera definitiva.

Insistió que de acuerdo con el mandato legal, lo que procedía una vez se posesionara el alcalde era convocar a un concurso de méritos, y no desvincular a la persona que ocupaba el cargo para designar a otra en interinidad, lo que configura una auténtica desviación de poder en la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la accionante, además de que en el acto no se invoca ninguna justificación legal.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EL MUNICIPIO DE ANSERMA (CALDAS) se opuso a las pretensiones de la parte actora /fls. 34-46/, alegando que el nombramiento de la demandante como gerente de la E.S.E. fue transitorio, tal es así, que incluso ella convocó y participó en reuniones donde se estudiaba la estructuración del concurso de méritos para la provisión definitiva del cargo, anotando que la accionante tampoco agotó la totalidad de gestiones para que el cargo pudiera ser proveído mediante concurso, por lo que le cabe responsabilidad en la interinidad que mantuvo la gerencia del ente hospitalario.

Expresó que al caso de la nulidisciente no puede aplicarse lo estipulado en la Ley 1122 de 2007 por tratarse de un nombramiento transitorio o precario, que no gozaba de las prerrogativas de la estabilidad laboral, además, la accionante no accedió al cargo con base en dicha norma, sino que estaba encargada ante la renuncia del titular HÉCTOR URIEL LÓPEZ BUITRAGO, al paso que anota que la junta directiva de la E.S.E. discutió en el año 2013 la procedencia de citar a concurso de méritos, pero la demandante fue quien argumentó que carecían de recursos para adelantarlos.

Propuso las excepciones denominadas 'INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD', indicando que la demandante no gozaba de estabilidad laboral

atendiendo lo transitorio de su nombramiento, por lo que podía ser separada del cargo sin motivación, en virtud de la facultad discrecional del nominador; 'CARENCIA DE PRESUPUESTOS FÁCTICOS Y SUSTANCIALES DE LA DEMANDA -CARENCIA DE OBJETO Y DE DERECHO- INEXISTENCIA DEL DERECHO PRETENDIDO', acota que la demandante no accedió al cargo por concurso de méritos, por lo que no puede derivar derechos reservados para los servidores que superan este tipo de proceso de selección; 'FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA', pues la señora CASTILLO ORTIZ no prestó sus servicios al municipio sino a la E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL, que no se halla demandada, por lo que la municipalidad no ostenta legitimación para obrar como demandada en este asunto; e 'INEXISTENCIA DE DESVIACIÓN DE PODER', precisando que en reemplazo de la demandante fue designada una persona con mayor experiencia en esa área, con el fin de mejorar el servicio.

LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

La Jueza 8ª Administrativa de Manizales dictó sentencia accediendo a las pretensiones de la parte demandante /fls. 252-274 cdno. 1/.

La funcionaria judicial, luego de referirse de manera extensa al marco jurídico que gobierna la selección de gerentes o directores de las E.S.E. y a la categoría de empleos temporales consagrada en la Ley 909/04, aseguró que la provisión del cargo de gerente de la E.S.E. SAN VICENTE DE PAÚL debía hacerse por concurso de méritos, mientras que lo ocurrido fue que la demandante AMANDA CASTILLO ORTIZ fue designada transitoriamente, y luego de más de 2 años, fue reemplazada también por otra persona en provisionalidad. Anotó que, pese a que la accionante CASTILLO ORTIZ fue designada mediante un nombramiento que denominó impropriamente 'transitorio', reviste todas las características de la provisionalidad, puesto que se hizo para cubrir un cargo que estaba

vacante de manera definitiva, por lo que no podía ser desvinculada mientras la provisión del empleo no se hiciera mediante concurso de méritos.

Indicó que la Corte Constitucional ha pregonado que los servidores designados en provisionalidad no cuentan con la estabilidad que se predica de quienes ingresan en virtud de la carrera administrativa; sin embargo, tampoco se hallan sometidos a la absoluta discrecionalidad de quienes ocupan empleos de libre nombramiento y remoción, por lo que gozan de una estabilidad intermedia, que implicaba exponer las razones de interés público que conllevaban la desvinculación de la actora.

En cuanto al caso concreto, concluyó que con el acto administrativo demandado se incurrió en falsa motivación, pues los argumentos expuestos al declarar la insubsistencia del nombramiento de la demandante se refieren a la necesidad de proveer el cargo mediante concurso de méritos, y contrario a ello, la provisión se hizo con una persona que no superó un concurso, acudiendo al encargo, indicó el *Aquo*, por lo que es ajena a la realidad, más aún, cuando en el acto no se expusieron razones de mejora del servicio o desempeño laboral de la accionante.

En conclusión, declaró parcialmente nulo el acto demandado (ordinal 1º), ordenando el reintegro de la accionante a un cargo de igual o superior categoría mientras este no haya sido provisto por concurso de méritos (ordinal 2º), y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir utilizando la fórmula de actualización, y descontando los pagos laborales que haya recibido durante su desvinculación, por un periodo entre mínimo 6 meses y máximo 24 meses, según el criterio adoptado por la H. Corte Constitucional (ordinal 3º), y declarando que no habría solución de

continuidad entre el lapso comprendido entre el retiro del servicio y el reintegro(ordinal 4º).

RECURSO DE SEGUNDO GRADO

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra el fallo proferido en primera instancia con el escrito visible de folios 277 a 282 del cuaderno 1A, indicando que la jueza ocupó extensos apartados de la sentencia a aludir a las normas que regulan los empleos temporales, lo que resulta extraño, pues nada tiene que ver con el proceso, más cuando el cargo sobre el que versan las pretensiones es uno de aquellos denominados de periodo, cuestionando igualmente que se hayan aplicado las normas de la Ley 909 de 2004, pues inste, se trata de un empleo diferente a los temporales a que se refieren en esta legislación, los cuales se instituyeron como una herramienta para suplir las necesidades de personal, mas no como en este caso concluyó la jueza de primera instancia, como una manera de proveer empleos de periodo que se encuentren vacantes.

Insistiendo en el cuestionamiento a la sentencia de primer grado en cuanto se basó en los mandatos de la Ley 909 de 2004, la cual a su juicio únicamente se aplica a los empleos de carrera administrativa y no, como en este caso, que el litigio versa sobre un empleo de período, considerando que el nombramiento de la demandante no podía ser considerado como provisional según el entendimiento que le brinda este esquema normativo, como tampoco resultaban aplicables las reglas sobre motivación de los actos de insubsistencia para este tipo de designaciones.

Señaló igualmente el impugnante, que el fallo apelado vulnera el principio de congruencia de la sentencia, pues los supuestos móviles políticos que derivaron en la insubsistencia de su nombramiento no fueron

acreditados, y en cambio, la jueza construyó su sentencia con base en normas de carrera administrativa que no resultan aplicables al caso.

Finalmente puntualizó, que si bien al momento de contestar la demanda se indicó que se iba a adelantar un nuevo concurso de méritos para la provisión del cargo de gerente de la E.S.E., la entidad desistió de esa posibilidad por los costos que implicaba, y porque se tenía conocimiento que el Congreso de la República adelantaba el trámite de una modificación a la forma de provisión de estos cargos, como en efecto ocurrió al proferirse la Ley 1797 de 2016.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende por manera la parte demandante, se anule el acto administrativo con el cual la entidad accionada declaró insubsistente su nombramiento como gerente de la E.S.E. SAN VICENTE DE PAÚL de Anserma (Caldas) y, en consecuencia, se ordene su reintegro al cargo, o a uno de superior categoría, con el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a los motivos de apelación y a lo que fue materia de decisión por el Juez *A quo*, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

★ ***¿ES EN VERDAD NULO EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARÓ LA INSUBSISTENCIA DEL NOMBRAMIENTO DE LA ACCIONANTE, DOCTORA AMANDA***

**CASTILLO ORTIZ, COMO GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO
HOSPITAL “SAN VICENTE DE PAÚL” DE ANSERMA, CALDAS?**

EN CASO AFIRMATIVO,

- ★ **¿EN NOMBRAMIENTO QUE SE LE HIZO EN PROVISIONALIDAD A LA SEÑORA CASTILLO ORTÍZ ERA INDEFINIDO, O HASTA CUANDO PODÍA EXTENDERSE?**

- ★ **¿A QUÉ CRÉDITOS TENDRÍA DERECHO LA NULIDISCENTE?**

(I)
**NOMBRAMIENTO DE GERENTE
DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO**

En el Libro II de la Ley 100 de 1993 se reguló el “Sistema General de Seguridad Social en Salud”, estableciendo en el Capítulo II la organización del Sistema (Entidades Promotoras de Salud “EPS”) en el capítulo I; Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud “IPS” en el capítulo II; las Empresas Sociales del Estado “ESE” en el capítulo III; y en el capítulo IV se refirió a los Usuarios.

Con respecto a las ESE, el artículo 194 ibidem estableció que,

“La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo”.

Las ESEs como entidad descentralizada las previo también la ley 489 de 1998 *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*, situándolas en el capítulo X sobre la *“ESTRUCTURA Y ORGANIZACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA”*, en la categoría de descentralizadas *“por servicios”* (art. 38-2, d).

Ahora bien; el mandato 195 de la misma ley 100 determinó que el director o representante legal de dichas ESEs, *“4 ...será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley”*, precepto este que señaló en un primer momento la forma de provisión de la gerencia de esas instituciones, bajo el siguiente tenor literal:

“Los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, conforme a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 y a la reglamentación que al efecto expida el Gobierno Nacional, de terna que le presente la junta directiva, constituida según las disposiciones de la Ley 10 de 1990, por períodos mínimos de tres (3) años prorrogables. Sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa”

En análogo sentido estaba redactado el artículo 81 del Decreto 1298 de 1994, disposición que fue declarada inexecutable por el mismo alto tribunal mediante la Sentencia C-255 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía).

Posteriormente fueron proferidas la Leyes 1122 de 2007 “*Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”, y 1438 de 2011 “*Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”, vigentes para el momento del nombramiento y la declaratoria de insubsistencia de la designación de la demandante AMANDA CASTILLO ORTIZ, disponiendo el primer ordenamiento legal en su artículo 28:

“Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos **institucionales** de cuatro (4) años, **mediante concurso de méritos** que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento, o previo concurso de méritos.

En caso de vacancia absoluta del gerente deberá adelantarse el mismo proceso de selección y el período del gerente

seleccionado culminará al vencimiento del período institucional. Cuando la vacancia se produzca a menos de doce meses de terminar el respectivo período, el Presidente de la República o el jefe de la administración Territorial a la que pertenece la ESE, designará gerente”.

Aquí se hace oportuno mencionar que el gerente de la ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE ANSERMA, Caldas, quien había sido seleccionado por concurso mediante Resolución 039 de 31 de marzo de 2012 /fls. 35-36 cdno 2/, presentó renuncia al cargo el 15 de diciembre de este mismo año /V. fl. 38 cdno 2/, la que le fuera aceptada con Resolución 014 de 11 de enero de 2013 a partir del 15 de enero inmediatamente siguiente/V. Fl. 37 cdno ídem/, por lo que, habiendo ocurrido vacancia absoluta faltando más de 12 meses para culminar el período, debía adelantarse “nuevo proceso de selección”, y quien resultara designado lo sería para el resto del período institucional. Para sustituir al renunciante, se designó ‘transitoriamente’ a la actora CASTILLO ORTÍZ.

El **parágrafo transitorio** de dicho esquema disposicional 28 de la ley 1122/07, traído solo como precedente para determinar el íter del período de los gerentes, había establecido, *ad pedem litterae*:

“PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los Gerentes de las ESE de los niveles Departamental, Distrital y Municipal cuyo período de tres años termina o durante el año 2007 continuarán ejerciendo el cargo hasta el 31 de marzo de 2008. (No es el caso del plenario, anota la Sala)

Los gerentes de las ESE nacionales que sean elegidos por concurso de méritos o reelegidos hasta el 31 de diciembre de 2007, culminarán su período el 6 de noviembre de 2010. Cuando se produzcan

cambios de gerente durante este período, su nombramiento no podrá superar el 6 de noviembre de 2010 y estarán sujetos al cumplimiento de los reglamentos que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social. *(Tampoco es el caso del sub-iúdice, vuelve y anota el Tribunal)*

Para el caso de los gerentes de las ESE Departamentales, Distritales o Municipales que a la vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos, quienes los reemplacen para la culminación del período de cuatro años determinado en esta ley, serán nombrados por concurso de méritos por un período que culminará el 31 de marzo de 2012 (hasta aquí tampoco es el caso del sub-lite). Todos los gerentes de las ESE departamentales, distritales o municipales iniciarán períodos iguales el 1o de abril de 2012 y todos los gerentes de las ESE nacionales iniciarán períodos iguales el 7 de noviembre de 2010”.

Nótese aquí como asunto de relevancia, que a partir de esa ley 1122 de 2007, los períodos de los gerentes de las ESE empezaron a ser definitivamente de CUATRO (4) años para los que se iniciaran el 1º de abril de 2012 y, por lo mismo, culminarían o se extenderían hasta el 31 de marzo del cuatrienio inmediatamente siguiente.

Aquella misma disposición 28, que introdujo el concurso de méritos como mecanismo de conformación de la terna, fue declarada condicionalmente exequible con Sentencia C-183 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), bajo el entendido de que,

“(…) la terna a la que se refiere deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el respectivo concurso de méritos; de que el nominador de cada empresa social del Estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y de que el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero”.

Ese mismo precepto 28 fue reglamentado a través del Decreto 800 de 2008 “por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007” que, adoptando la posición de la Constitucional a que se acaba de referir, precisó en el artículo 4° -el que fuera modificado por el artículo 12 del Decreto 2993 de 19 de agosto de 2011, que *“La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continúe con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero”.*

Vendría luego la Ley 1438 de 19 de enero de 2011 (vigente para la época en que se produjo la aceptación de la renuncia de su antecesor y el nombramiento de la actora, se repite) la que ya elevó a canon legal la hermenéutica plasmada por la Corte Constitucional ahora indicada, estableció en su artículo 72:

“ELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE DIRECTORES O GERENTES DE HOSPITALES. La Junta Directiva de la Empresa Social del Estado del orden territorial deberá aprobar el plan de gestión para ser ejecutado por el Director o Gerente de la entidad, durante el período para el cual ha sido designado y respecto del cual dicho funcionario deberá ser evaluado. Dicho plan contendrá, entre otros aspectos, las metas de gestión y resultados relacionados con la viabilidad financiera, la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios, y las metas y compromisos incluidos en convenios suscritos con la Nación o con la entidad territorial si los hubiere, y el reporte de información a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de la Protección Social. El plan de gestión deberá ajustarse a las condiciones y metodología que defina el Ministerio de la Protección Social. La evaluación insatisfactoria de dichos planes será causal de retiro del servicio del Director o Gerente para lo cual se deberá adelantar el proceso que establezca en la presente ley. En caso de que el cargo de Director o Gerente de una Empresa Social del Estado esté vacante a más tardar dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes se iniciará un proceso de concurso público para su elección.

La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado

de elegibles, para que en el caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continuará con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero”. /Destacado de la Sala/.

Finalmente, a través de la Ley 1797 de 13 de julio de 2016, reglamentada por el Decreto 1427 del mismo año, el proceso de selección de los gerentes o directores de las pluricitadas Empresas Sociales del Estado (ESEs), fue objeto de una modificación sustancial (artículo 20), en la medida que se suprimió el concurso de méritos como mecanismo de selección para su designación:

“ARTÍCULO 20: Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial. En el nivel nacional los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República. Corresponderá al Presidente de la República, a los Gobernadores y los Alcaldes, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelantar los nombramientos regulados en el presente artículo, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Los Gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados para periodos institucionales de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del Presidente de la República, del Gobernador o del Alcalde. Dentro de

dicho periodo, solo podrán ser retirados del cargo con fundamento en una evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para el caso de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado que a la entrada en vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo el cargo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos.

Los procesos de concurso que al momento de entrada en vigencia de la presente ley, se encuentren en etapa de convocatoria abierta o en cualquiera de las etapas subsiguientes continuarán hasta su culminación y el nombramiento del Gerente o Director recaerá en el Integrante de la terna que haya obtenido el primer lugar, el nominador deberá proceder al nombramiento en los términos del artículo 72 de la Ley 1438 de 2011. En el evento que el concurso culmine con la declaratoria de desierto o no se integre la terna, el nombramiento se efectuará en los términos señalados en el primer inciso del presente artículo.

Del mismo modo, en los casos en que la entrada en vigencia de la presente ley, no se presente ninguna de las situaciones referidas en el inciso anterior, el jefe de la respectiva Entidad Territorial o el

Presidente de la República procederá al nombramiento de los Gerentes o Directores dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, en los términos señalados en el presente artículo” /Destacados del Tribunal/.

El H. Consejo de Estado ratificó este viraje legislativo en sentencia de 9 de septiembre de 2021 de la Sección V del Consejo de Estado (Exp. 54001-23-33-000-2020-00470-01), basado en lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-048 de 2018 (M.P. Dra Gloria Stella Ortiz Delgado), de la que transliteró:

“...

De conformidad con lo anterior, la Sala constata que en el régimen vigente: (i) se suprimieron el concurso de méritos y la actuación de la Junta Directiva de la entidad para la conformación de una terna; (ii) se mantuvieron el periodo institucional de cuatro años y las causales de remoción con fundamento en la evaluación del programa de gestión; y (iii) se reintrodujo explícitamente la causal de remoción del cargo con fundamento en las faltas disciplinarias, además de añadir la orden judicial como motivo adicional. Igualmente, se determinó un régimen de transición que respeta: (a) los periodos de quienes ejercen el cargo para la vigencia de la norma; y (b) los concursos que ya hayan iniciado. Finalmente, se determina que ante el evento de un concurso

desierto o ante cualquier otra situación, el nombramiento es el que se dispone de forma general en la norma, es decir, por el Presidente, gobernadores o alcaldes.”

Estimo luego la Sección V, refiriéndose a la misma providencia constitucional que, “Descartó que la forma de designación plasmada en el artículo 20 de la Ley 1797 elimine el mérito o someta el nombramiento del cargo a consideraciones meramente subjetivas, porque de todos modos se deben cumplir requisitos, el perfil y la experiencia exigidas, frente a las cuales el legislador también tiene la potestad normativa, similar a como lo hace para los concursos “por ejemplo, se puede establecer que para acceder a un cargo de libre nombramiento y remoción se requieran cinco años de experiencia y una maestría, como también se puede exigir una edad específica o diferentes títulos universitarios o inclusive experiencia profesional particular, como la previa dirección de entidades o instituciones. Esos requisitos fijan un aspecto objetivo, a pesar de que admite otros criterios que, sin lugar a dudas están relacionados con determinaciones subjetivas del nominador, que responden a la confianza, y a la coordinación y coincidencia ideológica en la gestión pública con la cual se debe ejercer el cargo, lo que repercute en la continuidad del servicio y su buena prestación.”; y recabando sobre lo que expuso la Corte también trasuntó:

“... la Ley 1797 de 13 de julio de 2016 suprimió el concurso de méritos, el cual históricamente y en regulaciones anteriores se había implementado como mecanismo previo a la designación del gerente de la E.S.E., abolición que como se dejó claro, avaló en la sentencia C-046 de 2018. La ley en cita fue reglamentada parcialmente por el Decreto 1427 de

1° de septiembre de 2016 *“por medio del cual se reglamenta el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y se sustituyen las secciones 5 y 6 del Capítulo 8 del Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”.*

En sus considerados, el Decreto 1427, deja claro en forma expresa que **sustituye** las secciones 5 y 6 del capítulo 8 del título 3, parte 5, libro 2 **del Decreto 780 de 2016**, referentes al nombramiento y reelección de gerentes de las ESE, dentro del marco de la Ley 1797 de 2016, concretamente en su artículo 20, por lo que considera necesario señalar el procedimiento para la evaluación de las competencias de los aspirantes a ocupar el cargo de gerente de dichas empresas y, sin mencionar los presupuestos para la reelección, supresión en la mención a lo que respondió su reglamentario 1427 de 2016 al sustituir la norma que sobre la modalidad de revaluación contenía el Decreto 780 citado en precedencia (...)” /Resaltado del Tribunal/.

Aquí se hace menester recordar, de otro lado, que el período institucional de los ALCALDES es actualmente de cuatro (4) años conforme lo estatuyó el artículo 3° del Acto Legislativo 02 de 2002 que modificó el precepto 314 constitucional, acto legislativo aquel que en norma transitoria ordenó con el artículo 7° que, “En todo caso, el último domingo del mes de octubre del año 2007, se elegirán alcaldes y Gobernadores para todos los Municipios, Distritos y Departamentos del país, para periodos

institucionales de cuatro años, que se iniciarán el 1o. de enero del año 2008"; de lo cual se desprende que el Alcalde de Anserma, Caldas, el municipio enjuiciado, inició su período INSTITUCIONAL el 1° de enero de 2016, mismo día en que expidió la Resolución 002 de 2016 declarando insubsistente el nombramiento de la señora AMANDA CASTILLO ORTÍZ como gerenta de la ESE Hospital San Vicente de Paul de la municipalidad, y en su reemplazo designó como gerenta 'encargada' de la misma ESE a la doctora LUZ JANETH RAMÍREZ ACEVEDO "actual funcionaria del centro asistencial" /V. fls. 16-17 cdno 1/.

Y a esta altura del discurso judicial la Sala también se pregunta:

- ★ *¿Si al tenor del enunciado párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122/07, el periodo INSTITUCIONAL (no personal) de 4 años de todos los gerentes de las ESEs territoriales comenzaba el 1° de abril de 2012, y el cual debía culminar el 31 de marzo del cuatrienio inmediatamente siguiente (2016), la demandante estaba legalmente autorizada para permanecer indefinidamente en el cargo una vez iniciado el lapso constitucional del jefe de la administración municipal?*

- ★ *Si el alcalde de Anserma, Caldas, había iniciado su período institucional el 1° de enero de 2016, es decir, en vigencia de la ley 1438/11, y para esa fecha no se había convocado concurso para proveer el cargo de gerente que se ocupaba para ese momento de manera 'transitoria', ¿podía el alcalde relevar a la doctora CASTILLO ORTÍZ?*

Desde luego que en el *sub-iúdice* se presentó una transición normativa frente a los gerentes que venían por concurso, si se tiene en cuenta que la Ley 1797/16, que empezó a regir el 13 de julio de 2016, es decir, 6 meses y 13 días después de la posesión de los nuevos alcaldes, y cuando dichos gerentes empezaron a acceder a las ESE por nombramiento directo de los burgomaestres, pero conservando aquellos el período institucional de 4 años.

Y una situación *sui generis* empezó a darse en este caso concreto con la designación “transitoria” de la accionante para el cargo de gerente ante la renuncia del titular, Dr. Héctor Uriel López Buitrago, quien había sido nombrado por concurso para un período que debía extenderse hasta el 31 de marzo de 2016 de acuerdo a la entonces ley vigente, y a la resolución de nombramiento N° 039 de 31 de marzo de 2012 /fls. 35-36 cdno 2/, dimisión que le fuera aceptada al titular a partir del 15 de enero de 2013. Desde esta fecha permaneció ‘transitoriamente’ (sic) la señora CASTILLO ORTÍZ en dicha gerencia al no haberse dado el nuevo concurso, o al menos ello no aparece documentado.

Trayendo nuevamente a colación el inciso final del artículo 28 de la ley 1122 de 2007 *ejusdem*, este precepto disponía que, cuando se presentara vacancia absoluta, como ha sido en el caso que ocupa la atención de esta jurisdicción, debía adelantarse el mismo proceso de selección para el resto del período institucional (que se recuerda vencía el 31 de marzo de 2016); y que si la vacancia se presentaba faltando menos de 12 meses para terminar el período el alcalde podía hacer directamente el nombramiento, lo que no ocurrió, pues al gerente saliente le faltaba para culminar su período más de tres (3) años; y menos aún se podía aplicar el inciso final del párrafo transitorio del mandato 20 de la ley 1797/16 porque aún no había entrado en vigencia porque no se había expedido tal ley.

En efecto, el gerente titular de la ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE ANSERMA, Caldas, doctor HÉCTOR URIEL LÓPEZ BUITRAGO, había sido nombrado mediante concurso a través de la Resolución 039 de 31 de marzo de 2012 /fls. 35-36 cdno 2/, habiendo presentado renuncia al cargo el 15 de diciembre de 2012 /V. Fl. 38 cdno 2/, misma que le fuera aceptada con Resolución 014 de 11 de enero de 2013 a partir del 15 de los mismos mes y año /V. fl. 37 cdno ídem/, por lo que, habiendo ocurrido vacancia absoluta, ha debido adelantarse “nuevo proceso de selección”, y el nuevo designado lo sería para culminar el período institucional. En este caso no hubo concurso y se prefirió dejar transitoriamente a la doctora AMANDA CASTILLO ORTÍZ.

CASO CONCRETO

La accionante doctora CASTILLO ORTIZ reprocha que el acto administrativo que declaró insubsistente su nombramiento como gerente de la E.S.E. SAN VICENTE DE PAÚL DE ANSERMA (Caldas), estuvo mediado por móviles políticos, pues a la data de presentación de la demanda, el mandatario municipal no había convocado un concurso de méritos para la provisión del cargo, elemento que sirvió de justificación a la declaración administrativa que ahora estudia esta Sala.

Al expediente fue aportada la Resolución N° 015 fechada el 11 de enero de 2013, mediante la cual la odontóloga AMANDA CASTILLO ORTIZ fue designada “*transitoriamente*” como gerente de la citada empresa social del Estado (es decir, en vigencia de las leyes 1122 de 2007 y 1438/11), aclarando que dicho nombramiento procedía, “(...) *mientras se adelanta el proceso de concurso para la provisión del empleo*”.

De igual manera, reposa en los folios 16 y 17 del cartulario (cuaderno 1) el Decreto N°002 de 1° de enero de 2016 (acto demandado, expedido también en vigencia de las leyes 1122/07 y 1438/11), del que se extracta:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar insubsistente el nombramiento transitorio que ostenta la doctora AMANDA CASTILLO ORTIZ, identificada con cédula de ciudadanía N° 1.053771.768, del cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital San Vicente de Paúl de Anserma caldas, a partir del 1° de Enero de 2016 inclusive.

...
...

ARTÍCULO QUINTO: Nombrar en el cargo de Gerente encargada de la Empresa Social del Estado Hospital San Vicente de Paúl de Anserma Caldas, a partir del primero (01) de Enero de 2016 inclusive, mientras se adelanta el concurso de méritos que corresponde, a la doctora LUZ JANETH RAMÍREZ ACEVEDO identificada con la cédula de ciudadanía número No 33.990.162 expedida en Supía, actual funcionaria del centro asistencial, previa posesión del cargo”

La única mención que hizo el alcalde municipal de Anserma (Caldas) en el acto demandado, además de la cita textual del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, se contrae a que, “(...) *No obstante que el cargo de gerente de las Empresas Sociales del Estado se provee mediante el sistema de concurso de méritos, actualmente la gerente de la E.S.E. local se encuentra nombrada transitoriamente al no haber sido posible la provisión definitiva del cargo por concurso de méritos*” /fl. 16 cdno. 1/.

La fundamentación judicial de la funcionaria *A-quo* no podía hacerse, para la Sala, frente a la concepción jurisprudencial de un nombramiento en provisionalidad que se realiza de manera indefinida, sino de un cargo “transitorio” para proveer un cargo de “período” -como lo prohija la entidad demandada-, y cuya provisión lo era mediante concurso por el resto del período, el cual se extendía por disposición de las leyes vigentes a la sazón (Leyes 1122/07 y 1438/11), hasta el 31 de marzo de 2016, fecha a partir de la cual el recién posesionado alcalde podía hacer nuevo nombramiento y proceder a convocar a concurso, pero que, con la promulgación de la Ley 1797/16 el 13 de julio de ese año 2016, desde esta fecha ya pudo nombrar directamente el alcalde.

En ese orden de ideas, si bien es cierta la motivación del acto de nombramiento de la doctora AMANDA CASTILLO de haberse realizado en forma “transitoria”, ante la ausencia de concurso, el alcalde cuyo periodo le inició el 1º de enero de 2016, debía respetar aquella designación hasta el vencimiento del período institucional, es decir, hasta el 31 de marzo de ese año, y a partir de esta fecha sí haber procedido a hacer nuevo nombramiento y convocado a concurso, y como así no actuó, violó la regla del período institucional del anterior gerente de la ESE, lo que lleva a la nulidad del acto en la forma como lo hizo la jueza de primera instancia, y a la reparación del daño en la forma como seguidamente se indicará.

Finalmente, como el 13 de julio de 2016 fue promulgada la Ley 1797, a partir de este momento los alcaldes ya tuvieron la capacidad para hacer directamente el nombramiento de gerente de las ESEs sin concurso, desde luego sin perjuicio de la aplicación del inciso final del párrafo transitorio del artículo 20 de aquella ley cuando fuera el caso, designación que debía hacerse con el lleno de los requisitos legales por parte del aspirante, hasta el 31 de marzo de 2020.

MODIFICACIÓN DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En el fallo de primera instancia se dispuso, se recuerda, el “reintegro” de la accionante a un cargo de igual o superior jerarquía hasta que el empleo se proveyera por concurso de méritos, además del pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, por un periodo que no puede ser inferior a 6 meses ni mayor a 24 meses, acogiendo el precedente de la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014.

Sin embargo, la sentencia amerita ser modificada, toda vez que como lo anticipó esta Sala colectiva de decisión, el período institucional del gerente nombrado en el 2012 se extendía hasta el 31 de marzo de 2016, por lo que ya no puede por ello haber reintegro, ni por lo dispuesto en la Ley 1797/16 artículo 20, y al haber sido reemplazada la doctora CASTILLO ORTÍZ el 1º de enero de este último año en mención, el período a reparar es el que transcurrió entre esa fecha y el 31 de marzo también e 2016, por lo que tampoco procede el pago de la totalidad de emolumentos en la forma como se dispuso en el fallo apelado.

COSTAS

No habrá condena en costas ni agencias en derecho en esta instancia, por no darse los supuestos previstos en los numerales 3 y 4 del artículo 365 del CGP (Ley 1564/12).

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVÓCASE el ordinal 2° de la sentencia de 9 de agosto de 2019 expedida por la señora jueza 8ª administrativa de Manizales, en cuanto dispuso el reintegro de la demandante al cargo de gerente de la ESE Hospital San Vicente de Paul de Anserma, Caldas.

MODIFÍCASE el ordinal 3° de la misma sentencia, en el sentido de que el restablecimiento del derecho consistirá en el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por la accionante, limitado al lapso comprendido entre el momento de la efectiva insubsistencia de su nombramiento como Gerente de la ESE Hospital “San Vicente de Paul” de Anserma, Caldas, hasta el 31 DE MARZO DE 2016, fecha de culminación del período institucional del Gerente. La liquidación se hará de manera actualizada utilizando la fórmula de las matemáticas financieras indicada en la sentencia impugnada

MODIFÍCASE igualmente el ordinal 4° de la sentencia indicada, en el sentido de que no hay solución de continuidad entre la fecha en que se produjo la insubsistencia material del nombramiento de la demandante, y el 31 de marzo de 2016.

CONFÍRMASE en lo demás la sentencia de 9 de agosto de 2019, dictada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora AMANDA CASTILLO ORTÍZ contra el MUNICIPIO DE ANSERMA, Caldas

SIN COSTAS ni agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N°10.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-31-001-2017-00071-03

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

S. 036

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, Sala 4a de Decisión Oral, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 1º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas dentro del proceso de REPARACIÓN DIRECTA derivado de la *ACTIO IN REM VERSO*, promovido por la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN contra la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS - DTSC.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

Impetra la parte demandante, CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN, se declare que la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS -DTSC es responsable del pago de los servicios de salud prestados por la IPS demandante, al paciente DIEGO ALARCÓN, cuyo aseguramiento estaba a cargo de la accionada, servicios que no han sido cancelados, generándose un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad pública llamada por pasiva; En consecuencia, pide se condene a la DTSC a pagar a favor de la accionante la suma de \$ 15'729.435, con los respectivos intereses de mora e indexación o ajuste monetario, y se condene en costas a la demandada.

CAUSA PETENDI

Se indica, en síntesis:

- El 14 de noviembre de 2015, un paciente llamado DIEGO ALARCÓN, habitante de calle, fue remitido del HOSPITAL SAN MARCOS DE CHINCHINÁ a la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN, para ser atendido por un accidente de tránsito. Como no portaba ninguna identificación, al paciente se le asignó como número de identificación la fecha de su ingreso, además, la atención inicial se brindó con cargo al SOAT, pero una vez se agotó el monto, la clínica solicitó a la DTSC la autorización para continuar la hospitalización, remitiendo el correspondiente anexo técnico, pues ambas entidades no existen contratos para la prestación de servicios de salud.
- La atención médica fue facturada a la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS -DTSC por \$15'729.435, cuenta que fue objetada por dicha dirección, argumentando que no encontró censado al paciente en ninguna base de datos de población vulnerable (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN -DNP, FOSYGA, SALUD DE CALDAS). La CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN obtuvo certificaciones de los municipios de Manizales y Chinchiná en la que se indica que el paciente no hace parte del censo de habitantes de calle de estas entidades territoriales.
- El paciente es sujeto de especial protección del Estado por su condición de habitante de calle, y su aseguramiento corresponde al ente territorial que autorizó su atención, por lo que no puede desligarse de dicho deber solo por el hecho de que la persona no aparezca en las bases de datos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Expone la entidad demandante que el paciente DIEGO ALARCÓN es un sujeto de especial protección constitucional por su condición de habitante de calle, en los términos del artículo 48 del texto Superior, añadiendo que el Decreto 4747/07 establece en su artículo 3° que los departamentos hacen parte de las entidades responsables del pago de los servicios de salud, mientras que el Decreto 056 de 2015 (art. 9°), dispone que en caso de que la víctima de un accidente de tránsito requiera de atención una vez superados los topes del

SOAT, tiene derecho a ser atendido en las IPS que tenga contrato con la Dirección Seccional de Salud, y a esta le corresponde adelantar los trámites de la afiliación. En este caso, se indica, pese a que la DTSC inicialmente autorizó la prestación de los servicios, luego objetó las cuentas, lo que genera un evidente detrimento para la accionante.

Por último, acota que el Decreto 1281 de 2002 (art. 7°) consagra que quienes estén obligados a la cancelación de servicios de salud no pueden condicionar el pago a los prestadores, a aspectos diferentes a la autorización o contrato, y a la acreditación de que los servicios fueron efectivamente prestados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS-DTSC dio oportuna contestación al libelo introductor con el escrito que milita de folios 79 a 84 del cuaderno principal, manifestando su oposición a las pretensiones de la parte actora, pues el paciente beneficiario de los servicios de salud no se encuentra identificado, censado ni vinculado al sistema de salud, lo que deriva en que no se cumplan las pautas para reclamar el pago de un enriquecimiento sin causa. Explica que corresponde a los municipios identificar a la población pobre no afiliada y no a esa entidad departamental, por lo que no está llamada a responder por los servicios brindados al paciente.

Propuso como excepciones las de ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, fundamentada en que devolvió las facturas objeto de la demanda porque el paciente no aparece registrado en las bases de datos de población pobre y vulnerable, por lo que no le corresponde a esta entidad asumir el pago de sus servicios, obligación que se halla limitada a la población residente en jurisdicción del departamento atendiendo a lo establecido en el canon 43 de la Ley 715 de 2001; además, la parte actora no aportó el número de identificación ni apellidos completos del paciente; ‘NADIE ESTÁ OBLIGADO A LO IMPOSIBLE’: basada en que las facturas no cuentan con los soportes necesarios para hacerlas exigibles de conformidad con las normas que las regulan; ‘BUENA FE’, al entender que esa entidad ha atendido el pago de facturas mientras estos documentos cumplan con la totalidad de los

requisitos legales; 'FALTA DE EXISTENCIA DE APTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA', sustentada en la ausencia de acreditación del supuesto enriquecimiento de la DTSC, más allá de la mención genérica sobre la atención brindada a un paciente que no está debidamente identificado; y la 'GENÉRICA'.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1° Administrativo de Manizales dictó sentencia accediendo a las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse /fls. 116-122 cdno 1/.

Luego de referir las pautas jurisprudenciales que el Consejo de Estado ha trazado para la procedencia de la "*actio in rem verso*" en lo contencioso administrativo, evaluó el material probatorio, hallando acreditación de que el paciente DIEGO ALARCÓN, quien estaba indocumentado, fue atendido en la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN entre el 14 de noviembre y el 7 de diciembre de 2015 por un trauma craneoencefálico producto de un accidente de tránsito, remitido del HOSPITAL SAN MARCOS DE CHINCHINÁ.

Mencionó que, de acuerdo con el Decreto 4747 de 2007, una vez la demandante solicitó autorización para prestar los servicios de salud, la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS - DTSC contaba con unos términos precisos para responder, y de no ser así, la norma en mención da por concedida la autorización. Sobre ese punto, anotó que la DTSC no acreditó haber denegado la autorización, lo que debió hacer si, como lo plantea, el paciente no estaba registrado en las bases de datos de la población pobre no afiliada, y al no hacerlo ni haberlo alegado y acreditado en el proceso, debía asumir el costo, pues la norma es clara al plantear que, de no atenderse dicho término, no resulta menester formular glosas u oposiciones a las facturas por los servicios médicos prestados.

De otro lado, recalcó que atendiendo los mandatos de la Ley 1641 de 2013, mediante la cual se formula lineamientos para la política pública social para los habitantes de calle, y el canon 43 de la Ley 715 de 2001, cual establece

que atañe a los departamentos la vigilancia, coordinación y dirección del sector salud en su jurisdicción, la DTSC debía desplegar las acciones para procurar la atención del paciente una vez notificada de la situación especial en la que este se encontraba. Adicionalmente, el juzgador acogió el planteamiento de la parte actora, quien como se había anticipado, precisó en el escrito introductor que el Decreto 1281 de 2002 dispone que el pago de los servicios en salud no podrá condicionarse a requisitos adicionales a la autorización o contrato y la demostración de su prestación efectiva, y en su sentir, justamente lo que hizo la DTSC fue esgrimir un argumento relativo a su presunta falta de competencia para evadir la obligación de pago.

En ese orden, concluyó que la DTSC se enriqueció sin causa, pues dejaron de cancelar los servicios que por ley le correspondían, generando un correlativo empobrecimiento de la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN, quien asumió dicha prestación sin hallarse a su cargo.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

Con el memorial visible de folios 126 a 134 del cuaderno principal, la parte demandada apeló la sentencia de primer grado.

Señaló, en primer lugar, que dentro de su ámbito funcional no se encuentra la prestación de los servicios de salud, pues este deber está en cabeza de la respectiva EPS a la que esté afiliado el usuario, y si bien corresponde a los departamentos el aseguramiento de los servicios de salud de la población pobre no afiliada, esta es la que se encuentra en los listados censales del SISBÉN dentro de esta categoría de población. Agregó que la Ley 1448 de 2011 en su artículo 32 establece un procedimiento para que la población pobre no asegurada tenga una afiliación transitoria mientras se determina si puede ser beneficiaria de un subsidio en salud, y si no tiene identificación, debe adelantarse el procedimiento de toma de huella dactilar e identificación según lo señalado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, gestiones que, en el caso concreto, la IPS demandante no acreditó.

Precisó que no se tiene certeza de que el señor DIEGO ALARCÓN fuera un habitante de calle, pues la sola mención de ello en la historia clínica genera un manto de duda, por lo que no existe soporte probatorio para disponer el pago de unas facturas que no cuentan con los requisitos legales para su reconocimiento. Cuestionó de esta manera que la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN haya recibido al paciente con base en el SOAT, pero no haya desplegado ninguna actividad tendiente a su identificación, lo que solo haya hecho cuando fue a presentar la demanda.

Añadió que las facturas presentadas por la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN fueron glosadas o rechazadas por la DTSC por carecer de los requisitos de ley, y la clínica no rechazó la glosa con la debida justificación jurídica, pues omitió probar que la persona atendida era un vinculado al sistema de salud y, fundamentalmente, adscrito al DEPARTAMENTO DE CALDAS; además, dice que no es cierto como lo afirma el juez, que hubiera tenido que diligenciar el formato de negación de servicios, pues ello ocurre con la población perteneciente al Departamento, que no es el caso de la persona que fue atendida por la entidad accionante, y también niega que sea cierto que la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN hubiera remitido a la demandada el informe de atención inicial de urgencias, pues no obra el soporte con sello de recibido.

Explicó que no están reunidos los elementos de la *actio in rem verso* porque no hubo un empobrecimiento de la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN que sea imputable a la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS- DTSC, y de existir este aminoramiento patrimonial, su causa sería la propia conducta de la parte demandante que no llevó a cabo los protocolos para identificar al paciente y determinar en qué jurisdicción se encontraba censado, ello en aras de determinar la entidad competente de su aseguramiento. También cuestionó la condena al pago de intereses de mora, aludiendo que este medio judicial es eminentemente compensatorio y debe limitarse al monto del presunto enriquecimiento.

Por último, indicó que no es cierto que el paciente haya sido remitido a la clínica demandante por el CENTRO REGULADOR DE URGENCIAS Y EMERGENCIAS -CRUE, pues claramente en la facturación se advierte el cobro

del servicio de ambulancia, y dicha instancia lo único que realiza es la coordinación de ubicación de camas que se requieran en la ciudad de Manizales.

Con fundamento en lo expuesto, pide se revoque la sentencia de primer grado y sean negadas las súplicas de la parte actora.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a la postura erigida por la apelante y lo que fue materia de decisión por el funcionario *A quo*, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- *¿Hubo enriquecimiento sin causa de la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS -DTSC como consecuencia del no pago de los servicios médicos prestados por la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN al paciente DIEGO ALARCÓN?*

En caso afirmativo,

- *¿A qué créditos tiene derecho la parte demandante?*

(I)

EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Como marco de análisis para el caso concreto, se refiere en primer término la Sala de Decisión a la procedencia de la denominada ‘actio in rem verso’ como pretensión de reparación directa en el derecho administrativo, y seguidamente, a los elementos que estructuran dicho principio de orden general, además de las situaciones en las que es aplicable en materia de servicios prestados al margen de un vínculo contractual.

En cuanto al primero de los aspectos, esto es, la vía procesal adecuada para reclamar en sede contenciosa administrativa los perjuicios invocados con base en la teoría del enriquecimiento sin causa, el H. Consejo de Estado desde

el año 2012 ha sostenido de forma pacífica y conteste que el medio de control de reparación directa es el idóneo para tales fines, descartando la autonomía de la *actio in rem verso* como una tipología procesal independiente.

Sobre el particular, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo indicó en pronunciamiento de 20 de febrero de 2017¹:

“(...) Como argumento final, mediante pronunciamiento de unificación jurisprudencial del 19 de noviembre de 2012, la Sala de Sección Tercera de la Corporación recordó que en los casos en que resultaría admisible la pretensión de enriquecimiento sin justa causa, de un lado, se prohíba las tesis que niega la pertinencia de la vía de la reparación directa con fundamento en que se trata de una acción autónoma que es de carácter compensatoria y no indemnizatoria, aspecto este último que constituye la esencia la acción de reparación directa, y, de otro lado, se aduce que el camino procesal en lo contencioso administrativo es precisamente la de la reparación directa porque mediante esta se puede pedir la reparación de un daño cuando la causa sea, entre otras, un hecho de la administración.

En síntesis, en sede contenciosa administrativa la acción de reparación directa es la cuerda procesal adecuada para ventilar las pretensiones derivadas del enriquecimiento sin causa y, en consecuencia, la normatividad aplicable no es otra que aquella establecida para dicha acción procesal” /Resalta la Sala/.

Desde esa misma oportunidad y ya aludiendo al análisis de procedencia de las pretensiones de enriquecimiento sin justa causa, el órgano de cierre de esta

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 20 de febrero de 2017, Radicación número: 23001-23-31-000-2008-00149-01(48355).

jurisdicción determinó que la utilización de esta vía procesal para recuperar lo invertido en la prestación de servicios prestados al margen o en ausencia de un contrato, no puede utilizarse para evadir, desconocer o derogar normas imperativas o de orden público, como lo son aquellas que determinan los elementos de existencia del vínculo contractual con el Estado. Así lo ratificó el Consejo de Estado en sentencia de 5 de diciembre de 2016, acudiendo a la ya mencionada postura de unificación de 2012²:

“(...) 13.2. En el mismo sentido se ha señalado que la invocación de esta figura no puede tener por objeto eludir una disposición imperativa de la ley; de allí que, en la sentencia de unificación citada, se proscribió que pudiera servir de fundamento para perseguir el pago de obras, bienes o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, por cuanto implicaba desconocer el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador. Lo anterior salvo circunstancias excepcionales que, como tales, son de interpretación y aplicación restrictiva³” /Destaca el Tribunal/.

En efecto, la postura que se ha venido reiterando por el órgano de cierre de esta jurisdicción especializada tiene como fundamento la providencia de unificación de 19 de noviembre de 2012⁴, en la que además de aclarar el aspecto del camino procesal para ventilar litigios relacionados con presuntos enriquecimientos sin causa, optó por una línea hermenéutica restrictiva en cuanto a los supuestos de procedencia cuando se alega como fuente del enriquecimiento la prestación de servicios sin soporte contractual.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Danilo Rojas Betancoiurth, 5 de diciembre de 2016, Radicación número: 54001-23-31-000-1999-00894-01(39027).

³ Circunstancias que fueron ilustradas ampliamente en dicha sentencia.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 19 de noviembre de 2012, Radicación: 73001-23-31-000-2000-03075-01 (24.897).

Incluso, en la misma providencia, el Consejo de Estado se refirió al argumento de la buena fe como elemento de justificación para la prestación de servicios sin la existencia de un contrato estatal, exigiendo la buena fe en su variable objetiva para legitimar la pretensión de enriquecimiento sin causa, y no la simple aseveración de creer que la actuación de quien resulta empobrecido se encuentra ajustada a derecho. Al respecto indicó en esa oportunidad:

“(...) Y si se invoca la buena fe para justificar la procedencia de la *actio de in rem verso* en los casos en que se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de una relación contractual, como lo hace la tesis intermedia, tal justificación se derrumba con sólo percatarse de que la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el *iter* contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva.

En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva (...)

Y esto que se viene sosteniendo encuentra un mayor reforzamiento si se tiene en cuenta además que esa buena fe objetiva, que es inherente a todas las fases negociales, supone la integración en cada una de ellas de las normas imperativas correspondientes, tal como claramente se desprende de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción

similar al artículo 1603 del Código Civil, que prevé que los contratos deben “*celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.*”

Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho” constituye *una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario.*”⁵ /Destaca la Sala/.

Finalmente, en la multicitada providencia de unificación, el Consejo de Estado pone de presente los casos en los que procede la *actio in rem verso* sin que exista contrato estatal que avale la prestación de los servicios cuyo pago se pretende, hipótesis que como claramente indica son tan excepcionales como restrictivas, y no amparan situaciones diversas, que quedan comprendidas bajo la regla de improcedencia. Al respecto prosigue el órgano de cierre:

“(…) **12.2.** Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la *actio de in rem verso* sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó.

⁵ Inciso final del artículo 768 del Código Civil.

Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la *actio de in rem verso* a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:

- a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su *imperium* construyó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.
- b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal (...)
- c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993” /Subrayados extra-texto/.

Del marco jurisprudencial que ha quedado expuesto, concluye este juez plural que la *actio in rem verso* como pretensión en el marco procesal de la

reparación directa procede de forma excepcional para el pago de los servicios prestados al margen de un contrato estatal cuando se advierte la presencia de los supuestos de hecho expresamente previstos, y que en modo alguno son asimilables a otros que no presenten los patrones fácticos que han sido identificados por la postura judicial citada.

(II)

EL CASO SUB-IÚDICE

La atención de este Tribunal se contrae a determinar si los servicios médicos que brindó la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN al paciente DIEGO ALARCÓN, cuyo valor no ha sido cancelado, representan un enriquecimiento injusto de la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS -DTSC y un correlativo menoscabo patrimonial de la clínica accionante, cuya compensación sea dable ordenar por vía judicial, tal como ocurrió en primera instancia.

Sobre la atención médica, obra en el expediente la historia clínica del paciente DIEGO ALARCÓN, datada el 14 de noviembre de 2015, en la que se describen las circunstancias de su ingreso a la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN en los siguientes términos: *‘(...) Paciente remitido del Hospital San Marcos de Chinchiná luego que fuera atropellado por una moto causándole trauma en cráneo ingresando al servicio de urgencias de (sic) mencionado hospital combativo pero tornándose rápidamente estupuroso (sic) (caída del Glasgow a 6/15) por lo que amerita intubación orotraqueal y sedación profunda como estrategia de neuro protección (...)’.*

Como diagnóstico se consignó, TEC SEVERO (atropellado por moto), HEMATOMA EPIDURAL FRNTOTEMPORAL DERECHO /HEMATOMA EPI Y SUBDURAL FRONTOTEMPORAL IZQUIERDO/ CONTUSIÓN HEMORRÁGOCA PARIETAL ALTA IZQUIERDA /NEUMOENCÉFALO FRONTOTEMPORAL DERECHO/ HEMORRAGIA SUBARACNOIDEA TARUMÁTICA. FRACTURA DE HUESO TEMPORAL. FRACTURA DE HUESO MAXILAR DERECHO. EDEMA CEREBRAL DIFUSO. EXCORIACIONES MÚLTIPLES /fls. 34-35 cdno. 1/.

A folio 51 del cuaderno principal, milita la certificación suscrita por el jefe de facturación de la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN, en la que se indica, *‘Que*

el (la) Señor (a) DIEGO ALARCON identificado con C.C.(Consecutivo NN) 171748881 de ----(--- -)., fue atendido en esta institución a causa del accidente de tránsito ocurrido el día 13 de Noviembre del 2015 y los gastos médicos por cuenta de SEGUROS DEL ESTADO SOAT con Póliza AT 1329 30145035 4 hasta la fecha en esta institución asciende a la suma (\$560.894) QUINIENTOS SESENTA MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS M/CTE'.

Así mismo, está probado que la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN hizo reiteradas solicitudes de autorización de servicios para el paciente a la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS -DTSC, las que cuentan con sello de recibido de la entidad demandada y a las cuales anexó la historia clínica y el certificado de agotamiento del monto del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), según el cuadro que se expone a continuación /fls.22-32 cdno. 1/:

SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS	FECHA RADICACIÓN	JUSTIFICACIÓN	SERVICIO
192	23 de noviembre de 2015 a las 18:17	'EL USUARIO INGRESA COMO NN POR UN ACCIDENTE DE TRÁNSITO, SE HAN HECHO TRÁMITES PERTINENTES CON LA SIJÍN PARA IDENTIFICAR EL PACIENTE, PERO AUN NO SE TIENEN RESULTADOS EN EL MOMENTO SE DESCONOCE LA EPS QUE TIENE EL PACIENTE. DE ACUERDO AL PROTOCOLO SE REPORTA A LA TERRITORIAL. TIENE CÓDIGO CRUE.	INTERNACIÓN EN UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS ADULTO
193	26 de noviembre de 2015 a las 10:17	'EL USUARIO INGRESA COMO NN POR UN ACCIDENTE DE TRÁNSITO, SE HAN HECHO MÚLTIPLES GESTIONES PARA IDENTIFICAR EL USUARIO, PERO AUN NO SE TIENEN RESULTADOS EN EL MOMENTO SE DESCONOCE LA EPS QUE TIENE EL PACIENTE. DE ACUERDO AL PROTOCOLO SE REPORTA A LA TERRITORIAL. TIENE CÓDIGO CRUE.	INTERNACIÓN HABITACIÓN UNIPERSONAL CLÍNICA ALTA COMPLEJIDAD
198	30 de noviembre de 2015 a las 10:38	'USUARIO INGRESA COMO NN POR UN ACCIDENTE DE TRÁNSITO, SE HAN HECHO MÚLTIPLES GESTIONES PARA IDENTIFICAR EL USUARIO, PERO AUN NO SE TIENEN RESULTADOS EN EL	INTERNACIÓN EN SERVICIO DE COMPLEJIDAD ALTA. HABITACIÓN UNIPERSONAL

		MOMENTO SE DESCONOCE LA EPS QUE TIENE EL PACIENTE. DE ACUERDO AL PROTOCOLO SE REPORTA A LA TERRITORIAL. TIENE CÓDIGO CRUE.	
199	30 de noviembre de 2015 a las 10:40	'USUARIO INGRESA COMO NN POR UN ACCIDENTE DE TRÁNSITO, SE HAN HECHO MÚLTIPLES GESTIONES PARA IDENTIFICAR EL USUARIO, PERO AUN NO SE TIENEN RESULTADOS EN EL MOMENTO SE DESCONOCE LA EPS QUE TIENE EL PACIENTE. DE ACUERDO AL PROTOCOLO SE REPORTA A LA TERRITORIAL. TIENE CÓDIGO CRUE.	INTERNACIÓN EN SERVICIO DE COMPLEJIDAD ALTA. HABITACIÓN UNIPERSONAL
200	2 de diciembre de 2015 a las 17:08	'PACIENTE QUE CULMINA SU TRATAMIENTO HOSPITALARIO Y DEBE CONTINUAR MANEJO EN UNA CLÍNICA PSIQUIÁTRICA -POR FAVOR INICIAR PROCESO DE UBICACIÓN DEL PACIENTE'	'CUIDADO (MANEJO) POR MEDICINA ESPECIALIZADA'
200	3 de diciembre de 2015 a las 11:45	'USUARIO INGRESA COMO NN POR UN ACCIDENTE DE TRÁNSITO, SE HAN HECHO MÚLTIPLES GESTIONES PARA IDENTIFICAR EL USUARIO, PERO AUN NO SE TIENE RESULTADOS, EN EL MOMENTO SE DESCONOCE LA EPS QUE TIENE EL PACIENTE. DE ACUERDO AL PROTOCOLO SE REPORTA A LA TERRITORIAL, TIENE CÓDIGO CRUE'	'INTERNCIÓN EN SERVICIO DE COMPLEJIDAD ALTA, HABITACIÓN UNIPERSONAL'
205	7 de diciembre de 2015 a las 9:54	'POR FAVOR DE ACUERDO AL ANEXO TÉCNICO AUTORIZAR 4 DÍAS EN UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS, 2 DÍAS EN UNIDAD DE CUIDADOS INTERMEDIOS, 8 DÍAS EN HABITACIÓN UNIPERSONAL, 5 VALORACIONES POR NEUROCIRUGÍA'	'5 CUIDADO (MANEJO) INTRAHOSPITALRIO POR MEDICINA ESPECIALIZADA. 8 INTERNACIÓN EN SERVICIO DE COMPLEJIDAD ALTA. HABITACIÓN UNIPERSONAL. 2 INTERNACIÓN EN UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS ADULTO. 4 INTERNACIÓN EN UNIDAD DE CUIDADOS

			INTENSIVOS ADULTO'
--	--	--	-----------------------

Cabe anotar que pese a que está debidamente acreditado que las solicitudes de autorización fueron recibidas por la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS -DTSC según los sellos que constan en cada documento, la entidad demandada en este proceso no acreditó haber dado respuesta a dichas peticiones, aspecto que retomará la sala ulteriormente.

A partir de lo anterior, la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN expidió las facturas de venta VP-672596 y VP-672599 de 7 de diciembre de 2015, por valor de \$ 15'569.397 y \$ 160.038, respectivamente, con cargo a la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS -DTSC, por los servicios médicos brindados al paciente DIEGO ALARCÓN /fls. 15-16/, documentos que fueron objeto de glosa o rechazo por la entidad pública llamada por pasiva.

En el caso de la primera, adujo la accionada: 'GLOSA TOTAL: USUARIO QUIEN NO REGISTRA EN BASE DE DATOS DE SALUD DE CALDAS FOSYGA NI DNP COMO POBLACIÓN POBRE Y VULNERABLE DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- NO SE EVIDENCIA GESTIÓN ANTE LA OFICINA DE UNIDAD DE PROTECCIÓN A LA VIDA O SECRETARÍA DE SALUD DE CALDAS. SE DEVUELVE LA FACTURA CON SUS RESPECTIVOS SOPORTES POR APLICACIÓN DE GLOSA TOTAL (...)' /fl. 85 cdo. 1/.

En similares términos, frente a la segunda factura, la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS -DTSC expuso lo siguiente: 'GLOSA TOTAL: USUARIO QUIEN NO REGISTRA EN BASE DE DATOS DE SALUD DE CALDAS FOSYGA NI DNP COMO POBLACIÓN POBRE Y VULNERABLE DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- NO SE EVIDENCIA GESTIÓN ANTE LA OFICINA DE UNIDAD DE PROTECCIÓN A LA VIDA O SECRETARÍA DE SALUD DE CALDAS. DE OTRA PARTE NO SE ANEXAN FORMATOS DE CTC DE LOS CARGOS FACTURADOS SEGÚN RESOLUCIÓN 1479 DE 2015 - SE DEVUELVE LA FACTURA CON SUS RESPECTIVOS SOPORTES POR APLICACIÓN DE GLOSA TOTAL (...)' /fl. 86/.

Volviendo sobre los planteamientos de la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS, ha acotado esta entidad que no se hallaba dentro de su ámbito

funcional asumir el costo de la atención médica brindada por la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN al señor DIEGO ALARCÓN, por tratarse de una persona que no estaba inscrita en las bases de datos de la población pobre no afiliada del DEPARTAMENTO DE CALDAS, además de que no existe prueba de que el paciente fuera en efecto un habitante de calle, ya que la IPS demandante no llevó a cabo las gestiones tendientes a lograr su plena identificación. De ahí que sostenga que no estaba legalmente obligada a asumir el costo de los servicios médicos y por ello, no obtuvo el provecho económico alegado por la parte actora en este contencioso de reparación.

Para desatar este punto, es preciso anotar que el Decreto 4747 de 2007⁶ (compilado en el Decreto 780 de 2016) establece en su artículo 3° literal b):

“DEFINICIONES. Para efectos del presente decreto se adoptan las siguientes definiciones:

...

b) Entidades responsables del pago de servicios de salud. Se consideran como tales las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud, las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades adaptadas y las administradoras de riesgos profesionales ...” /Destacado del Tribunal/.

Respecto a la autorización de servicios médicos posteriores a la atención en urgencias, el ordenamiento decretal en cita establece:

“ARTÍCULO 13. SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS POSTERIORES A LA ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIAS. Si para la prestación de servicios posteriores a la atención inicial de urgencias, las entidades responsables del pago de servicios de salud han establecido como requisito una autorización particular, una vez realizada la atención inicial de urgencias, el prestador de

⁶ "Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones"

servicios de salud deberá informar a la entidad responsable del pago, la necesidad de prestar el servicio cuya autorización se requiere, utilizando para ello el formato y siguiendo los procedimientos y términos definidos por el Ministerio de la Protección Social, para el efecto. Este proceso no podrá ser trasladado al paciente o a su acudiente y es de responsabilidad exclusiva del prestador de servicios de salud.

ARTÍCULO 14. RESPUESTA DE AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS POSTERIORES A LA ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIAS. Las entidades responsables del pago de servicios de salud deben dar respuesta a las solicitudes de autorización de servicios siguiendo los procedimientos, mecanismos y en el formato que determine el Ministerio de la Protección Social. Este proceso no podrá ser trasladado al paciente o su acudiente y es de responsabilidad exclusiva de la entidad responsable del pago. La respuesta a la solicitud de autorización de servicios posteriores a la atención de urgencias deberá darse por parte de la entidad responsable del pago, dentro de los siguientes términos:

a). Para atención subsiguiente a la atención inicial de urgencias: Dentro de las dos (2) horas siguientes al recibo de la solicitud;

b). Para atención de servicios adicionales: Dentro de las seis (6) horas siguientes al recibo de la solicitud.

Atendiendo el procedimiento señalado por el Ministerio de la Protección Social, de no obtenerse respuesta por parte de la entidad responsable del pago dentro de los términos aquí establecidos, se entenderá como autorizado el servicio y no será causal

de glosa, devolución y/o no pago de la factura.

PARÁGRAFO 1°. Cuando las entidades responsables del pago de servicios de salud, consideren que no procede la autorización de los servicios, insumos y/o medicamentos solicitados, deberán diligenciar el Formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos que establezca la Superintendencia Nacional de Salud.

...” /Resaltados del Tribunal/.

En ese orden, emerge con claridad que la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS -DTSC es una de las entidades responsables del pago de los servicios de salud, y que una vez el prestador del servicio, en este caso la CLÍNICA LA PRESENTACIÓN, solicitara la autorización para la prestación de servicios posteriores a la atención inicial de urgencias, correspondía a la demandada contestar dicha solicitud en los términos previstos en dicha norma, so pena de entenderse autorizados, pues el texto normativo es categórico al señalar que vencida esta oportunidad no habrá posibilidad de formular glosa, rechazo o no pagar la respectiva factura, como pretendió hacerlo la entidad demandada en el sub lite.

En efecto, tal como lo concluyó el juez de primera instancia, la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS -DTSC no alegó, y menos acreditó en el plenario, haber cumplido con la obligación que le asistía de pronunciarse frente a las peticiones de autorización de servicios de salud presentadas por la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN, pese a que hay prueba de que fueron radicadas en esa entidad, dando lugar al silencio administrativo positivo que consagra el decreto en mención.

Por tal razón, tampoco resultan de recibo los argumentos de la entidad llamada por pasiva, quien afirma que el paciente no se hallaba en los censos de la población pobre no afiliada del DEPARTAMENTO DE CALDAS, y que no existe prueba de que se tratara de un habitante de calle, planteamientos que

bien pudieron servir de soporte a la respuesta que, se itera, debía dar esa dirección seccional a la clínica demandante una vez esta pidió autorizar los servicios médicos, y al no haber procedido de conformidad, lógico resultaba que se entendiera entregado el aval, por la categórica redacción de la norma parcialmente reproducida.

De otro lado, nótese que el párrafo 1° del artículo 14 del Decreto 4747/07 establece que cuando la entidad responsable del pago de los servicios considere que no procede la autorización, deberá diligenciar el formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos que establezca la Superintendencia Nacional de Salud, sin que dicha obligación se encuentre condicionada a que el paciente estuviera censado o registrado en las bases de datos del DEPARTAMENTO DE CALDAS, como lo arguye la apelante.

En otros términos, la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS contaba con el mecanismo jurídico para negar la autorización de los servicios médicos solicitada por la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN, si consideraba que el paciente DIEGO ALARCÓN no se hallaba dentro de su ámbito de cobertura, pero debía hacerlo en la oportunidad y en la forma prevista en el Decreto 4747/07, y ante su omisión, dio lugar a la ocurrencia del silencio administrativo positivo que consagra esa disposición normativa. Por ende, resulta acertado concluir que la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS -DTSC era responsable del pago de los servicios que prestó la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN al señor DIEGO ALARCÓN, como lo hizo el fallador de primera instancia.

Ante este panorama, también resulta claro que siguiendo el texto de la norma, los servicios facturados no podían ser objeto de glosas o rechazos, y al haber sido denegado su pago por la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS -DTSC, generó una ventaja patrimonial, pues no erogó los recursos cuyo pago le correspondía, en claro y correlativo desmedro de la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN, que asumió los recursos de su propio presupuesto sin una causa legal válida, pues valga reiterarlo, el ordenamiento imponía esta carga patrimonial a la entidad accionada. De ahí que esta Sala coincida con la argumentación del juez que accedió a las pretensiones de la parte actora, por lo que habrá de confirmarse el fallo en este sentido.

Por último, cuestiona la entidad demandada la orden del juez, tendiente al reconocimiento de intereses moratorios a favor de la demandante, arguyendo que la *actio in rem verso* es eminentemente compensatoria, por lo que debe limitarse al monto del enriquecimiento injustificado, sin que puedan concederse indemnizaciones, como en este caso serían los intereses que fueron ordenados por el juzgador de primera instancia.

Sobre este punto, si bien le asiste razón a la apelante en relación con la naturaleza de la *actio in rem verso*, a la cual esta Sala hizo extensa alusión en el primer apartado de este fallo, también lo es que la orden de pago de intereses de mora sobre los valores de los servicios médicos no surge como una disposición indemnizatoria adoptada en sede judicial, pues por el contrario, la causación de intereses en estos casos opera por ministerio de la norma que regula este específico trámite entre prestadores y responsables de pago de servicios de salud.

El artículo 7 del Decreto 1281 de 2002 indica sobre este punto:

“Artículo 7°. Trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud. Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.

Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro” /Resalta la sala/.

Es entonces la propia disposición normativa la que consagra la generación de intereses moratorios en los casos en los que las glosas formuladas resulten infundadas, como en efecto ocurrió con las que planteó la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS -DTSC a las facturas emanadas de la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN, pues basta recordar que ante la falta de respuesta oportuna de la entidad accionada, surgió el silencio administrativo positivo consagrado en el Decreto 4747/07, norma que expresamente indicaba que las glosas en estos casos resultan abiertamente improcedentes.

De este modo, lejos de poderse afirmar que la causación de intereses tenga su génesis en la sentencia dictada en el curso de este proceso judicial, se trata de un mandato que emerge de la norma que gobierna el trámite que se imprime a la presentación de las cuentas de cobro a las entidades responsables del pago de los servicios de salud, disposición que los consagra de modo expreso e imperativo, por lo que el pago de este rubro responde a un mandato normativo y no a un monto indemnizatorio ordenado por el funcionario judicial, que desconozca o desnaturalice el carácter compensatorio de la *actio in rem verso*.

Así las cosas, para la sala no existen elementos de juicio que conlleven a reconsiderar el fallo de primera instancia, por lo que habrá de confirmarse.

COSTAS

Como quiera que habrá de confirmarse la sentencia, se condenará en costas a la entidad demandada en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 365 del CGP (Ley 1564/12). Sin agencias en derecho en esta instancia por cuanto no se causaron.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 1º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones de la parte demandante, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** derivado de la **ACTIO IN REM VERSO**, promovido por la **CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN** contra la **DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS -DTSC**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la demandante. Sin agencias en derecho en esta instancia por cuanto no se causaron.

ACÉPTASE la renuncia presentada por la abogada SANDRA CAROLINA HOYOS GUZMÁN al poder que le había sido conferido por la **DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS - DTSC** /fls. 11-13 cdno. 2/.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N°010.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-23-33-000-2017-00888-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 097

Una vez notificada la sentencia de primera instancia fechada 9 de diciembre último, proferida dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **MARIA DEYANIRA VALENCIA DE CASTRO** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**, la parte actora presentó dentro de la oportunidad legal el escrito que milita de folios 318 a 325 del cuaderno principal, con el que formula recurso de apelación contra el fallo y, además, pide se corrija un dato inexacto incluido en la parte motiva de dicha providencia.

De manera concreta explicó la parte actora, que si bien ello no influye en el fondo de la decisión, en la parte motiva del fallo se indicó que ese sujeto procesal había presentado extemporáneamente sus alegaciones de conclusión, refiriendo que el escrito que los contiene fue radicado en la secretaría el último día hábil del término para aportarlos.

CONSIDERACIONES

DE LA

SALA DE DECISIÓN

El artículo 286 del Código General del Proceso (CGP), aplicable en virtud de la remisión establecida en el canon 306 del C/CA, prevé sobre la corrección de providencias “y otros” que,

“Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en

cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.” /Resalta el Despacho/.

En este orden, la indicación en la providencia en el sentido de que la parte demandante no presentó alegatos dentro de la oportunidad legal, ni ello está contenido en la parte resolutive de la sentencia como tampoco influyó en la decisión, habida cuenta que lo expuesto en los alegatos constituyó una reiteración de los argumentos medulares que ya había expuesto en el escrito introductor; y sin desconocer la importancia de dicha actuación, el tema estuvo referido a un asunto de puro derecho, esto es, relativo al régimen legal aplicable a la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora VALENCIA DE CASTRO, y frente a tal situación no procede la corrección de la parte resolutive del fallo por no estar incluido en el supuesto fáctico de la norma reproducida.

Empero, en aras de brindar plena claridad a la actuación y garantías en el vocero de la actora, la Sala se limitará a expresar en este apartado, que la parte actora sí presentó alegatos de conclusión dentro de la oportunidad legal, lo que se expresa al haberse efectuado la revisión de las actuaciones procesales, de donde se desprende que el auto mediante el cual se corrió traslado para alegatos fue noticiado por estado electrónico del 21 de mayo de 2021 /fl. 236/, por lo que el término de 10 días consagrado en el artículo 181 inciso 3° de la Ley 1437 de 2011, corrió entre el 24 de mayo y el 4 de junio de esa anualidad, y con ello, el escrito de alegaciones radicado el 4 de junio de 2021 /fl. 288/ fue presentado de manera oportuna, pese a que la

constancia secretarial de folio 297 se haya afirmado erróneamente que dicha intervención había sido extemporánea.

En el memorial en mención, la parte actora se pronunció bajo el siguiente esquema argumentativo:

Con la negativa de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la accionante, la parte demandada desconoció sus derechos fundamentales, situación que se ve agravada al no hallarse información laboral del soldado profesional del señor GERMÁN ANTONIO CASTRO VALENCIA; no obstante reiteró que está acreditado que el fallecido soldado CASTRO VALENCIA prestó sus servicios al EJÉRCITO NACIONAL entre el 11 de abril de 1988 y el 30 de julio de 1991; de quien afirma haber fallecido el 12 de diciembre de 1992 y de quien dependía económica su mamá. Insistió en que puede acceder a la pensión de sobrevivientes a través de las normas que para entonces gobernaban el reconocimiento de esta pensión a cargo del I.S.S (Decreto 758/90 y Acuerdo N° 049/90), aplicables a su situación en virtud del principio de la condición más beneficiosa, y que para la data de la muerte del hijo de la demandante, representaba el mínimo de beneficios que consagraban las normas de seguridad social. Así mismo, también reitera que el reconocimiento de la pensión podría darse por la aplicación retrospectiva de los cánones 46 a 48 de la Ley 100 de 1993.

Es por lo expuesto que,

RESUELVE

NIÉGASE la corrección de la sentencia datada 9 de diciembre del año inmediatamente anterior, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora MARÍA DEYANIRA VALENCIA DE CASTRO contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL.**

TÉNGASE como parte motiva del aludido fallo de primer grado, que la actora presentó en tiempo sus alegatos de conclusión en la forma indicada en los considerandos de este auto.

EJECUTORIADO este proveído, **PASE** el expediente a despacho para pronunciarse sobre el memorial de apelación interpuesto.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en sala de decisión celebrada en la fecha, según Acta N° 010 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 047

Manizales, diez (10) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17-001-33-39-005-2018-00051-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: John Weimar López Parra y Otros
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia mediante la cual se accedió a las suplicas de la parte actora.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Solicita la parte demandante, en síntesis, se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la entidad demandada por los daños causados con ocasión de las lesiones sufrida por el demandante Jhon Weimar López Parra durante la prestación del servicio militar obligatorio y en consecuencia se les ordene pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir los correspondientes perjuicios materiales¹, morales² y a la salud³ generados a los demandantes.

1.2. Hechos jurídicamente relevantes

Señala la parte actora que, el demandante Jhon Weimar López Parra fue incorporado por la Policía Nacional para prestar su servicio militar obligatorio como Auxiliar Bachiller. Que el 08 de junio de 2017 encontrándose en sus labores como Auxiliar Bachiller al atender un requerimiento ciudadano se desplazó en compañía de otro uniformado, sufriendo un accidente de tránsito debido a desperfectos mecánicos en la motocicleta de la Policía Nacional, en la cual el accionante se movilizaba como parrillero o acompañante.

Que la entidad demandada calificó las lesiones sufridas por el accionante que correspondieron a fractura de la epífisis inferior del radio y heridas en diferentes partes del cuerpo como ocurridas *“En el servicio, por causa y razón del mismo”*, lesiones que han generado una discapacidad física en el señor Jhon Weimar López Parra.

¹ Lucro cesante a favor de la víctima directa en razón del porcentaje de pérdida de capacidad laboral y la expectativa de vida del demandante.

² Estimados en 60 S.M.L.M.V. para la víctima directa y su madre y en 30 S.M.L.M.V. para su hermano y abuela.

³ Tasados en 60 S.M.L.M.V. para el señor Jhon Weimar López Parra.

2. Contestación de la demanda

La **parte demandada** se opuso a las pretensiones de la parte demandante advirtiendo que, de acuerdo al Informe Administrativo Prestaciones Por Lesiones el daño no lo causó directamente la Policía Nacional, destacando que la función de policía demanda un riesgo propio y que ante posibles contingencias de lesiones o invalidez, éstas se suplen con el sistema prestacional para la Fuerza Pública, previsto en el Decreto 4433 de 2014, lo que no se pudo llevar a cabo pues el actor decidió negarse a efectuar los trámites administrativos tendientes para su valoración por parte del Área de Medicina Laboral, al no asistir a las citas programadas por los organismos médicos de la Policía Nacional.

De lo anterior reseña que, al no haber sido valorado por el Área de Medicina Laboral de la entidad, mal puede señalarse por el demandante la existencia de unos perjuicios debido al porcentaje de afectación sufrido por sus lesiones, pues sin tales valoraciones no existe en el expediente prueba alguna que refiera el daño y perjuicios cuyo resarcimiento deprecia.

Finalmente, hizo referencia en términos generales a los eximentes de responsabilidad de fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima y hecho exclusivo y determinante de un tercero, sin efectuar algún análisis frente al asunto concreto.

3. Sentencia de primera instancia.

El *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, por lo que declaró administrativa y patrimonialmente responsable a la entidad demandada por los daños sufridos por el señor John Weimar López Parra y su grupo familiar, ordenando el resarcimiento de los perjuicios morales con el pago de 40 S.M.L.M.V. en favor del afectado directo y su madre y 20 S.M.L.M.V para su hermano y abuela; así mismo el pago de 40 S.M.L.M.V. por daño a la salud y la suma de \$48.149.263 a título de lucro cesante pasado y futuro; ello con base en la pérdida de capacidad laboral que consideró probada con base al dictamen médico rendido por profesional de la medicina y que fuere aportado con la demanda.

Para dar base a la decisión realizó un análisis fáctico y jurisprudencial del caso planteado para determinar que el mismo debía ser valorado desde la teoría del daño especial en asuntos de lesiones sufridas por el personal conscripto de las fuerzas armadas. Así, al analizar los elementos del referido título jurídico de imputación, en concordancia con las pruebas obrantes en el plenario, consideró que el daño se encuentra acreditado, pues se demostraron las lesiones padecidas por el señor John Weimar López Parra, las cuales sufrió en ejercicio de la función obligatoria de prestación del servicio militar en la Policía Nacional.

4. Recurso de apelación

La **parte accionada** se opuso a la sentencia al considerar que no existió una conducta que permita la imputación del daño a la Policía Nacional pues como se reportó en la historia clínica del accionante, el accidente sufrido por aquel tuvo como causa la pérdida de control de la motocicleta en que se transportaba, en razón del piso mojado por el cual transitaba, insistiendo en que la actividad de policía tiene unos riesgos inherentes que nunca fueron

superados o exacerbados en las funciones asignadas al demandante.

Finalmente agrega que, para la tasación de perjuicios el *a quo* acogió el dictamen realizado por la médica especialista en salud ocupacional Dra. María Cristina Cortes Isaza, quien luego de valorar al hoy demandante determinó una disminución de la capacidad del 20.3%, desconociendo el régimen especial que existe al interior de la Policía Nacional en el cual de conformidad con el Decreto 1796 del 2000 quien tiene la competencia para determinar la pérdida de capacidad laboral del personal uniformado es la Junta Médico Laboral de la institución, sin que esta competencia pueda ser asumida por un médico ocupacional el cual no tiene la condición de autoridad médica policial.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se absolverán los siguientes cuestionamientos: *¿Se configuran los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en cabeza de la entidad accionada?*

De ser así, *¿Hay lugar al reconocimiento de perjuicios a la parte actora en la forma determinada por el a quo?*

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

Se configuran los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado teniendo en cuenta que, el daño antijurídico consistente en las lesiones físicas, se concretó durante el servicio militar obligatorio y en cumplimiento de las actividades propias de él, por lo que este es imputable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, quien tenía la obligación de especial seguridad, protección, vigilancia y cuidado de la vida, la salud e integridad psicofísica del conscripto.

Para fundamentar lo anterior se hará referencia a: *i)* los hechos relevantes acreditados; *ii)* el régimen de responsabilidad aplicable; para descender al análisis del *iv)* caso concreto.

2.2. Hechos relevantes acreditados para la resolución del problema jurídico

- Según comunicación de novedad realizada por el comandante de la subestación de Policía “El Madroño” y dirigido al comandante del distrito Anserma, se informó:

“...Respetuosamente me permito informar a mi Teniente, que el día de hoy 08-06-2017, siendo aproximadamente las 10:00 horas, en el sector de la Curva de los pavos, vereda la Alemania jurisdicción de Belalcázar, al dirigirnos a atender requerimiento ciudadano (persona en actitud sospechosa), sufrió accidente de tránsito en calidad de conductor en motocicleta uniformada DR200 de sigla 24-0373, placa SPV26B, a causa de desprendimiento piñón de arrastre, originando descarrilamiento de la cadena, inmediatamente nos dirigimos al hospital San

*José de Belalcázar, donde según valoración médica presentó trauma en hombro y muñecas bilaterales, con incapacidad médica de 3 días y el señor AP JHON WEIMAR LÓPEZ PARRA, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1094966393, quien se encontraba en calidad de tripulante, presenta fractura de radio izquierdo con deformidad de la articulación, herida mentón, y laceración en brazo derecho quien fue remitido a la clínica pinares de la ciudad de Pereira, hasta el momento desconozco tiempo de incapacidad, dado que no ha sido posible comunicarme con el antes mencionado ya que tiene su teléfono apagado...*⁴ (Se resalta).

- Según reporte Formato de Calificación de Informe Administrativo Prestacional por Lesión, firmado por el comandante del Departamento de Policía de Caldas el 08 de agosto de 2017, se advirtió que:

*"...el accidente en el que resultó lesionado el señor Auxiliar de Policía JHON WEIMAR LÓPEZ PARRA, identificado con C.C. Nro. 1.094.966.393 expedida en Armenia (Quindío), ocurrió en circunstancias de tiempo, modo y lugar de conformidad con lo establecido en el Decreto 1796 del 14 de septiembre de 2000, Título IV, artículo 24, Literal B) "EN EL SERVICIO, POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO, ES DECIR, ENFERMEDAD PROFESIONAL Y/O ACCIDENTE DE TRABAJO", teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído..."*⁵ (Se subraya).

- En historia clínica de atención del señor John Weimar López Parra en la E.S.E. Hospital San José de Belalcázar se anotó:

"MOTIVO DE CONSULTA: nos caímos en una moto

ENFERMEDAD ACTUAL: Paciente de 19 años auxiliar regular de Policía Nacional sufre accidente de tránsito mientras patrullaban en Pueblo Belalcázar Caldas, sufren caída en motocicleta CUANDO EL CONDUCTOR PIERDE EN CONTROL EN PISO MOJADO, PACIENTE CAE DE LA MOTOCICLETA generando trauma contundente en muñeca izquierda y brazo izquierdo además genera contusión de mentón sin más traumas o síntomas referidos por el paciente al parecer caída de bajo impacto. Encuentro paciente ALGICO con herida sangrante de 5 CENTIMETROS al nivel del mentón, Paciente en buenas condiciones no refiere trauma craneal tenía el casco puesto, la herida del mentón no fue de alto impacto muñeca izquierda deformidad de la articulación con radiografía que muestra fractura de la APOFISIS ESTILOIDES DEL RADIO.

DIAGNOSTICO: s502/ contusión de la muñeca y otras partes de la mano.

OPINIÓN MÉDICA: Paciente en contexto de accidente de tránsito con trauma bajo impacto, se encuentra y vida de mentón y la muñeca izquierda de laceración de brazo derecho nivel del dorso de la mano paciente en buenas condiciones generales. Se pasa a sala de trauma para sutura e inmovilización.

CONDUCTA A SEGUIR: Asepsia antisepsia se coloca analgésico se sutura con técnica intradérmica con sutura prolene 2.0 procedimiento termina sin problemas. Se realiza curación de laceración mano derecha. Se solicitan radiografías de codo, muñeca y dedos de mano

⁴ Expediente digital, archivo: "14Anexos", fl. 55.

⁵ Expediente digital, archivo: "06Anexos", fl. 10.

izquierda. Se encuentra posible fractura de epífisis esteroideas de radio izquierdo con deformidad de la articulación se inmoviliza miembro (...) SE REMITE A CLINICA PARA VALORACIÓN POR ORTOPEDIA...”⁶

2.3. Fundamento jurídico - 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 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 procesales.

Así las cosas, resulta claro que la parte actora endilga a las entidades demandadas la responsabilidad de los hechos que originaron el daño, con base a lo que insiste se trata de una omisión en las obligaciones inherentes al cuidado de un ciudadano obligado a prestar el servicio militar obligatorio en las filas de la Policía Nacional, por lo que cabe recordar que el deber de prestar el servicio militar tiene rango constitucional en el Estado colombiano, ello, según lo consagrado en el artículo 216 de la C.P, en aras de la prevalencia del interés público (art. 1° de la C.P.) y conforme al principio de solidaridad social (art. 95 de la C.P.).

En desarrollo de dichos contenidos constitucionales, la Ley 48 de 1993 *“por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”* impuso límites razonables al ejercicio de las libertades de los varones colombianos al preceptuar que están obligados a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumplan su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes la definirán cuando obtengan su título de bachiller, hasta el día en que cumplan 50 años de edad (art. 10); y de otra parte, determinó las modalidades para atender la obligación de prestación del servicio militar obligatorio, así: como soldado regular, de 18 a 24 meses; soldado bachiller, de 12 meses; auxiliar de policía bachiller, 12 meses; y como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses (art. 13).

⁶ Expediente digital, archivo: *“14Anexos”*, fls. 13-49.

Correlativamente, el Estado adquiere un deber positivo de protección frente a los varones que son destinatarios de dicha carga pública, la cual, a su vez, lo hace responsable de todos los posibles daños que la actividad militar pueda ocasionar en los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico a toda persona.

El incumplimiento de ese deber objetivo de cuidado, decantado en la ley y los reglamentos, que derive en la causación de un daño antijurídico, puede ser imputado al Estado a título de daño especial, riesgo excepcional o falla del servicio, según lo determine el juez con fundamento en el principio *iura novit curia*⁷. Aunque, en todo caso habrá lugar a la posibilidad de demostrar de una de las causales de exoneración o atenuación de la responsabilidad, esto es, *del hecho de la víctima o de un tercero, o la fuerza mayor*⁸.

El Consejo de Estado ha aplicado los títulos jurídicos de imputación de daño especial y riesgo excepcional en casos de lesiones a conscriptos, pues el fundamento de la responsabilidad tiene bases en la carga adicional que se impone a este tipo de ciudadanos de cara a la colectividad, cuando aquellos son obligados a la prestación de un servicio militar obligatorio en pro de la seguridad colectiva, carga que se ve acrecentada sin justificación cuando se afecta su salud, vida o integridad física en la labor castrense. En efecto el H. Consejo de Estado ha señalado:

*“Responsabilidad del Estado por lesiones a conscriptos. La jurisprudencia de esta Sección ha analizado la responsabilidad del Estado en los eventos de daños sufridos por miembros de la fuerza pública, dependiendo del tipo de vinculación con el que la víctima ejercía su función, esto es, si era de forma voluntaria u obligatoria. En este sentido, cuando se trata de conscriptos o personas que obligatoriamente prestan el servicio militar o policial, se **ha estudiado la responsabilidad del Estado desde la óptica de la responsabilidad objetiva, bien sea por daño especial o riesgo excepcional, principalmente, por tratarse de eventos en los que subyace una ruptura del principio de igualdad de las cargas públicas y en los que no se les puede someter a un riesgo excepcional diferente, teniendo en cuenta que el sometimiento de aquéllos a los riesgos de la actividad militar no se realiza voluntariamente, sino que obedece al cumplimiento de los deberes derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social, para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 216 de la Constitución Política”.**⁹*

Así, se le imputa responsabilidad al Estado cuando el daño se produce por el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, es decir, porque el conscripto se encuentra sometido a una carga mayor a la que está obligada a soportar el conglomerado social, al respecto el Consejo de Estado se pronunció así:

⁷ El Consejo de Estado ha determinado que los “escenarios en que se discute la responsabilidad patrimonial del Estado se debe dar aplicación al principio *iura novit curia*, lo cual implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o la motivación de la imputación aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión”. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 20 de octubre de 2014. Exp. 27029.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2022. Exp. 53927.

“En relación con el conscripto la jurisprudencia ha dicho que si bien éstos pueden sufrir daños con ocasión de la obligación de prestar servicio militar obligatorio, consistentes en la restricción a los derechos fundamentales de locomoción, libertad etc. ellos no devienen en antijurídicos, porque dicha restricción proviene de la Constitución; pero que pueden sufrir otros daños que si devienen en antijurídicos y que tienen su causa en dicha prestación, cuando ocurren durante el servicio y en cumplimiento de las actividades propias de él, que les gravan de manera excesiva, en desmedro de la salud y de la vida, los cuales deben indemnizarse por el conglomerado social a cuyo favor fueron sacrificados dichos bienes jurídicos, porque se da quebranto al principio de igualdad frente a las cargas públicas”¹⁰.

A su vez, se aplica el riesgo excepcional cuando el daño proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos, de modo que si se demuestra que los hechos ocurrieron por el riesgo a que fueron expuestos los conscriptos, no se requiere realizar valoración subjetiva de la conducta del demandado¹¹. Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado:

“(…)la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como la Policía Nacional, el D.A.S., o el Ejército Nacional, pues el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos. En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante tiene el deber de probar la existencia del daño y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante”¹².

Por último, sin perjuicio de los regímenes de responsabilidad objetiva, la jurisprudencia también ha endilgado responsabilidad por daños a conscriptos a título de falla del servicio, cuando se demuestra la existencia de una irregularidad administrativa que produce el daño o aporta a su producción, el Alto Tribunal se ha inclinado por aplicar el régimen general de responsabilidad¹³.

2.4. Análisis sustancial del caso concreto

En línea con lo anterior, la Sala considera que en el presente asunto el esquema de responsabilidad aplicable es el de riesgo excepcional, pues el daño ocurrió en el ejercicio de una actividad peligrosa como era la conducción de vehículos automotores, cuando el Auxiliar de Policía Jhon Weimar López Parra, se desplazaba como pasajero en la motocicleta de la Policía Nacional.

En tal sentido, cabe recordar que, en relación con los daños padecidos por los conscriptos, el Consejo de Estado ha señalado que, si bien éstos pueden sufrir una afectación con ocasión de la obligación de prestar servicio militar obligatorio, la cual consiste en la restricción a los

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de agosto de 2005. Exp.16205.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera Sección Tercera. Auto de 28 de mayo de 2005, expediente 15445.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto de 11 de noviembre de 2009, expediente 17927.

¹³ *Ibidem*.

derechos fundamentales de locomoción, libertad etc. tal afectación, no se erige como antijurídica porque dicha restricción proviene de la Constitución; empero que “...pueden sufrir otros daños que si devienen en antijurídicos y que tienen su causa en dicha prestación, cuando ocurren durante el servicio y en cumplimiento de las actividades propias de él, que les gravan de manera excesiva, en desmedro de la salud y de la vida”¹⁴ o cuando el daño proviene de la realización de actividades peligrosas.

Al paso de advertir que en el plenario no se discute la existencia del daño -primer elemento de la responsabilidad estatal-, se hace necesario reiterar que, el hecho de la administración se concreta en una imposición al demandante de una carga pública desigual al verse afectada su integridad personal debido a la prestación del servicio militar obligatorio, por lo que se pasará a analizar la imputación a la entidad accionada.

En tal sentido, el daño antijurídico cuyo resarcimiento se deprecia, esto es, las lesiones sufridas por el conscripto John Weimar López Parra son imputables a la entidad accionada, bajo el régimen objetivo de riesgo excepcional, pues el mismo fue originado en el desarrollo de una actividad peligrosa, como lo es la conducción de vehículos automotores.

Al respecto, precisó el Consejo de Estado:

“Se ha sostenido entonces, por una parte, que el Estado debe asumir los riesgos que se crean para quienes prestan el servicio militar obligatorio, como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que se les asignan, como cuando el daño es causado con un arma de dotación oficial o, cuando se deriva del ejercicio de una actividad peligrosa, como la conducción de vehículos oficiales¹⁵, teniendo en cuenta que la sola manipulación de armas de fuego o la conducción de automotores, entraña un peligro al cual se expone la víctima por imposición del Estado.

De otra parte, que surgirá la responsabilidad administrativa, igualmente, cuando el daño sufrido por el soldado conscripto sea anormal, por implicar la imposición de un sacrificio especial e injusto a él o a sus familiares, en relación con las demás personas que se encuentren en su misma situación de reclutamiento, de modo que resulte roto el equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas”.

Lo anterior aunado a que, la imposición estatal que el actor estaba obligado a sobrellevar era la limitación a sus derechos que implica la prestación del servicio militar obligatorio, pero no el de resultar lesionado en su integridad psicofísica por la actividad castrense.

Ahora bien, en lo que respecta a la imputación fáctica, para Sala -como lo concluyó el a quo-

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de agosto de 2005. Exp. 16205.

¹⁵ “...cuando se discute la responsabilidad del Estado por daños causados con elementos o actividades peligrosas -uso de armas de fuego de dotación oficial, uso de vehículos automotores oficiales, conducción de energía eléctrica- ha entendido la Sala que el régimen aplicable es el de responsabilidad objetiva en aplicación de la teoría del riesgo excepcional. En efecto, la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es el uso de vehículos automotores, pues el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales elementos peligrosos. El mencionado título de imputación puede ser empleado tanto en favor de terceros, como para los conductores de tales vehículos y para los servidores públicos que los acompañan para el cumplimiento de funciones propias del servicio”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo 3 de 2007, Exp. 25020, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

se encuentra debidamente acreditado que las lesiones sufridas por el demandante tuvieron su génesis en el desarrollo de la actividad castrense, tal y como lo dictaminó el Formato de Calificación de Informe Administrativo Prestacional por Lesión o Muerte, firmado por el comandante del Departamento de Policía de Caldas el 08 de agosto de 2017 al señalar que, el accidente en el que resultó lesionado el Auxiliar de Policía Jhon Weimar López Parra ocurrió *“EN EL SERVICIO, POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO, ES DECIR, ENFERMEDAD PROFESIONAL Y/O ACCIDENTE DE TRABAJO”*.

Así las cosas, para la Sala no resultan de recibo los argumentos de apelación formulados por la entidad accionada al señalar que no tuvo injerencia en el evento -accidente de tránsito- que ocasionó las lesiones del señor John Weimar López Parra, pues como se advirtió en el acápite anterior, bajo el régimen de imputación objetiva en asuntos de lesiones padecidas por uniformados conscriptos bastara con demostrar que la existencia del daño y su imputación a la entidad demandada siempre que la afectación haya ocurrido con ocasión a una actividad peligrosa, o superado la simple restricción a sus derechos que implica la prestación del servicio militar obligatorio, trascendiendo a la afectación de su integridad psicofísica por la actividad castrense.

2.5. Conclusión

Se configuran los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado teniendo en cuenta que, el daño antijurídico consistente en las lesiones físicas se concretó durante el servicio militar obligatorio y en cumplimiento de las actividades propias de él, por lo que este es imputable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, quien tenía la obligación de especial seguridad, protección, vigilancia y cuidado de la vida, la salud e integridad psicofísica del conscripto.

En tal sentido, se impone confirmará la sentencia apelada en lo que respecta a la declaratoria de responsabilidad administrativa y patrimonial endilgada a la entidad accionada.

3. Segundo problema jurídico *¿Hay lugar al reconocimiento de perjuicios a la parte actora en la forma determinada por el a quo, esto es, con base en un dictamen médico expedido por un profesional en Salud Ocupacional?*

3.1. Tesis del Tribunal

En materia de responsabilidad estatal para la acreditación de los perjuicios y específicamente la determinación de la magnitud de las lesiones físicas padecidas por el afectado, existe libertad probatoria sin que se pueda determinar una tarifa legal que imponga la existencia de medios de prueba exclusivos para la demostración de tales situaciones, razón por lo cual el dictamen médico aportado por la parte actora resulta suficiente para acreditar la magnitud del perjuicio, mas aun cuando la entidad accionada no efectuó ningún tipo de labor probatoria tendiente a desvirtuar la prueba aportada por la parte actora en tal sentido.

Para fundamentar lo anterior se hará referencia a: *i)* los hechos relevantes acreditados; *i)* Elementos de la responsabilidad estatal; *ii)* el marco normativo sobre la valoración de la

disminución de la capacidad laboral; para descender al análisis del *iii*) caso concreto.

3.2. Hechos relevantes acreditados para la resolución del problema jurídico.

- Según dictamen sobre pérdida de capacidad laboral, efectuado al demandante Jhon Weimar López Parra el 22 de octubre de 2018 por parte de la médica especialista en Salud Ocupacional, Dra. María Cristina Cortés Isaza¹⁶, tras valoración del afectado y de la historia clínica, se concluyó:

“4.3. Anamnesis.

El señor Jhon Weimar López ingreso a la policía como auxiliar en el mes de abril de 2016 y prestó el servicio por 18 meses hasta octubre del 2017.

El día 8 de junio de 2017 fue atendido en el Hospital de Belalcázar Caldas cuando sufrió accidente de tránsito mientras patrullaba en Belalcázar Caldas sufriendo caída de motocicleta cuando el conductor pierde el control por piso mojado. El paciente presenta inicialmente trauma contundente en Muñeca izquierda y brazo izquierdo además tuvo contusión en el mentón con herida sangrante de 5 cm. En la muñeca izquierda se presentó deformidad de la articulación y la radiografía muestra fractura de la apófisis estiloides del radio. Por este motivo es remitido para valoración por ortopedia y para su manejo y tratamiento.

El día 8 de junio de 2017 es atendido en la corporación médica de salud para colombianos por el doctor Pérez ortopedista el cual programa cirugía ambulatoria con el fin de reducir la fractura con material de osteosíntesis.

El día 15 de junio de 2017 es operado y el procedimiento realizado fue reducción abierta de fractura distal de cúbito o radio con fijación interna. Describiendo el procedimiento de la siguiente en salas de cirugía Asepsia y antisepsia colocación de campos espirales, torniquete, se realiza abordaje a radio distal izquierdo tipo Henry se disecciona por planos, hemostasia selectiva, se identifica y reducen fractura y bajo fluoroscopia se fija fractura con placa de radio distal extraarticular externa de dos segmentos izquierda, con 6 tornillos cortical pentelock de 2.5 y dos tornillos corticales de 2.5. Se verifica adecuada reducción de la fractura en intensificador de imágenes, se lava la herida, sutura por planos, retiro de torniquetes, se realiza sutura de piel. Se colocan apósitos estériles. Se da de alta por ortopedia con formula analgésico y antibiótico oral toma de rayos x de mano izquierda con su control consulta externa. El diagnóstico es fractura de la epífisis inferior del radio Y hallazgo quirúrgico fractura de radio distal desplazada.

El 31 De octubre de 2017 es atendido por el médico dermatólogo Yamil Alberto Duque quien establece en la historia clínica EVOLUCIÓN: paciente con 19 años soltero empleado consulta por cicatrices atróficas submentoniana media antebrazo izquierdo anterodistal y región tenor derecha DIAGNÓSTICO Cicatrices atróficas. PRONÓSTICO Permanentes, SECUELAS: cicatrices atróficas por trauma. OBSERVACIONES: paciente hace 4 meses accidente de moto con herida abierta submentoniana media suturado fractura de radio y cúbito operado con cicatriz atrófica lineal y cicatrices por raspaduras región tenor derecha distal.

El 1 de noviembre de 2017 es atendido por el médico ortopedista Jaime Fernando Cuenca registrando en la historia clínica MOTIVO DE CONSULTA: presentó un accidente en la policía en una moto el 8 de julio del 2017 presentando fractura de Puño izquierdo y lesión en

¹⁶ Expediente digital, archivo: “14Anexos”, fls. 1-8.

zona de mentón raspadura en la mano derecha fue visto en Belalcázar fue visto en Pereira en clínica pinares fue operado de radio izquierdo con platina no puede trabajar por dificultad para Elevar las cosas pesadas. EXAMEN FÍSICO OSTEOMUSCULAR: buen estado general y puño izquierdo cicatriz quirúrgica adecuada movimiento de Puño conservada leve tranquilo al movimiento neurovascular normal encara sobre mentón cicatrización satisfactoria en mano derecha leve cambio de color en zona de la tabaquera piel en buen estado. DIAGNOSTICO: fractura de la epifisis inferior del radio. CONDUCTA: so solicite va Puño anteriores Y se solicita rayos x de Puño actual.

4.4. Examen físico.

cabeza y cuello: presenta cicatriz en el mentón de 2 cm lineal discrómica. Visible a 1 metro de distancia. Resto normal.

Tórax y abdomen: RSCSRs no soplos, CSPs limpios bien ventilados. Abdomen: Blando depresible no masas, Rsis positivos. No dolor a la palpación.

Extremidades: presenta cicatriz de 5,5 cm cara anterior de la muñeca la cual es lineal distrófica secundaria a la herida quirúrgica, con cicatriz en mano derecha a nivel de la tabaquera anatómica de 4x 1 cm hiperpigmentada. AMAS de la muñeca completos. no atrofia muscular. Dolor referido por el trabajador al realizar fuerza sostenida empuñando la mano. Escala de EVA de 2/10.

5. Descripción del dictamen.

5.1. Evaluación de las lesiones.

1. Fractura de epifisis Inferior de radio Izquierdo. Genera como secuela funcional dolor para cargar objetos pesados con dicha mano y dolor para movimientos repetitivos de la mano. ortopedista reporta a largo plazo artrosis postraumática. Enfermedad que ocurre en el servicio, se considera que tiene un origen relacionado con Accidente de trabajo.

2. Herida en cara y en mano derecha. Genera cicatriz no quirúrgica en el mentón y en la mano derecha. Se genera índice a la cicatriz de la cara debido a que esta cicatriz no es susceptible de corrección y se observa a 1 metro de distancia. Enfermedad que ocurre en el servicio, se considera que tiene un origen relacionado con Accidente de trabajo.

...

5.3. Descripción de las lesiones.

# orden	DESCRIPCIÓN DE LAS LESIONES	NUMERAL	ÍNDICE	PCL	LITERAL
1	Lesiones o afecciones del antebrazo según la deformidad ósea la alteración de las partes blandas	1-193	2,00	10,5	B
2	Cicatrices con desfiguración facial a) Grado mínimo.	10-003	3,00	11	B
ÍNDICE TOTAL					
DLT = DL1 + DL2 + DL3... DLn					
... DISMINUCIÓN TOTAL DE LA CAPACIDAD LABORAL				20.35%	

3.3. Marco jurídico sobre la valoración de la disminución de la capacidad laboral

El Decreto 1796 de 2000¹⁷ por el cual se regula –entre otras cosas, la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, se aplica según el artículo primero a las siguientes personas:

“ARTICULO 1o. CAMPO DE APLICACIÓN. El presente decreto regula la evaluación de la capacidad sicofísica y la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la fuerza pública, alumnos de las escuelas de formación y sus equivalentes en la policía nacional.

*El personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y el personal no uniformado de la Policía Nacional, vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, continuará rigiéndose, **en lo referente a las indemnizaciones y pensiones de invalidez**, por las normas pertinentes del decreto 094 de 1989.*

PARÁGRAFO. El personal que aspire a vincularse a partir de la vigencia del presente decreto como civil del Ministerio de Defensa o de las Fuerzas Militares, o como no uniformado de la Policía Nacional, deberá cumplir con los requisitos de aptitud sicofísica exigidos para el desempeño del cargo, de acuerdo con lo establecido por este decreto”.

El Título III de esa norma, indica los organismos y autoridades médico-laborales militares y de policía:

*“ARTICULO 14. ORGANISMOS Y AUTORIDADES MEDICO-LABORALES MILITARES Y DE POLICÍA. **Son organismos médico-laborales** militares y de policía:*

- 1. El Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía*
- 2. La Junta Médico-Laboral Militar o de Policía*

Son autoridades Medico-Laborales militares y de policía:

- 1. Los integrantes del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.*
- 2. Los integrantes de las Juntas Médico-Laborales.*
- 3. Los médicos generales y médicos especialistas de planta asignados a Medicina*
- 4. Laboral de las Direcciones de Sanidad de las Fuerzas Militares y Policía Nacional.*

ARTICULO 15. JUNTA MEDICO-LABORAL MILITAR O DE POLICÍA. Sus funciones son en primera instancia:

- 1 Valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas.*
 - 2 Clasificar el tipo de incapacidad sicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite.*
 - 3 Determinar la disminución de la capacidad psicofísica.*
 - 4 Calificar la enfermedad según sea profesional o común.*
 - 5 Registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por Lesiones.*
 - 6 Fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello.*
 - 7 Las demás que le sean asignadas por Ley o reglamento.*
- (...)*

¹⁷ “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”

ARTICULO 17. INTEGRACIÓN DE LA JUNTA MEDICO-LABORAL MILITAR O DE POLICÍA. La Junta Médico-Laboral Militar o de Policía estará integrada por tres (3) médicos de planta de la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional, de los cuales uno será representante de Medicina Laboral.

Cuando el caso lo requiera, la Junta Médico-Laboral podrá asesorarse por médicos especialistas o demás profesionales que considere necesarios.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional determinará los requisitos de los miembros, funciones, procedimientos y demás aspectos relacionados con la Junta Médico-Laboral.

ARTICULO 18. AUTORIZACIÓN PARA LA REUNIÓN DE LA JUNTA MEDICO-LABORAL. La Junta Médico-Laboral será expresamente autorizada por el Director de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional por solicitud de Medicina Laboral o por orden judicial. En ningún caso se tramitarán solicitudes de Junta Médico-Laboral presentadas por personal o entidades distintas a las enunciadas.

PARÁGRAFO. Para el personal civil de la Unidad Gestión General del Ministerio de Defensa y del Comando General, la autorización será expedida por el Director de Sanidad de la Fuerza a la cual esté asignado.

(...)

ARTICULO 21. TRIBUNAL MEDICO-LABORAL DE REVISIÓN MILITAR Y DE POLICÍA. El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía conocerá en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico-Laborales y en consecuencia podrá ratificar, modificar o revocar tales decisiones. Así mismo, conocerá en única instancia la revisión de la pensión por solicitud del pensionado."

De las normas referidas se destaca: i) Dicha normativa es aplicable a los miembros que pertenezcan a las Fuerzas Militares o de Policía, ii) Tanto la Junta Médica – Laboral como el Tribunal Médico – Laboral de Revisión, son órganos que pertenecen al Ministerio de Defensa y iii) la capacidad sicofísica del personal de la Fuerza Pública debe ser determinada por las autoridades médico militares y de policía, cuya finalidad es llegar a un diagnóstico positivo, clasificar las lesiones y secuelas, valorar la disminución de la capacidad laboral para el servicio y fijar los correspondientes índices para fines de indemnizaciones de índole laboral, pensional o prestacional cuando a ello hubiere lugar, empero según se desprende de las normas referidas, la evaluación de la capacidad sicofísica y la disminución de la capacidad laboral, tratándose del personal militar debe ser establecido por la Junta Médica Laboral para aquellos que desempeñan sus actividades laborales al servicio de las fuerzas armadas y en esa medida, la pérdida o disminución de la capacidad laboral está circunscrita específicamente al ámbito militar o policial y no necesariamente frente a la capacidad laboral en otras actividades.

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado en la providencia del 6 de julio de 2011 en el caso de un miembro de la Fuerza Pública, que había sido valorado por la Junta Médica Laboral Militar, quien le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del 36.92%, en el trámite de la segunda instancia decidió oficiar a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, para que remitiera un informe técnico por parte del médico legista sobre la incapacidad laboral del accionante en ese proceso. La Junta Regional de Calificación de

Invalidez del Valle del Cauca, le determinó una pérdida de la capacidad laboral del 75.83% al exsoldado. Y con fundamento en este dictamen pericial el Consejo de Estado desvirtuó las conclusiones de la Junta Médica Laboral Militar. En este sentido se indicó en el fallo en comento:

“La anterior prueba permite desvirtuar parte de las conclusiones a las que llegó la Junta Médico Laboral Militar en el Acta 2799 del 15 de julio de 1997. Cabe anotar aquí que “Cuando existen conceptos médicos que discrepan en cuanto a la disminución de la capacidad laboral del funcionario (el emitido en el trámite administrativo y el de los peritos designados en el proceso), la Sala ha sostenido que debe darse prelación al dictamen que emitan los peritos dentro del proceso, dado que puede ser controvertido como medio de prueba, lo que no acontece con las evaluaciones médicas realizadas en los trámites administrativos de reconocimiento de pensión de invalidez.” (Fallo del 17 de septiembre de 1990, Expediente No. 3778)”¹⁸.

También, en sentencia del 30 de enero de 2017, la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, con fundamento en la valoración realizada por la Junta Regional de Calificación del Meta, que fijó una disminución del 88.97% de la capacidad laboral, desvirtuó el dictamen de un Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía que le determinó al accionante una pérdida solo del 15.36%. Se indicó en la citada sentencia:

*“Nótese que si bien la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta no estableció una fecha de estructuración de las lesiones que le aquejan al señor Osorio González, lo cierto es que en el Acta se encuentra calificada la pérdida de la capacidad laboral como **accidente de trabajo**, por cuanto la deficiencia que ostenta en la actualidad se debe a los accidentes que sufrió en los años de 1980 y 1986; y, a la cardiopatía¹⁹ que tiene desde 1992.*

Si bien la Junta Regional de Calificación de Invalidez profirió dictamen aproximadamente 20 años después de la ocurrencia del primer accidente que le generó la disminución de la capacidad laboral al actor, esta situación no puede ser usada en su contra, ya que es apenas natural, que tratándose de una lesión que afecta la capacidad laboral y disminuye su calidad de vida, no puede esperarse que ésta se mantenga intacta con el paso del tiempo; es más, el deterioro físico es una consecuencia de la lesión sufrida por el señor Osorio González durante el tiempo que prestó sus servicios al Ejército Nacional y no una simple incapacidad generada por el paso del tiempo. Bajo ese contexto, si el ente demandado consideró que la disminución de la capacidad laboral del demandante tuvo un origen distinto a la lesión que sufrió mientras prestaba el servicio militar, debió probarlo”²⁰.

Así, el Consejo de Estado ha señalado que, las actas de las juntas medicas laborales no son la prueba única o absoluta de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, pues incluso esta podría ceder o ser analizada en forma residual respecto de los demás medios probatorios obrantes en el asunto, en efecto dicha corporación advirtió:

“Pues bien, tal como se precisó en líneas anteriores, se encuentra que contrario a lo señalado por la Sección Quinta de ésta Corporación, no existe una posición unificada al interior de la

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, radicado 52001-23-31-000-2000-0471-01 (2501-05).

¹⁹ <http://lema.rae.es/drae/?val=cardiopati%C3%ADa> “1. f. Med. Enfermedad del corazón.”

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, radicado 50001-23-31-000-2005-10203-01 (1860-13).

Sección Tercera respecto del valor probatorio del Acta de la Junta Médico Laboral para acceder al reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a favor de soldados conscriptos, pues aunque algunas subsecciones los han reconocido con fundamento en el contenido de ese medio probatorio, otras han optado por tenerlo como un elemento residual de prueba que debe ser valorado en conjunto con las demás pruebas arrimadas.”²¹

De lo anterior se resalta, que en asunto judiciales en el cual se reclama la indemnización de perjuicios a título indemnizatorio y no en el marco de las prestaciones laborales o pensionales propias del régimen especial de las fuerzas militares la valoración realizada por la Junta Médica Laboral del Ejército o la Policía no son el único criterio que puede ser usado para establecer la pérdida de la capacidad laboral, pues como ya quedó claro, no es el único que tiene la virtud de establecer el porcentaje de la disminución o pérdida de la capacidad laboral como lo alega la parte accionada.

3.4. Caso concreto

La entidad accionada debate la sentencia de primera instancia al considerar que, el *a quo* no podía fijar la condena con base en el dictamen médico aportado por la parte actora, el cual señaló un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante del 20,35%, arguyendo que la competencia para proferir tal conclusión radica exclusivamente en la Junta Médica Laboral de la Policía Nacional.

Al respecto, de acuerdo con el marco jurídico expuesto, es claro que, en asuntos de reparación a miembros conscriptos de la fuerza pública como el aquí estudiado, para verificar la gravedad de la lesión el dictamen de incapacidad médico legal o de porcentaje de pérdida de capacidad laboral expedido por las autoridades militares no constituye tarifa legal para acreditar la magnitud de las lesiones, pues al interior del proceso judicial existe libertad probatoria para tales efectos.

Lo anterior se reitera por el H. Consejo de Estado como una regla general de análisis probatorio en este tipo de asuntos, al señalar:

“En materia de lo contencioso administrativo, como en lo civil, no existe en Colombia un estándar probatorio de origen legal. A diferencia de otros ordenamientos, y del nuestro en materia penal, el legislador no ha determinado para esta jurisdicción cuál es el estándar que debe alcanzarse para que los jueces den por probado un hecho. Gran parte del sustento teórico de los procesos judiciales es encontrar la “verdad real”, o que la verdad procesal sea lo más cercana a aquella. Sin embargo, los estándares probatorios son una herramienta que otorga claridad, a las partes y a los jueces, sobre el nivel de convencimiento necesario para entender acreditado un hecho o una relación causal. Esta Corporación ha recurrido explícitamente a los estándares, como el de la probabilidad prevalente, para dar por demostrado un hecho o una relación causal cuandoquiera que existen varias hipótesis. Esta Sala no considera que deba adoptarse jurisprudencialmente un único estándar de prueba, en especial cuando el legislador no lo ha hecho. No obstante, en la valoración de un dictamen que contiene diversas hipótesis, se puede recurrir a un estándar de prueba como el de la probabilidad prevalente para dar por

²¹ Consejo de Estado. Sección Quinta, 21 de noviembre de 2018. Rad: 11001-03-15-000-2018-03665 00(AC)

acreditado un hecho. Pues, a juicio de la Sala, ello es justamente lo que ocurre, en ocasiones, cuando se aprecian las pruebas, en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y se expone razonadamente el convencimiento que estas causan.”²² (Se subraya)

Así, la Sala observa que el dictamen médico expedido por la profesional en Salud Ocupacional, cuenta con un análisis detallado de las lesiones sufridas por el demandante, así como de las intervenciones médicas y quirúrgicas a que fue sometido, igualmente analiza las secuelas presentadas en la humanidad del señor John López arribando a conclusiones que se hallan soportadas y razonables sobre la pérdida de capacidad laboral que le fuere generada por las lesiones que sufrió mientras presto su servicio militar obligatorio al servicio de la Policía Nacional.

Al respecto, cabe traer a colación providencia del 23 de noviembre de 2022, en la cual, si bien el asunto en discusión no se centró sobre la idoneidad del medio probatorio utilizado para tal fin, se observa como el H. Consejo de Estado acreditó como un hecho probado el porcentaje de afectación física de demandante, únicamente con base en el dictamen pericial que fue realizado a partir de la historia clínica de aquel, lo cual reiterar la idea de como no existe una tarifa legal que imponga un medio probatorio único para acreditar este tipo de perjuicios.

“2) De acuerdo con el dictamen pericial practicado por la universidad CES (fls. 130 a 135 cdno. 1), para el cual se tuvo en cuenta la historia clínica aportada al proceso y un examen físico realizado el 23 de agosto de 2004, el joven Diego Alejandro Buitrago Zapata tiene una deficiencia física del 2%, por lo cual no fue posible decretar una incapacidad permanente parcial pues, esta solo ocurre cuando la pérdida supera el 5% y hasta el 50%”²³

De lo expuesto, queda claro que, en el escenario judicial indemnizatorio como consecuencia de la responsabilidad administrativa estatal para establecer la cuantía de los perjuicios, no es posible limitar el plexo probatorio al cual puede acudir el demandante para demostrarlo a una prueba que como lo alega la parte recurrente solo puede ser expedida por la parte demandada, ello por cuanto se estaría vulnerando el derecho al debido proceso, así como garantías tales como la libertad probatoria, la imparcialidad del perito y la contradicción de la prueba, menos aun cuando en el caso de marras la entidad accionada no aportó ningún tipo de prueba técnica o científica que desvirtuara las conclusiones o métodos del dictamen aportado por el demandante.

Finalmente, cabe destacar que la H. Corte Constitucional ha advertido la existencia de defectos procesales por exceso ritual manifiesto en materia de asuntos de reparación de perjuicios se han impuesto a las partes, medios probatorios específicos como la única vía de acreditación de los perjuicios, reiterando que al respecto no existen tarifas legales determinadas por la legislación ni por la jurisprudencia nacional. En efecto dicha Corporación señaló²⁴:

“118. El argumento central de la valoración probatoria que hace el Tribunal es que los demandantes no acreditaron el porcentaje de incapacidad laboral que generaron las lesiones

²² Consejo de Estado. Sección Tercera, 14 de septiembre de 2022. Rad: 15-001-23-31-000-2007-00547-01 (53789), C.P. Alberto Montaña Plata.

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera, Rad: 05001-23-31-000-2000-04684-02 (51.348), C.P. Alberto Montaña Plata.

²⁴ Sentencia T-671 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido.

sufridas por JPP. Es decir, que no se determinó su gravedad o levedad y, por lo tanto, no era posible aplicar la sentencia de unificación del Consejo de Estado para fijar el monto indemnizatorio.

119. A pesar de ello, esta Sala considera que el Tribunal contaba con elementos de juicio suficientes para determinar la gravedad de la lesión, que no se limita al plano físico, sino que tiene un evidente componente psicológico. El dictamen o diagnóstico definitivo que pretendía obtener con la valoración de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, si bien hubiera podido aportar mayores elementos de juicio, no era indispensable para determinar dicha gravedad y tasar la correspondiente indemnización de perjuicios morales, pues en estos casos no existe tarifa probatoria.

120. En efecto, en sentencia de 10 de agosto de 2016²⁵, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado indicó que las pruebas de la incapacidad médico legal o del porcentaje de pérdida de capacidad laboral “no constituyen tarifa legal para acreditar la magnitud de la lesión, por lo que, ante su ausencia, deberá tenerse en cuenta cualquier otro medio probatorio que permita determinar la gravedad o levedad del daño”.

3.5. Conclusión

Así las cosas, la Sala avala la posición adoptada por el *a quo* al establecer el quantum indemnizatorio con base a las pruebas obrantes en el proceso y que no fueron desvirtuadas por la parte demandada, advirtiendo adicionalmente que, de conformidad con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral dictaminado, la sentencia recurrida aplicó en debida forma los criterios indemnizatorios que han sido fijados por el Consejo de Estado.

4. Costas en esta instancia

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, se advierte que no se condenará en costas en esta instancia, en tanto, a partir del criterio objetivo valorativo que ha sido expuesto por el H. Consejo de Estado²⁶ para la imposición de la condena en costas, se torna necesaria la existencia de gastos procesales y actuaciones en que hayan incurrido las partes, para dar lugar a la imposición de dicha condena. Así, no se impondrá tal carga al observarse que no se incurrió en gastos procesales en esta instancia, y que las partes no efectuaron intervención ante este Tribunal.

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

SENTENCIA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales el 13 de septiembre de 2022, mediante la cual se accedió a las súplicas de la parte actora dentro del medio de control de reparación directa formulado por John Weimar López Parra y Otros contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

²⁵ **Cita de cita:** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia Exp. 37040 de 2016.

²⁶ Ver: Sentencia del 7 de febrero de 2019, Rad. 41001-23-33-000-2015-00741-01(2982-17).

SEGUNDO: SIN 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".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 18 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17001-33-39-008-2019-00130-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 096

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandante, contra la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **RAÚL FERNANDO PARRA OROZCO** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandante, contra la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **RAÚL FERNANDO**

¹ Ley 1437 de 2011.

PARRA OROZCO contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
Magistrado Ponente: PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Acción: Popular
Demandante: Enrique Arbeláez Mutis
Demandado: Municipio de Aguadas - Invias
Vinculados: Departamento de Caldas, Oscar Siguert, Francisco Montes, Felipe Jaramillo, Jairo Cadavid, Fernando Peláez, José Luis Arias
Radicado: 17 001 23 33 000 2019-00188-00
Acto judicial: Sentencia 25

Manizales, trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sala.

1. Asunto

§01. **Síntesis:** El demandante pretende que se ordene la construcción de un puente para la comunicación de la vía La Pintada con el Municipio de Aguadas, Caldas. La Sala no accede a las pretensiones al no demostrarse la vulneración de los derechos colectivos.

§02. Esta sala de Decisión procede a dictar sentencia de primer grado en el medio de control de **ACCIÓN POPULAR**, promovido por el señor **ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS** contra el **MUNICIPIO DE AGUADAS, CALDAS** e **INVÍAS**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

§03. La parte accionante pretende la protección de los derechos colectivos a las obras públicas eficientes y oportunas, al ambiente sano y a la prevención de desastres previsibles técnicamente. En consecuencia, se ordene a las demandadas que efectúen el proyecto de construcción del puente en el sector La María, que comunique la vía La Pintada La Felisa con el Municipio de Aguadas, Caldas.

¹ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 07 a 11/266

§04. En los hechos indicó que mediante resolución 0401 del 05 de julio de 2016 se realizó visita en el sector de Ponteaderos en el Municipio de Aguadas, Caldas, para la instalación de un puente en la vía la Pintada-la Felisa en conexión con la vía rural del sector la María del municipio de Aguadas, Caldas. En dicha resolución se establece una longitud de 80 metros y de igual forma, se recomendó a la Alcaldía de Aguadas en realizar obras de cimentación e infraestructura.

§05. Mencionó que hasta la presentación de la acción popular no se ha adelantado la ejecución de obras para efectuar la construcción del puente. No se evidencia algún proceso de contratación para la obra, la cual es necesaria para la vida social, económica, cultural y ambiental de las poblaciones cercanas, que necesitan del puente para el tránsito.

§06. Describió que la Alcaldía Municipal de Aguadas ha adelantado estudios de concurso de méritos por un valor de \$400.000.000, pero que no se ha construido el puente.

1.2. Tránsito Procesal

§07. El 22 de abril de 2019², se declaró la falta de competencia por la Señoría del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales.

§08. El 10 de mayo de 2019³, el despacho ordenó la admisión de la demanda, y la notificación a las partes.

§09. En la primera audiencia de pacto de cumplimiento del 22 de noviembre de 2019 se decidió vincular al departamento de Caldas, así como los propietarios de los predios requeridos para las vías que conectarían los caminos públicos al puente proyectado, señores Jairo Cadavid y Fernando Peláez.

1.3. Contestaciones de las demandadas y la vinculada

1.3.1. Municipio de Aguadas-Caldas⁴

§10. Se opuso a las pretensiones de la demanda. No se pronunció frente a los hechos. Como sustento de la defensa, mencionó que no se probó vulneración alguna de los derechos colectivos.

§11. Propuso las siguientes excepciones: **(i) Inexistencia de la vulneración a los derechos colectivos invocados por parte del Municipio de Aguadas - Inexistencia de prueba de la presunta vulneración de los derechos colectivos;** **(ii) Actuación diligente, oportuna y garante de los derechos de segunda generación por parte de la administración Municipal de Aguadas, Caldas**, la cual ha invertido los recursos públicos en obras que favorecen el desarrollo del municipio y atendiendo las necesidades de la comunidad; **(iii) El Juez administrativo no puede vaciar de**

² Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 47 a 48/266

³ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 55 a 56/266

⁴ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 67 a 79/266

competencia a la autoridad administrativa y por tanto no puede coadministrar al asignarle destinación al recurso público; (iv) Genérica.

1.3.2. Instituto Nacional de Vías - INVÍAS⁵

§12. Explicó que conforme a la Resolución 04401 del 05 de julio de 2016, la entidad realizó un acompañamiento técnico a la Alcaldía de Aguadas para definir la ubicación de unos ponederos, para la ejecución de un proyecto que estaba desarrollando el municipio de Aguadas. El mismo tenía como fin conectar a través de un puente la vía que va desde el casco urbano de la entidad territorial hasta llegar al paraje la María en el margen derecho del río y desde allí poderse conectar a través de un puente con la vía nacional que va desde la Pintada hasta la Felisa y la conexión al municipio de Manizales.

§13. Advirtió que dichas obras se tenían proyectadas por parte de la Alcaldía de Aguadas Caldas. Por lo anterior, se recomendó la construcción de un puente de 80 metros de longitud, y se indicó sobre las obras de cimentación e infraestructura previo el envío de la documentación para la realización del comodato entre dicha Alcaldía e Invías. Consideró que no ha vulnerado los derechos colectivos, en razón que la obra le compete al ente territorial.

§14. Propuso las siguientes excepciones: **(i) Falta de legitimación en la causa por pasiva**, porque el municipio de Aguadas es el propietario de los terrenos que está utilizando para efectuar el proyecto de conexión, y el Invias solamente realizó un acompañamiento técnico; **(ii) Inexistencia de responsabilidad por parte del Instituto Nacional De Vías**, porque la obra no está a su cargo; **(iii) Carencia de prueba de la vulneración o amenaza de derechos colectivos respecto del instituto nacional de vías**; **(iv) Culpa exclusiva de un tercero**, dado que el proyecto de la construcción del puente está a cargo del municipio de Aguadas; **(v) Genérica.**

1.3.3. Departamento de Caldas⁶ - Vinculado

§15. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Señaló que conforme a los hechos de la demanda la responsabilidad de la ejecución de las obras para la construcción de un puente es de la Nación.

§16. Aclaró que: **(i)** por medio de la Ley 1338 de 2009 la Nación se asoció a la celebración de los 200 años del municipio de Aguadas, y autorizó al gobierno nacional para incluir en el presupuesto las apropiaciones necesaria para varias vías, incluido el puente sobre el río Cauca; **(ii)** entre el departamento y el Invias se celebró el convenio interadministrativo 00125 de 2019, para aunar esfuerzos para alcanzar la conectividad de las vías alternas a la concesión pacífico III; **(iii)** en dicho convenio se obligó el Invias a contratar estudios y diseños del puente de la vereda La María sobre el río Cauca.

⁵ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 97 a 11/266

⁶ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl- 201 a 213/266

§17. Propuso las siguientes excepciones: **(i) Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva** porque es la Nación quien se obligó a la construcción del puente; **(ii) Ausencia de amenaza o vulneración de derechos o intereses colectivos por parte del Departamento de Caldas**, al no tener competencias sobre las obras públicas mencionadas.

1.3.4. Los vinculados Jairo Cadavid y Fernando Peláez no contestaron la demanda

§18. Los propietarios notificados no contestaron la demanda, aunque acudieron a la audiencia de pacto de cumplimiento.

1.4. Tránsito procesal. Audiencia de Pacto de Cumplimiento⁷

§19. Las partes no llegaron a un acuerdo en la audiencia celebrada el 24 de junio de 2021.

1.5. Alegatos de conclusión e intervención del Ministerio Público

§20. El Departamento de Caldas, como los vinculados Jairo Cadavid y Fernando Peláez con la coadyuvancia de miembros de la comunidad, presentaron alegatos de conclusión. La parte actora, las demás demandadas y los demás vinculados permanecieron silentes.

§21. **El Departamento de Caldas**⁸ reiteró que, conforme a la Ley 1338 de 2009 la obligación de la construcción de los puentes está a cargo de la Nación.

§22. **Los vinculados** señalaron: **(i)** ya la ley 1338 de 2009 dispuso la construcción del puente y el Invias tiene a su cargo la elaboración de los diseños; **(ii)** la comunidad ha reclamado la realización de dicho puente; **(iii)** los alcaldes solo han ordenado el mantenimiento de las vías existentes, sin mayores avances en cuanto al puente; **(iv)** los propietarios están dispuestos a donar los terrenos necesarios para las obras; **(v)** el puente mejoraría mucho la conectividad de Aguadas y Pácora con la vías nacionales que actualmente es de 66 km y se reduciría a 40 km; **(vi)** se debe realizar el proyecto para contribuir a la conectividad municipal, al transporte de pasajeros como pesado de productos agrícolas de la zona.

§23. **Ministerio Público:** No intervino.

2. Consideraciones

§24. Esta decisión corresponde a este tribunal, conforme al artículo 16 de la Ley 472 de 1998⁹ y 152 numeral 14 del CPACA.

⁷ Expediente Digital 13acta 11audiencia pacto de cumplimiento.pdf

⁸ Expediente Digital 22AlegatosConclusiónDeptoCaldas188.pdf

⁹ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html#16

2.1. Problemas jurídicos

§25. ¿Se presenta la vulneración de los derechos colectivos, por la falta de construcción de un puente ubicado en el sector “La María” del municipio de Aguadas que conecte al casco urbano del municipio con la vía nacional desde la Pintada hasta la Felisa?

2.2. Consideraciones previas

§26. Se decidirá en el fondo del asunto las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por las entidades demandadas y vinculada, toda vez se trata de una excepción de carácter material.

§27. En efecto, el Consejo de Estado¹⁰ identificó que “[...] *la legitimación en la causa es un elemento sustancial relacionado con la calidad o el derecho que tiene una persona, como sujeto de la relación jurídica sustancial, para formular o para contradecir las pretensiones de la demanda...*”. Por lo que se han identificado dos tipos de legitimación: “i) *La de hecho que hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal y ii) la material que da cuenta de la participación o relación que tienen las personas naturales o jurídicas -sean o no partes del proceso-, con los hechos que originaron la demandada.*”-sft-

§28. Por ello, “... *la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró o no la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.*”-sft-

2.3. Las acciones populares

§29. Los derechos colectivos son protegidos por las acciones populares cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, existan peligro, agravio o daño contingente, por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares que actúen en desarrollo de funciones administrativas. (Arts. 78 a 82 CP, L.472/1998).

§30. El Honorable Consejo de Estado¹¹ indicó los siguientes supuestos para la prosperidad de las acciones populares: “A) *Una acción u omisión de la parte demandada. B) Un daño contingente, peligro, amenaza que no es en modo alguno la que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana. Y, C) La relación de causalidad entre la acción, la omisión, y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses*”.

2.4. Los derechos colectivos que se pretende se protejan

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, MP. Oswaldo Giraldo López radicado 25000-23-41-000-2014 00277-01 del 18 de agosto de 2020

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010), Radicación número: 54001-23-31-000-2001-01920-01(AP).

§31. El ambiente sano es el derecho que tienen todas las personas de gozar de un ambiente sano y el deber que tiene el estado de protegerlo y conservarlo fomentando la educación para su cuidado. (Art. 79 CP). Se refiere a la existencia del equilibrio ecológico, como el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.¹² (Art. 4.a L.472/1998). Tiene la connotación de derecho-deber: *“Bajo ese entendido, uno de los principios fundamentales del nuevo régimen constitucional es la obligación estatal e individual de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, en virtud de la cual, la Constitución recoge en la forma de derechos colectivos y obligaciones específicas las pautas generales que rigen la relación entre el ser humano y el ecosistema. Estas disposiciones establecen, por ejemplo, (i) el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano, (ii) la obligación estatal y de todas las personas de proteger la diversidad e integridad del ambiente, (iii) la obligación del Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro y garantizar un desarrollo sostenible y (iv) la función ecológica de la propiedad. (...) De ahí que todos los habitantes del territorio colombiano tienen derecho a gozar un entorno o hábitat sano y el deber de velar por la conservación de éste.”-sft-*

§32. El derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsible técnicamente pretende garantizar que la sociedad no esté expuesta a padecer posibles o inminentes alteraciones de las condiciones normales de vida o daños graves *“por fenómenos naturales y efectos catastróficos de la acción accidental del hombre, que demanden acciones preventivas, restablecedoras, de carácter humanitario o social, constituyéndose en un derecho de naturaleza eminentemente preventiva”*.¹³

§33. En lo que respecta al derecho a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado¹⁴ que *“(…) implica “[...] la necesidad de proteger la adecuada utilización, transformación y ocupación del suelo, de manera que las autoridades competentes no actúen en forma arbitraria en contravención del respectivo plan de ordenamiento territorial o instrumento que haga sus veces, a través de acciones que estén fuera de su marco normativo.”*

§34. En cuanto a la construcción obras de infraestructura, el Consejo de Estado¹⁵ ha estimado la procedencia de las acciones populares para la obtener la protección de construcción de obras, con el fin de salvaguardar los derechos colectivos, siempre y cuando se tengan en cuenta los principios que rigen en materia económica el gasto de

¹² Santofimio, Gamba- Jaime, “compendio de derecho administrativo” Universidad Externado de Colombia. Edición 2017, pág. 907.

¹³ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA- Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil once (2011)- Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP).

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Hernando Sánchez Sánchez. Sentencia del 10 de diciembre de 2018. Radicación número: 17001- 23-31-000-2011-00424-03(AP).

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 22 de noviembre de 2011. Radicado: 63001-23-31-000- 2001-0241-01(AP-289).

las entidades públicas, con el fin de no causar con su decisión un desequilibrio presupuestal:

“(…) sin perder de vista que la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales constituye una forma de realizar el Estado Social que pregona el artículo 1º de la Carta Política como criterio fundamental, corresponde en principio al Congreso como instancia representativa del poder público, definir en la ley de apropiación el gasto público social con miras a satisfacer las necesidades básicas insatisfechas (artículo 350 de la Constitución Política). Por tanto, “al resolver los litigios relacionados con este tipo de derechos, no puede desconocerse de una parte las condiciones de escasez de recursos y de otra los propósitos de igualdad y justicia social que señala la propia Constitución. No puede desconocerse que para la realización de cualquier obra y en especial de aquellas de considerable magnitud, existe una normatividad constitucional y legal en materia de gasto y distribución presupuestal (art. 339 y 350 Código Penal), así como procedimientos de contratación, que no pueden omitirse, por cuanto esa normatividad tiene un claro asidero en el respeto y conservación del principio a la igualdad”.-sft-

§35. A su vez, la Alta Corporación aclaró que una obra de infraestructura que demande inversión considerable debe estar prevista en los planes de desarrollo de la entidad pública:¹⁶

“La realización de obras de infraestructura, con las cuales se pretende hacer realidad el Estado Social, deben hacer parte del plan nacional de desarrollo, o de los planes de las entidades territoriales, de acuerdo con la política económica, social y ambiental que adopte el Gobierno y las competencias de las distintas entidades públicas, tal como lo prevé el artículo 339 de la Constitución.

En este orden de ideas, a través de esta acción no puede el juez ordenar la ejecución de una obra pública que demande una inversión considerable que no haya sido incluida en los planes de desarrollo de la entidad pública, pues esto implicaría desviar los recursos destinados a propósitos específicos y por consiguiente, desconocer que a través de aquéllos se busca asegurar el uso eficiente de los recursos y el cumplimiento adecuado de los cometidos que le han sido asignados a las distintas entidades por la Constitución y la ley”

2.4.1. Competencia en tornos a la planeación y construcción de infraestructura vial

§36. En cuanto a la infraestructura vial y según el Decreto 2618 de 2013, al INVIAS le corresponde: **(i)** la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima, de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Transporte”; **(ii)** elaborar conjuntamente con el Ministerio de Transporte los planes, programas y proyectos tendientes a la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencias, y demás obras que requiera la infraestructura de su competencia; **(iii)** coordinar con el Ministerio de Transporte la ejecución de los planes y programas de su competencia; **(iv)** adelantar investigaciones, estudios, y supervisar la ejecución de las

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 22 de noviembre de 2011. Radicado: 63001-23-31-000- 2001-0241-01(AP-289).

obras de su competencia conforme a los planes y prioridades nacionales; (v) asesorar y prestar apoyo técnico a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados encargados de la construcción, mantenimiento y atención de emergencias en las infraestructuras a su cargo, cuando ellas lo soliciten; (vi) elaborar, conforme a los planes del sector, la programación de compra de terrenos y adquirir los que se consideren prioritarios para el cumplimiento de sus objetivos.

§37. Con referencia a los departamentos: (i) tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social -art. 298 L.489/1998; (ii) se les asigna funciones de coordinación de complementariedad de la acción municipal, de intermediación entre la Nación y los municipios y de prestación de los servicios que determinen la Constitución y las leyes; (iii) deben velar por la construcción, conservación y protección de cada uno de los componentes de conservación de infraestructura vial en su jurisdicción, como por el mantenimiento de las vías que comuniquen a las cabeceras interdepartamentales que no son de red nacional y las que la Nación les transfiera – L.715/2001.

§38. Frente a los municipios: (i) deben prestar los servicios públicos, con el fin de construir las obras que demande el progreso local, desarrollo del territorio, de acuerdo con los principios de subsidiaridad, concurrencia y complementariedad -art. 209, 288, 311 CP-; (ii) están obligados a promover el desarrollo del territorio y construir las obras que demanden el progreso municipal -arts. 6, 9 L.1551/2012; (iii) *“En materia de vías, los municipios tendrán a su cargo la construcción y mantenimiento de vías urbanas y rurales del rango municipal. Continuarán a cargo de la Nación, las vías urbanas que formen parte de las carreteras nacionales, y del Departamento las que sean departamentales”* – art. 3.23 L.489/1998; (iv) por ello deben *“ Construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias, fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, en la medida que sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos directa o indirectamente”* – art. 76.4.1 L.715/2011-; (v) también les corresponde *“Planear e identificar prioridades de infraestructura de transporte en su jurisdicción y desarrollar alternativas”* – art. 76.4.2. ídem-

§39. Por lo anterior, se encuentra que las entidades demandadas y vinculada sí tienen legitimación en la causa para concurrir al proceso, por lo que se negará la excepción propuesta.

2.5. Lo demostrado en el proceso

§40. Previamente, se indica que en la demanda¹⁷, en las contestaciones de la demanda¹⁸ de la demanda, y dentro de los informes¹⁹ del Secretario General Administrativo del Invias se aportaron fotografías e imágenes del sector, las cuales *“...son pruebas documentales que el juez está en la obligación de examinar bajo el criterio de la sana crítica, siempre y cuando se hayan verificado los requisitos formales para la*

¹⁷ Cuaderno 1, Fls. 16/265

¹⁸ Cuaderno 1, Fls. 76 a 77/265

¹⁹ Expediente digital escaneado01 pág. 33 y ss

valoración de ese tipo de medios probatorios, esto es, la autenticidad y la certeza de lo que se quiere representar.”²⁰

§41. Por medio de la Ley 1338 de 2009, el Congreso se vinculó a la celebración de los 200 años del municipio de Aguadas- Caldas. Por ello, autorizó al Gobierno Nacional para incluir en el Presupuesto General de la Nación las apropiaciones necesarias que contribuyan a la financiación de la construcción de la nueva carretera Arma-La María (Troncal de Occidente) incluyendo el puente sobre el río Cauca.

§41.1. Según la exposición de motivos de dicha ley, en el proyecto 295 de 2008, se indicó que “... vale la pena recalcar que este proyecto de ley no contiene una orden, sino una autorización respetuosa de la exclusividad y discrecionalidad que conserva el Gobierno Nacional para incluir dentro del presupuesto nacional los gastos que se decreten en la futura ley; el cual se hará teniendo en cuenta también la disponibilidad de recursos y el plan de inversiones de los respectivos planes de desarrollo.”²¹

§41.2. En efecto, en la exposición de motivos del segundo debate se insistió que: “... *son inconstitucionales, si mediante dichas leyes se pretende obligar al gobierno a ejecutar un determinado gasto...*”²²

§41.3. Durante el trámite de los debates de dicha ley, se motivó la necesidad de las obras porque: “...*es bien sabido debido a diversos pronunciamientos hechos por parte de las autoridades locales, así como por los medios de comunicación, que el eterno problema del municipio de Aguadas está en sus vías de comunicación. En la actualidad, todavía muchos de ellos siguen siendo de herradura y no están pavimentados, hecho que dificulta el transporte de mercancías desde el corregimiento de Arma -que es quizás el tramo en más mal estado-, hasta municipios como Sonsón, puerta de entrada al oriente antioqueño.*”

§42. Mediante la Resolución 04401 del 05 de julio de 2016 del Invias, se estableció una supervisión de obras por la Dirección Territorial de Caldas, donde se efectuaría una visita para la ubicación de los ponederos en el municipio de Aguadas Caldas, donde quedó consignado: “*El municipio de aguadas se encuentra ejecutando una conexión de la vía desde el casco urbano para conectarlo con la vía principal que va desde la Pintada hasta la Felisa ruta 2508 en el punto de la María (antiguo corredor férreo), para conexión con la ciudad de Manizales la capital del departamento...*”

§43. Conforme al informe de comisión del Invias del 11 de julio de 2016²³: **(i)** “*El municipio de aguadas se encuentra ejecutado una conexión de la vía desde el casco urbano para conectarlo con la vía principal que va desde la Pintada hasta la Felisa ruta 2508, en el punto de La María (antiguo corredor férreo) para conexión con la ciudad de Manizales la capital del departamento, por lo que se requiere el paso por el río Cauca...*”; **(ii)** “... *se recomienda que se ubique el ponedero unos (100) metros aguas arriba o aguas abajo*”; **(iii)** “*Se requiere la construcción e instalación de un*

²⁰ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTECIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA- SUBSECCIÓN C- Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz (E)- Bogotá, D.C, seis (6) de mayo de dos mil quince (2015) Radicación: 05001-23-31-000-1997-02667-01 (30.892)

²¹ <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml>

²² <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml>

²³ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 27 a 33/266

puente con longitud superior de 80 metros de longitud, para lo cual se le informó a la alcaldía que deberá realizar las obras de cimentación de infraestructura previo el envío de los documentos requeridos para la realización del comodato que se realizara con la Alcaldía e INVÍAS, en la cimentación se requiere el hincado de pilotes con tubería metálica de 10” de día, hasta producir rechazo del suelo cada 1000 metros en una sección del estribo de 7 x2 o la cimentación que la alcaldía proponga en base a un estudio de hidráulica y suelos (Geotécnicos) del sector”; (iv) “La Alcaldía deberá informar al INVÍAS que cuenta con los recursos para ejecutar la infraestructura tales como el pilotaje, la cimentación, levante de la subrasante, el cargue, transporte y descargue de la estructura desde las bodegas de Fontibón – Bogotá, montaje de estructura. Para el montaje de la estructura el INVÍAS sugiere que se realice con personal profesional especializado (...) el sistema a utilizar para el mismo se prefiere que sea con nariz de lanzamiento para el cual la entidad prestará los elementos de puente adicional requerido para el montaje, una vez realizada esta actividad deberá ser devuelto a las bodegas de Fontibón – Bogotá en igual estado al que se les entregado, estos elementos son puentes de tipo ACROW BRIDGES, MABEY JOHNSON, BAILEY o CALLEDER HAMILTON, que no se producen en Colombia, por lo que el reemplazo deberá ser con puentes en el extranjero. (...)”.

§44. La parte actora presentó derechos de petición del 20 de noviembre de 2018, el 22 de octubre de 2018 y 19 de octubre de 2022 ante la Alcaldía Municipal de Aguadas, el Instituto Nacional de Invias y la Gobernación de Caldas, con el fin de efectuar el proyecto de construcción de un puente en el sector La María del Municipio de Aguadas, Caldas.²⁴

§45. El 29 de noviembre de 2018, a través del oficio DT-CAL 54043, el INVÍAS contestó²⁵: (i) La resolución 04401 del 05 de julio de 2016 se emitió con el fin de llevar a cabo un acompañamiento técnico a la Alcaldía de Aguadas para definir la ubicación de unos ponederos en el río cauca; (ii) que el proyecto es adelantado por la Alcaldía de Aguadas, Caldas; (iii) le recomendaron a la alcaldía la construcción e instalación de un puente con distancia de 80 metros de longitud, para los cual se indicó que debía realizar la cimentación e infraestructura de la obra previo envío a Invías para la realización de contrato de comodato. Adicionalmente debería informar que contaban con los recursos necesarios para ejecutar el proyecto.

§46. Mediante oficio S.P.2000-399 del 24 de octubre de 2018²⁶, la Alcaldía de Aguadas respondió la petición indicando: (i) han gestionado con la Gobernación la construcción del puente La María, logrando que Invías financiara la realización de estudios y diseños del proyecto; (ii) el Invias publicó el proceso de contratación de los estudios por concurso de méritos por más de \$400.000.000.

§47. En el año 2019 se celebró entre el Invias y el departamento de Caldas el convenio interadministrativo 001256 del 2019²⁷, del que se resalta: (i) su el objetivo es “Aunar esfuerzos con el Departamento de Caldas para alcanzar la conectividad de las vías alternas a la concesión pacífico III, a la vía Manizales-Honda y a la concesión Cambao-Libano-Manizales”; (ii) “la Subdirección de Estudios e Innovación y la Subdirección de la Red Nacional de Carreteras adelantar los Estudios y Diseños de:

²⁴ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 13 a 23/266

²⁵ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 41 a 42/266

²⁶ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 35 a 39/266

²⁷ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 167 a 171/266

i) *Puente de la Vereda la María y Puente Estación Pácora sobre el Rio Cauca de los Municipios de Aguadas y Pacora*"; (iii) *"El plazo del presente convenio será hasta el 31 de diciembre de 2020"*; (iv) El departamento se comprometió a *"1. Realizar las recomendaciones de carácter técnico que considere para el desarrollo de los trabajos, con el fin de garantizar la movilidad y seguridad de los usuarios de la vía. 2. Asesorar y prestar apoyo técnico al INVÍAS cuando ella lo solicite. 3. Facilitar el acceso de la información que sea necesaria y de que disponga la respectiva entidad, para el cumplimiento del objeto del convenio aquí establecido. 4. Realizar la totalidad de los trámites necesarios para la obtención de las licencias, permisos, autorizaciones etc, que deba expedir las autoridades competentes"*; (v) el Invías se comprometió a *"Iniciar los procesos de selección necesarios para contratar los estudios y diseños (...) Entregar a la finalización del presente convenio, los estudios y diseños"*.

§48. Para el efecto, el Invias realizó el concurso de mérito abierto CMA-DT-SEI-222-2019²⁸ del 30 de octubre de 2019, cuyo objeto es realizara los *"...ESTUDIOS Y DISEÑOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL PUENTE DE LA VEREDA LA MARÍA Y DEL PUENTE ESTACIÓN PACORA SOBRE EL RIO CAUCA, DE LOS MUNICIPIOS DE AGUADAS Y PACORA, DEPARTAMENTO DE CALDAS..."*

§49. **En el testimonio** rendido por el Ingeniero Julio Enrique Guevara Jaramillo, adscrito al INVÍAS, señaló²⁹: (i) el proyecto tiene como objetivo construir un puente en el sector La María, Aguadas, para lograr la conexión con La Pintada - La Felisa, el cual fue ideado por el Municipio de Aguadas, quien solicitó ayuda al INVÍAS, entidad que estableció las posibles ubicaciones para el ponedero; (ii) por solicitud de la gobernación de Caldas, el INVÍAS efectuó un convenio interadministrativo del cual se derivó un contrato de consultoría y un contrato de interventoría, con el objetivo de que realizaran los estudios y diseños del puente; (iii) el Municipio de Aguadas tiene varias conexiones con la ciudad de Manizales, Caldas, una carretera departamental y otra nacional, carreteras con duración entre cuatro (04) a cinco (05) horas y una distancia entre ciento treinta (130) a ciento cincuenta (150) Km; (iv) la construcción del puente en el sector La María disminuiría una distancia de veinte (20) a treinta (30) km; (v) son privados los predios en el sector La María por donde se pretende construir el puente y la vía para acceso al mismo; y, (vi) existe otro proyecto para construir un puente en el sector Estación Pácora, dicho sector si cuenta con la vía para el acceso al mismo y los predios son públicos.

3.Solución al caso concreto

§50. Como se citó previamente, para la prosperidad de una acción popular se requiere: A) *Una acción u omisión de la parte demandada. B) Un daño contingente, peligro, amenaza que no es en modo alguno la que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana. Y, C) La relación de causalidad entre la acción, la omisión, y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses*".

§51. En cuanto a la acción u omisión de las entidades demandadas, se encuentra que: (i) la Ley 1338 de 2009, por la que la Nación se unió a la celebración de los 200 años del municipio de Aguadas, no ordenó la realización del puente objeto del proceso, sino que fue *"una autorización respetuosa de la exclusividad y discrecionalidad que*

²⁸ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf - Fl. 173 a 178/266

²⁹ Expediente Digital 20audiencia de practica de pruebas.mp4

conserva el Gobierno Nacional para incluir dentro del presupuesto nacional los gastos que se decreten en la futura ley... ”; (ii) las entidades demandadas y vinculadas han realizado gestiones para la realización del puente en estudio.

§52. Sin embargo, no existe demostración de la existencia de una amenaza o peligro de los derechos colectivos que se buscan proteger. Efectivamente: (i) no se demostró la urgencia y necesidad de la realización del puente, frente a otras obras; (ii) no hay prueba que la no realización de las obras conlleve la vulneración al ambiente sano ni la existencia de un desastre previsible técnicamente; (iii) a pesar que el testigo el Ingeniero Julio Enrique Guevara Jaramillo, adscrito al INVIAS indicó que la actual conexión de Pácora y Aguadas a la capital del departamento, Manizales, es demorada, también indicó que para el puente que se demanda deben adquirirse predios privados, y existe otra alternativa de un puente en el sector Estación Pácora, que sí cuenta con la vía para el acceso al mismo y los predios son públicos.

§53. De esta manera, los elementos de juicio allegados no permiten a la sala ordenar la realización del puente solicitado, cuando no existe parámetros de comparación con otros proyectos, ni puede sobrepasar la discrecionalidad técnica de la administración en la realización de obras de infraestructura, ni se demostró que el puente demandado se encuentre dentro de la planificación de las obras de infraestructura nacional, departamental o municipal.

§54. Debido a lo anterior, no se colman los requisitos para acceder a las pretensiones de la demanda, se declarará demostrada la excepción de Carencia de prueba de la vulneración o amenaza de derechos colectivos, y se negarán las pretensiones.

Condena en costas

§60. En sentencia del 6 de agosto de 2019³⁰ el Consejo de Estado unificó la materia de costas en las acciones populares de la siguiente manera:

PRIMERO: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar el alcance de la interpretación del artículo 38 de la Ley 472 de 1998 y su armonización con las disposiciones que regulan el reconocimiento, la condena y la liquidación de las costas, así:

2.1 El artículo 38 de la Ley 472 de 1998 admite el reconocimiento de las costas procesales a favor del actor popular y a cargo de la parte demandada, siempre que la sentencia le resulte favorable a las pretensiones protectorias de los derechos colectivos, y la condena en costas, a la luz del artículo 361 del Código General del proceso, incorpora tanto el concepto de expensas y gastos procesales como el de las agencias en derecho.

2.2 También hay lugar a condenar en costas a la parte demandada, en los componentes de expensas y gastos procesales y de agencias en derecho, cuando haya obrado con temeridad o mala fe. En este último evento, también habrá lugar a condenarlo al pago de la multa prevista en la disposición 38 ibídem.

³⁰ CONSEJO DE ESTADO- SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SALA DE DECISIÓN ESPECIAL No. 27- MAGISTRADA: ROCIO ARAÚJO OÑATE- Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019)- Referencia: MECANISMO DE REVISIÓN EVENTUAL-ACCIÓN POPULAR Radicación: 15001-33-33-007-2017-00036-01

2.3 Sólo cabe reconocer costas a favor de la parte demandada y a cargo del actor popular, cuando este último actuó temerariamente o de mala fe, caso en el cual también habrá lugar a imponer la multa prevista en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998. No hay lugar a condenarlo cuando la demanda le sea decidida en contra. En este evento la condena en costas sólo admite el reconocimiento de los honorarios y de las expensas, pues al tenor del artículo 364 del Código general del Proceso, es claro que las agencias en derecho no corresponden a los honorarios a los que se refiere la norma, pues ellos se señalan- n relación con los auxiliares de la justicia.

2.4 Conforme lo dispone el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, armonizado con el artículo 361 del Código General del Proceso, en las acciones populares la condena en costas a favor del actor popular incluye las expensas, gastos y agencias en derecho con independencia de que la parte actora haya promovido y/o concurrido al proceso mediante apoderado judicial o lo haya hecho directamente.

2.5 En cualquiera de los eventos en que cabe el reconocimiento de las costas procesales, bien sea en cuanto a las expensas y gastos procesales o a las agencias en derecho, bien sea a favor del actor popular o de la parte demandada, la condena se hará atendiendo las reglas previstas en el artículo 365 del Código General del Proceso, de forma que sólo se condenará al pago de aquellas que se encuentren causadas y se liquidarán en la medida de su comprobación, conforme con lo previsto en el artículo 366 del Código general del Proceso.

2.6 Las agencias en derecho se fijarán por el juez aplicando las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el actor popular, con independencia de si actuó directamente o mediante apoderado, u otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

Conforme al artículo 38 de la Ley 472 de 1998, por remisión al CGP, y atendiendo el criterio sostenido por la Sala Especial de Decisión 27 en providencia del 6 de agosto de 2019³¹, toda vez que las pretensiones no prosperaron, y la demanda fue presentada con fundamento jurídico, sin temeridad, no se condenará en costas.

§61. Por lo anteriormente expuesto, esta Sala Sexta de Decisión del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

SENTENCIA:

PRIMERO: DECLÁRESE no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva invocadas por parte del Departamento de Caldas y el Instituto Nacional de Vías – Invias.

SEGUNDO: DECLÁRESE probada la excepción de carencia de prueba de la vulneración o amenaza de derechos colectivos.

³¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Unificación del 6 de agosto de 2019, CP. Rocío Araújo Oñate, radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN COSTAS.

QUINTO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998, REMITASE copia auténtica de esta decisión a la Defensoría del Pueblo.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

17001-33-39-006-2020-00299-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 093

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandante, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **CLAUDIA INÉS HURTADO** contra el **MUNICIPIO DE VILLAMARÍA (CALDAS)**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

De otro lado, atendiendo lo dispuesto en el artículo 212 inciso 4º de la Ley 1437 de 2011, ejecutoriado el presente proveído, la Sala Unitaria se pronunciará en relación con la solicitud de pruebas efectuada por la parte demandante en el escrito de apelación.

Por lo expuesto,

RESUELVE

¹ Ley 1437 de 2011.

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandante, contra la sentencia emanada del Juzgado 6° Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **CLAUDIA INÉS HURTADO** contra el **MUNICIPIO DE VILLAMARÍA (CALDAS)**.

De otro lado, atendiendo lo dispuesto en el artículo 212 inciso 4° de la Ley 1437 de 2011, ejecutoriado el presente proveído, la Sala Unitaria se pronunciará en relación con la solicitud de pruebas efectuada por la parte demandante en el escrito de apelación.

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es “sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co” Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 049

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-003-2021-00098-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Miriam Botero Jiménez
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG). Municipio de Manizales

Se decide el recurso de apelación formulado por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado el 10 de octubre de 2020, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 10 de enero de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 033 del 27 de enero de 2020 y pagada el 13 de julio de 2020. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió negativamente la petición.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5; Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

Se opuso a las pretensiones de la demandante para lo cual señaló que, la demora en el pago de las cesantías es causada por el actuar de la entidad territorial. Frente a la condena por concepto de costas y agencias en derecho, solicitó sea exonerada por cuanto ha actuado conforme a los mandatos legales y jurisprudenciales vigentes.

Propuso las excepciones: *“LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD”*, *“IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS”*, *“COMPENSACIÓN, “CONDENA EN COSTAS”*.

2.2. Municipio de Manizales

Se opuso a las pretensiones de la demandante, para lo cual señaló que, el reconocimiento y pago de las acreencias laborales por concepto de cesantías de los educadores, le corresponde únicamente a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, a través de la cuenta especial denominada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyos recursos son administrados por la Fiduprevisora, por lo que existe carencia de legitimación en la causa por pasiva del ente territorial.

Propuso como excepciones *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*, *“COBRO DE LO NO DEBIDO”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró infundada la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, y fundada la de, *“cobro de lo no debido”*, propuesta por el municipio de Manizales. declaró infundadas las excepciones propuestas por el Ministerio de Educación – Fomag. En consecuencia, declaró la nulidad del acto administrativo ficto producto del silencio administrativo negativo, por medio de la cual se negó el reconocimiento de una sanción por

mora en el pago de cesantías y a título de restablecimiento del derecho, condenó a la Nación - Ministerio de Educación – Fomag a reconocer y pagar a favor de la demandante la sanción por mora de que trata el párrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo, por el periodo comprendido entre 30 de abril de 2020 inclusive y el 13 de julio de 2020 inclusive.

Como fundamento de su decisión señaló que, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías definitivas el 10 de enero de 2020, tal como se observa en la Resolución 33 del 27 de enero de 2020, la cual se notificó personalmente el 7 de febrero de 2020. En atención a lo anterior, al resolverse la petición de manera oportuna, y notificarse dentro de término, el plazo de 55 días hábiles que tenía la entidad para pagar las cesantías solicitadas, contados desde la notificación del acto administrativo, se cumplió el 29 de abril de 2020.

Que, en el certificado de pago expedido por BBVA, se observa que las cesantías reconocidas quedaron a disposición del demandante el 13 de julio de 2020; en consecuencia, la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de sus cesantías, equivalente a un día de salario por cada día de retardo por el periodo comprendido entre el 30 de abril de 2020 inclusive y el 13 de julio de 2020 inclusive.

4. Recurso de apelación

La Nación – Ministerio de Educación solicitó revocar la sentencia en cuanto a la condena a ella impuesta y en su lugar responsabilizar al ente territorial por los días de mora causados.

Señaló que la decisión apelada no se encuentra ajustada a derecho, pues desconoció lo contenido en la Ley 1955 de 2019 y el Decreto 942 del 01 de junio de 2022, ya que a la luz de estas normas debió ser absuelta del presente litigio, ya que no es la responsable por la causación de la mora ni tampoco está obligada a pagar la sanción moratoria por prohibición legal expresa, teniendo en cuenta que la sanción moratoria fue causada con posterioridad al 31 de diciembre del 2019.

Que el incumplimiento de los plazos fijados por la ley obedeció exclusivamente por culpa de la entidad territorial, esto es, la Secretaría de Educación, quien incumplió los términos con los que contaba para remitir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías para pago con destino a la Fiduprevisora, pues este fue emitido el 24 de abril de 2020, sin embargo fue remitido a la Fiduprevisora solo hasta el 25 de mayo de 2020.

Que se presenta falta de legitimación en la causa del Fomag y ausencia del deber de pagar sanciones respecto del 2020 en adelante, como quiera que la Ley 1955 de 2019, trasladó la responsabilidad del pago de la sanción moratoria a la entidad territorial certificada, y así mismo, estableció una prohibición legal de pagar este tipo de indemnizaciones con cargo a los recursos del Fomag; sin perjuicio de ello, estableció un párrafo transitorio donde indicó que la sanción mora causada al 31 de diciembre de 2019 sería financiada con cargo a los recursos TES y ésta sería asumida por el Fomag.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿Qué entidad debe asumir el pago de dicha sanción moratoria?*

2. Tesis del tribunal

El pago de la sanción moratoria generada por la mora en el pago de las cesantías de la demandante le corresponde asumirla a la Nación - Ministerio de Educación Nacional, por cuanto la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías y su remisión para el pago fueron realizados oportunamente por la Secretaría de Educación.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al marco jurídico sobre el tema; ii) los hechos acreditados; para descender al ii) análisis del caso concreto.

3. Marco jurídico - Entidad obligada al pago de la sanción moratoria

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado¹ sostuvo que: *“será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo”*.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019² y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

ARTÍCULO 57º. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas*

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

² Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales? FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, fúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria

de Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

Por su parte, el Decreto 942 de 2022³ dispuso:

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. Gestión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la Entidad Territorial Certificada en Educación deberá gestionar, inmediatamente a través de la plataforma o herramienta tecnológica dispuesta el trámite de pago para que dentro de los términos contenidos en el presente decreto, la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desembolse las sumas reconocidas.

...

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. La Entidad Territorial Certificada en Educación y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán las responsables del pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías, en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los términos previstos para cada una de ellas en los artículos 2.4.4.2.3.2.22 y 2.4.4.2.3.2.27 del presente decreto, así como de los términos aplicables para la notificación y la resolución de recursos de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. La sanción moratoria no afectará los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en caso de presentarse, su pago será responsabilidad de la entidad que la genere.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria.

En el evento en que la sanción por mora resulte imputable a las dos entidades antes enunciadas, ésta deberá calcularse y pagarse de forma proporcional según los días de retraso en el reconocimiento o el pago que corresponda para cada entidad”.

³ Por el cual se modifican algunos artículos de la Sección 3, Capítulo 2, Título 4, Parte 4, Libro 2 del Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación- sobre el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

4. Hechos relevantes acreditados

- La actora solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías, el 10 de enero de 2020.⁴
- Mediante Resolución 33 del 27 de enero de 2020⁵, la Secretaría de Educación territorial, en nombre y representación del Fomag, reconoció las cesantías solicitadas por la demandante, la cual le fue notificada personalmente el 7 de febrero de 2020, renunciando a términos⁶.
- Según certificación de pago de cesantía expedido por el BBVA, estas quedaron a disposición de la accionante desde el 13 de julio de 2020.⁷
- La actora el 10 de julio de 2020 solicitó al Fomag el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías⁸.

5. Análisis del caso concreto

La Nación - Ministerio de Educación – Fomag en su defensa señala que, la sanción moratoria fue causada con posterioridad al 31 de diciembre de 2019 y por lo tanto debe ser asumida por la entidad territorial; ello con fundamento en el Decreto 942 de 2022 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, que además estableció una prohibición legal de pagar este tipo de indemnizaciones con cargo a los recursos del Fomag. Que además, el incumplimiento de los plazos fijados por la ley obedeció exclusivamente por culpa de la entidad territorial, esto es, la Secretaría de Educación, quien incumplió los términos con los que contaba para remitir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales para pago con destino a la Fiduprevisora.

Al respecto, de las pruebas obrantes en el expediente se logra establecer que, la Secretaría de Educación emitió y notificó oportunamente la resolución de reconocimiento de las cesantías, por lo que el plazo que tenía la Nación - Ministerio de Educación – Fomag, para el pago, empezó a correr desde su notificación hasta el 29 de abril de 2020; asunto que no es objeto de debate en esta instancia.

En cuanto a la fecha en que la Secretaría de Educación remitió el acto de reconocimiento a la Fiduprevisora, la Nación - Ministerio de Educación – Fomag alega que ello ocurrió el 25 de mayo de 2020, esto es en forma extemporánea, sin embargo, no se aportó prueba de dicha afirmación, pues ello solo se fundamenta en unas capturas de pantalla, de las cuales se desconoce el sistema de origen.

Así, a la Nación - Ministerio de Educación – Fomag, le correspondía demostrar adecuadamente que, se presentó un incumplimiento de los plazos previstos para la

⁴ F. 19 Archivo digital:002PoderDemandaAnexos.pdf

⁵ F. 19-22 Archivo digital: 002PoderDemandaAnexos.pdf

⁶ F. 31 Archivo digital: 002PoderDemandaAnexos.pdf

⁷ F. 23 Archivo digital: 002PoderDemandaAnexos.pdf

⁸ F. 24-23 Archivo digital: 002PoderDemandaAnexos.pdf

radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial, si su intención era que a esta se le imputara la mora, en los términos previstos en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, circunstancia que no ocurrió.

Por lo anterior, lo que se evidencia es una mora imputable a la demandada Nación - Ministerio de Educación – Fomag en los términos del inciso primero del artículo 57 de la de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, pues dejó transcurrir más de 45 días para realizar el pago, contados a partir del día siguiente a la ejecutoria del acto de reconocimiento de las cesantías.

Finalmente, de la lectura integral del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no se puede inferir que se excluyó a la Nación - Ministerio de Educación de la obligación del pago de la sanción moratoria; aunado a que, el párrafo transitorio⁹ de dicho artículo lo que contempló fue una autorización al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería a efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del Fomag causadas a diciembre de 2019; sin que por esta razón pueda indicarse que, tácitamente se le excluyó de la obligación de pago de la sanción moratoria causada a partir de enero de 2020.

Lo anterior, no es óbice para que la Nación - Ministerio de Educación adelante las acciones pertinentes frente a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al tenor de lo establecido en el párrafo del artículo 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 942 de 2022 que establece:

“PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria”.

6. Conclusión

La Nación - Ministerio de Educación sí es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la de la Ley 1955 de 2019.

⁹ PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo. La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”.

Al no prosperar los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación, se confirmará la sentencia apelada.

7. Costas en esta instancia.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 15 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Miriam Botero Jiménez contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y municipio de Manizales.

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”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 18 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON 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. 050

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-003-2021-00179-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Eliana María Soto Serna
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación formulado por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado el 15 de marzo de 2021, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 5 de agosto de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 2437-6 del 13 de agosto de 2020 y pagada el 21 de noviembre de 2020. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió

negativamente la petición.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5; Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

Se opuso a las pretensiones de la demandante para lo cual señaló que, de conformidad con la Ley 1955 de 2019 y el Decreto 942 del 01 de junio de 2022, no es la responsable por la causación de la mora ni tampoco está obligada a pagar la sanción moratoria por prohibición legal expresa, teniendo en cuenta que la sanción moratoria fue causada con posterioridad al 31 de diciembre del 2019.

Que se presenta falta de legitimación en la causa del Fomag y ausencia del deber de pagar sanciones respecto del 2020 en adelante, como quiera que la Ley 1955 de 2019, trasladó la responsabilidad del pago de la sanción moratoria a la entidad territorial certificada, y así mismo, estableció una prohibición legal de pagar este tipo de indemnizaciones con cargo a los recursos del Fomag.

Propuso las excepciones: *“CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO APLICACIÓN DE LEY 1955 DE 2019”, “DE LA AUSENCIA DEL DEBER DE PAGAR SANCIONES POR PARTE DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA”, “DE LA IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN Y/O ACTUALIZACIÓN MONETARIA DE LA SANCIÓN MORATORIA”, “IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS”.*

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la demandante, para lo cual señaló que, la Secretaría de Educación tiene a su cargo únicamente la recepción y radicación de las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes que pertenecen a la entidad territorial, así como la certificación de los tiempos y el régimen salarial y prestacional, a fin de realizar los proyectos de los actos administrativos y remitirlos a la Fiduprevisora, para su estudio y posterior

aprobación, y los actos administrativos que estén en firme y ejecutoriados enviarlos a dicha entidad para su respectivo control y pago.

Que por disposición legal y reglamentaria, la entidad no puede desbordar la competencia funcional atribuida, pues es la Fiduprevisora, como administradora de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la encargada de efectuar el pago de este tipo de prestaciones económicas. Propuso como medio exceptivo:

Propuso como medios exceptivos: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*, *“BUENA FE”*, *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró infundada la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, y fundada la de, *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley”* y *“buena fe”*, propuestas por el departamento de Caldas. Declaró infundadas las excepciones propuestas por el Ministerio de Educación – Fomag. En consecuencia, declaró la nulidad del acto administrativo ficto producto del silencio administrativo negativo, por medio de la cual se negó el reconocimiento de una sanción por mora en el pago de cesantías y a título de restablecimiento del derecho, condenó a la Nación - Ministerio de Educación – Fomag a reconocer y pagar a favor de la demandante la sanción por mora de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo, por el día del 21 de noviembre de 2020. Además, se abstuvo de condenar en costas.

Como fundamento de su decisión señaló que, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías definitivas el 5 de agosto de 2020, tal como se observa en la Resolución 2437-6 de 2020, pero al no haberse notificado al peticionario, el plazo de 67 días hábiles que tenía la entidad para pagar las cesantías solicitadas, se cumplió el 20 de noviembre de 2020.

Que, en el certificado de pago expedido por BBVA, se observa que las cesantías reconocidas quedaron a disposición de la demandante el 21 de noviembre de 2020; en consecuencia, la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de sus cesantías, equivalente a un día de salario por cada día de retardo por el día 21 de noviembre de 2020.

4. Recurso de apelación

La Nación – Ministerio de Educación solicitó revocar la sentencia en cuanto a la condena a ella impuesta y en su lugar responsabilizar al ente territorial por la mora causada.

Señaló que la decisión apelada incurrió en un error de derecho por interpretación errónea del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, por cuanto, no es la responsable por la causación de la mora ni tampoco está obligada a pagar la sanción moratoria por prohibición legal expresa, teniendo en cuenta que la sanción moratoria fue causada con posterioridad al 31 de

diciembre del 2019.

Que el incumplimiento de los plazos fijados por la ley obedeció exclusivamente por culpa de la entidad territorial, esto es, la Secretaría de Educación, quien incumplió los términos con los que contaba para remitir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías para pago con destino a la Fiduprevisora.

Que además, la sentencia incurrió en un error por falso juicio de existencia, derivado de pretermisión probatoria, respecto a la fecha de remisión del acto administrativo de reconocimiento de cesantías, por cuanto a pesar de que el medio de prueba existe material y jurídicamente en el proceso, el juez, omite, olvida o pretermite su valoración, profiriendo un fallo abiertamente contrario a la realidad exteriorizada en la prueba.

Adicionalmente solicita revocar la condena en costas, sin embargo, en la sentencia recurrida no fue impuesta tal condena.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿Qué entidad debe asumir el pago de dicha sanción moratoria?*

2. Tesis del tribunal

El pago de la sanción moratoria generada por la mora en el pago de las cesantías de la demandante le corresponde asumirla a la Nación - Ministerio de Educación Nacional, por cuanto la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías y su remisión para el pago fueron realizados oportunamente por la Secretaría de Educación.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al marco jurídico sobre el tema; ii) los hechos acreditados; para descender al ii) análisis del caso concreto.

3. Marco jurídico - Entidad obligada al pago de la sanción moratoria

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser

elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado¹ sostuvo que: “*será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo*”.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019² y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

ARTÍCULO 57º. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales? FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la*

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

² Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, fúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.*

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

Por su parte, el Decreto 942 de 2022³ dispuso:

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. Gestión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. *Una vez ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la Entidad Territorial Certificada en Educación deberá gestionar, inmediatamente a través de la plataforma o herramienta tecnológica dispuesta el trámite de pago para que dentro de los términos contenidos en el presente decreto, la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desembolse las sumas reconocidas.*

...

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. *La Entidad Territorial Certificada en Educación y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán las responsables del pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías, en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los términos previstos para cada una de ellas en los artículos 2.4.4.2.3.2.22 y 2.4.4.2.3.2.27 del presente decreto, así como de los términos aplicables*

³ Por el cual se modifican algunos artículos de la Sección 3, Capítulo 2, Título 4, Parte 4, Libro 2 del Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación- sobre el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

para la notificación y la resolución de recursos de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. La sanción moratoria no afectará los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en caso de presentarse, su pago será responsabilidad de la entidad que la genere.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria.*

En el evento en que la sanción por mora resulte imputable a las dos entidades antes enunciadas, ésta deberá calcularse y pagarse de forma proporcional según los días de retraso en el reconocimiento o el pago que corresponda para cada entidad”.

4. Hechos relevantes acreditados

- La actora solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías, el 5 de agosto de 2020.⁴
- Mediante Resolución 2437-6 del 13 de agosto de 2020⁵, la Secretaría de Educación territorial, en nombre y representación del Fomag, reconoció las cesantías solicitadas por la demandante.
- Según certificación de pago de cesantía expedido por la Fiduprevisora, estas quedaron a disposición de la accionante desde el 21 de noviembre de 2020.⁶
- La actora el 15 de diciembre de 2020 solicitó al Fomag el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías⁷.

5. Análisis del caso concreto

La Nación - Ministerio de Educación – Fomag en su defensa señala que, la sanción moratoria

⁴ F. 17 Archivo digital002PoderDemandaAnexos.pdf

⁵ F. 17-20 Archivo digital: 002PoderDemandaAnexos.pdf

⁶ F. 21 Archivo digital: 002PoderDemandaAnexos.pdf

⁷ F. 23-24 Archivo digital: 002PoderDemandaAnexos.pdf

fue causada con posterioridad al 31 de diciembre de 2019 y por lo tanto debe ser asumida por la entidad territorial; ello con fundamento en el Decreto 942 de 2022 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, que además estableció una prohibición legal de pagar este tipo de indemnizaciones con cargo a los recursos del Fomag. Que además, el incumplimiento de los plazos fijados por la ley obedeció exclusivamente por culpa de la entidad territorial, esto es, la Secretaría de Educación, quien incumplió los términos con los que contaba para remitir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías para pago con destino a la Fiduprevisora.

Al respecto, de las pruebas obrantes en el expediente se logra establecer que, la Secretaría de Educación emitió oportunamente la resolución de reconocimiento de las cesantías, sin embargo, por no haberse notificado a la peticionaria, el plazo que tenía la entidad para pagar las cesantías solicitadas, se cumplió el 20 de noviembre de 2020; asunto que no es objeto de debate en esta instancia.

En cuanto a la fecha en que la Secretaría de Educación remitió el acto de reconocimiento a la Fiduprevisora, la Nación - Ministerio de Educación – Fomag alega que ello ocurrió en forma extemporánea, sin embargo no se aportó prueba de dicha afirmación.

Así, a la Nación - Ministerio de Educación – Fomag, le correspondía demostrar adecuadamente que, se presentó un incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial, si su intención era que a esta se le imputara la mora, en los términos previstos en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, circunstancia que no ocurrió.

Por lo anterior, lo que se evidencia es una mora imputable a la demandada Nación - Ministerio de Educación – Fomag en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, pues dejó transcurrir más de 45 días para realizar el pago, contados a partir del día siguiente a la ejecutoria del acto de reconocimiento de las cesantías.

Finalmente, de la lectura integral del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no se puede inferir que se excluyó a la Nación - Ministerio de Educación de la obligación del pago de la sanción moratoria; aunado a que, el parágrafo transitorio⁸ de dicho artículo lo que contempló fue una autorización al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería a efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del Fomag causadas a diciembre de 2019; sin que por esta razón pueda indicarse que, tácitamente se le

⁸ PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo. La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”.*

excluyó de la obligación de pago de la sanción moratoria causada a partir de enero de 2020.

Lo anterior, no es óbice para que la Nación - Ministerio de Educación adelante las acciones pertinentes frente a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al tenor de lo establecido en el parágrafo del artículo 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 942 de 2022 que establece:

“PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria”.

6. Conclusión

La Nación - Ministerio de Educación sí es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Al no prosperar los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación, se confirmará la sentencia apelada.

7. Costas en esta instancia.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

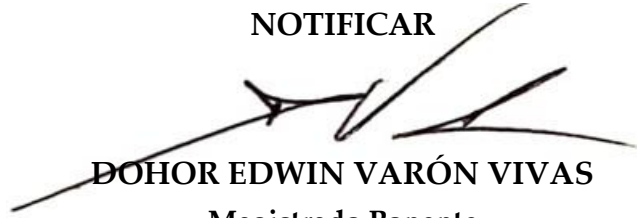
PRIMERO: Se confirma la sentencia del 23 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Eliana María Soto Serna contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento de Caldas.

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".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 18 de 2023.

NOTIFICAR



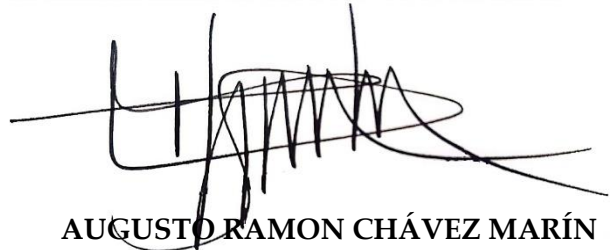
DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado



AUGUSTO RAMON 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. 051

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-003-2021-00182-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ana Aydee García Hoyos
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación formulado por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado con ocasión a la petición del 15 de septiembre de 2021, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 17 de febrero de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 0961-6 del 04 de marzo del 2020 y pagada el 13 de julio de 2020. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió

negativamente la petición.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5; Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

Se opuso a las pretensiones de la demandante para lo cual señaló que, de conformidad con la Ley 1955 de 2019 y el Decreto 942 del 01 de junio de 2022, no es la responsable por la causación de la mora ni tampoco está obligada a pagar la sanción moratoria por prohibición legal expresa, teniendo en cuenta que la sanción moratoria fue causada con posterioridad al 31 de diciembre del 2019.

Que se presenta falta de legitimación en la causa del Fomag y ausencia del deber de pagar sanciones respecto del 2020 en adelante, como quiera que la Ley 1955 de 2019, trasladó la responsabilidad del pago de la sanción moratoria a la entidad territorial certificada, y así mismo, estableció una prohibición legal de pagar este tipo de indemnizaciones con cargo a los recursos del Fomag.

Propuso las excepciones: *RESPONSABILIDAD PAGO DE LA SANCIÓN MORA POR PARTE DE DEL ENTE TERRITORIAL*"; *INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO PARA EL PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA*"; *COBRO INDEBIDO DE LA SANCIÓN MORATORIA*" y *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA GENERADA EN EL 2020*".

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la demandante, para lo cual señaló que, la Secretaría de Educación tiene a su cargo únicamente la recepción y radicación de las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes que pertenecen a la entidad territorial, así como la certificación de los tiempos y el régimen salarial y prestacional, a fin de realizar los proyectos

de los actos administrativos y remitirlos a la Fiduprevisora, para su estudio y posterior aprobación, y los actos administrativos que estén en firme y ejecutoriados enviarlos a dicha entidad para su respectivo control y pago.

Que por disposición legal y reglamentaria, la entidad no puede desbordar la competencia funcional atribuida, pues es la Fiduprevisora, como administradora de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la encargada de efectuar el pago de este tipo de prestaciones económicas. Propuso como medio exceptivo:

Propuso como medios exceptivos: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*, *“BUENA FE”*, *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró infundada la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, y fundadas la de, *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley”* y *“buena fe”*, propuestas por el departamento de Caldas. Declaró infundadas las excepciones propuestas por el Ministerio de Educación – Fomag. En consecuencia, declaró la nulidad del acto administrativo ficto producto del silencio administrativo negativo, por medio de la cual se negó el reconocimiento de una sanción por mora en el pago de cesantías y a título de restablecimiento del derecho, condenó a la Nación - Ministerio de Educación – Fomag a reconocer y pagar a favor de la demandante la sanción por mora de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo, desde el 2 de junio de 2020, inclusive, hasta el 12 de julio de 2020, inclusive. Además, se abstuvo de condenar en costas.

Como fundamento de su decisión señaló que, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías definitivas el 17 de febrero de 2020, tal como se observa en la Resolución 0961-6 del 04 de marzo de 2020, por lo que, el plazo de 55 días hábiles que tenía la entidad para pagar las cesantías, se cumplió el 1 de junio de 2020.

Que, en el certificado de pago expedido por BBVA, se observa que las cesantías reconocidas quedaron a disposición de la demandante el 13 de julio del 2020; en consecuencia, la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de sus cesantías, equivalente a un día de salario por cada día de retardo desde el 2 de junio de 2020, inclusive, hasta el 12 de julio de 2020, inclusive.

4. Recurso de apelación

La Nación – Ministerio de Educación solicitó revocar la sentencia en cuanto a la condena a ella impuesta y en su lugar responsabilizar al ente territorial por la mora causada.

Señaló que la decisión apelada incurrió en un error de derecho por interpretación errónea del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, por cuanto, no es la responsable por la causación de

la mora ni tampoco está obligada a pagar la sanción moratoria por prohibición legal expresa, teniendo en cuenta que la sanción moratoria fue causada con posterioridad al 31 de diciembre del 2019.

Que el incumplimiento de los plazos fijados por la ley obedeció exclusivamente por culpa de la entidad territorial, esto es, la Secretaría de Educación, quien incumplió los términos con los que contaba para remitir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías para pago con destino a la Fiduprevisora.

Que además, la sentencia incurrió en un error por falso juicio de existencia, derivado de pretermisión probatoria, respecto a la fecha de remisión del acto administrativo de reconocimiento de cesantías, por cuanto a pesar de que el medio de prueba existe material y jurídicamente en el proceso, el juez, omite, olvida o pretermite su valoración, profiriendo un fallo abiertamente contrario a la realidad exteriorizada en la prueba.

Adicionalmente solicita revocar la condena en costas, sin embargo, en la sentencia recurrida no fue impuesta tal condena.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿Qué entidad debe asumir el pago de dicha sanción moratoria?*

2. Tesis del tribunal

El pago de la sanción moratoria generada por la mora en el pago de las cesantías de la demandante le corresponde asumirla a la Nación - Ministerio de Educación Nacional, por cuanto la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías y su remisión para el pago fueron realizados oportunamente por la Secretaría de Educación.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al marco jurídico sobre el tema; ii) los hechos acreditados; para descender al ii) análisis del caso concreto.

3. Marco jurídico - Entidad obligada al pago de la sanción moratoria

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los

docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado¹ sostuvo que: “*será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo*”.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019² y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

ARTÍCULO 57º. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales? FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

² Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.*

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

Por su parte, el Decreto 942 de 2022³ dispuso:

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. Gestión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. *Una vez ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la Entidad Territorial Certificada en Educación deberá gestionar, inmediatamente a través de la plataforma o herramienta tecnológica dispuesta el trámite de pago para que dentro de los términos contenidos en el presente decreto, la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desembolse las sumas reconocidas.*

...

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. *La Entidad Territorial Certificada en Educación y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán las responsables del pago de la sanción por mora en*

³ Por el cual se modifican algunos artículos de la Sección 3, Capítulo 2, Título 4, Parte 4, Libro 2 del Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación- sobre el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

el pago tardío de las cesantías, en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los términos previstos para cada una de ellas en los artículos 2.4.4.2.3.2.22 y 2.4.4.2.3.2.27 del presente decreto, así como de los términos aplicables para la notificación y la resolución de recursos de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. La sanción moratoria no afectará los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en caso de presentarse, su pago será responsabilidad de la entidad que la genere.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria.*

En el evento en que la sanción por mora resulte imputable a las dos entidades antes enunciadas, ésta deberá calcularse y pagarse de forma proporcional según los días de retraso en el reconocimiento o el pago que corresponda para cada entidad”.

4. Hechos relevantes acreditados

- La actora solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías, el 17 de febrero de 2020.⁴
- Mediante Resolución 0961-6 del 04 de marzo de 2020⁵, la Secretaría de Educación territorial, en nombre y representación del Fomag, reconoció las cesantías solicitadas por la demandante; la cual fue notificada personalmente el 9 de marzo de 2020.
- Según certificación de pago de cesantía expedido por el banco BBVA, estas quedaron a disposición de la accionante desde el 13 de julio de 2020.⁶
- La actora el 15 de septiembre de 2020 solicitó al Fomag el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías⁷.

⁴ F. 1 Archivo digital: 04AnexosDemanda.pdf

⁵ F. 1-2 Archivo digital: 04AnexosDemanda.pdf

⁶ F. 3 Archivo digital: 04AnexosDemanda.pdf

⁷ F. 4-6 Archivo digital: 04AnexosDemanda.pdf s.pdf

5. Análisis del caso concreto

La Nación - Ministerio de Educación – Fomag en su defensa señala que, la sanción moratoria fue causada con posterioridad al 31 de diciembre de 2019 y por lo tanto debe ser asumida por la entidad territorial; ello con fundamento en el Decreto 942 de 2022 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, que además estableció una prohibición legal de pagar este tipo de indemnizaciones con cargo a los recursos del Fomag. Que además, el incumplimiento de los plazos fijados por la ley obedeció exclusivamente por culpa de la entidad territorial, esto es, la Secretaría de Educación, quien incumplió los términos con los que contaba para remitir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías para pago con destino a la Fiduprevisora.

Al respecto, de las pruebas obrantes en el expediente se logra establecer que, la Secretaría de Educación emitió y notificó oportunamente la resolución de reconocimiento de las cesantías, por lo que, el plazo de 55 días hábiles que tenía la entidad para pagar las cesantías se cumplió el 1 de junio de 2020; asunto que no es objeto de debate en esta instancia.

En cuanto a la fecha en que la Secretaría de Educación remitió el acto de reconocimiento a la Fiduprevisora, la Nación - Ministerio de Educación – Fomag alega que ello ocurrió en forma extemporánea, sin embargo no se aportó prueba de dicha afirmación.

Así, a la Nación - Ministerio de Educación – Fomag, le correspondía demostrar adecuadamente que, se presentó un incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial, si su intención era que a esta se le imputara la mora, en los términos previstos en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, circunstancia que no ocurrió.

Por lo anterior, lo que se evidencia es una mora imputable a la demandada Nación - Ministerio de Educación – Fomag en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, pues dejó transcurrir más de 45 días para realizar el pago, contados a partir del día siguiente a la ejecutoria del acto de reconocimiento de las cesantías.

Finalmente, de la lectura integral del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no se puede inferir que se excluyó a la Nación - Ministerio de Educación de la obligación del pago de la sanción moratoria; aunado a que, el párrafo transitorio⁸ de dicho artículo lo que contempló fue una autorización al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de

⁸ PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo. La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”.*

Tesorería a efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del Fomag causadas a diciembre de 2019; sin que por esta razón pueda indicarse que, tácitamente se le excluyó de la obligación de pago de la sanción moratoria causada a partir de enero de 2020.

Lo anterior, no es óbice para que la Nación - Ministerio de Educación adelante las acciones pertinentes frente a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al tenor de lo establecido en el parágrafo del artículo 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 942 de 2022 que establece:

“PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria”.

6. Conclusión

La Nación - Ministerio de Educación sí es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Al no prosperar los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación, se confirmará la sentencia apelada.

7. Costas en esta instancia.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 23 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Ana Aydee García Hoyos contra la Nación – Ministerio de

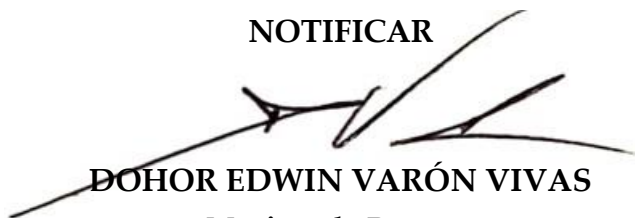
Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento de Caldas.

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”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 18 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON 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. 048

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-001-2021-00285-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Carolina Ramos Rendon
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación formulado por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado el 30 de septiembre de 2020, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 28 de octubre de 2019 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 7199-6 del 19 de noviembre de 2019 y pagada el 21 de junio de 2020. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió negativamente la petición.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5; Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

No se pronunció en esta etapa.

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la demandante, para lo cual señaló que, la Secretaría de Educación tiene a su cargo únicamente la recepción y radicación de las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes que pertenecen a la entidad territorial, así como la certificación de los tiempos y el régimen salarial y prestacional, a fin de realizar los proyectos de los actos administrativos y remitirlos a la Fiduprevisora, para su estudio y posterior aprobación, y los actos administrativos que estén en firme y ejecutoriados enviarlos a dicha entidad para su respectivo control y pago.

Que por disposición legal y reglamentaria, la entidad no puede desbordar la competencia funcional atribuida, pues es la Fiduprevisora, como administradora de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la encargada de efectuar el pago de este tipo de prestaciones económicas. Propuso como medio exceptivo:

Propuso como medios exceptivos: *“CUMPLIMIENTO DE TÉRMINOS POR PARTE DE LA ENTIDAD TERRITORIAL” Y BUENA FE*”.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de *“CUMPLIMIENTO DE TÉRMINOS POR PARTE DE LA ENTIDAD TERRITORIAL”*, propuesta por el departamento de Caldas; declaró la nulidad del acto ficto producto del silencio administrativo negativo, por medio de la cual se negó el reconocimiento de una sanción por mora en el pago de cesantías y a título de restablecimiento del derecho, condenó a la Nación - Ministerio de Educación – Fomag a reconocer y pagar a favor de la demandante la sanción por mora de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo, en razón de 122 días de mora que se calcularán con la asignación básica devengada

en 2020.

Como fundamento de su decisión señaló que, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías el 28 de octubre de 2019, y el departamento de Caldas emitió el acto administrativo de reconocimiento el 19 de noviembre de 2019, es decir, 14 días hábiles después, por lo que cumplió con el término estipulado en el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006. Que el acto fue notificado personalmente el 29 de noviembre de 2019, es decir, al octavo día hábil siguiente a la expedición del acto, encontrándose, por tanto, dentro del término máximo que ha fijado la jurisprudencia del Consejo de Estado para notificar el acto expedido; quedando ejecutoriado el 13 de diciembre de 2019.

Que el acto debidamente notificado y ejecutoriado fue remitido por parte de la Secretaría de Educación Departamental al Fondo el 16 de diciembre de 2019, es decir, a tiempo, pues fue remitido al día hábil siguiente a su ejecutoria. Por lo tanto, los 45 días que tenía el Fondo para pagar, luego de estar notificado y ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento de cesantías, vencieron el 19 de febrero de 2020 y el dinero se puso a disposición para el pago el 21 de junio de 2020, por lo que se generaron 122 días de mora en cabeza del FNPSM.

4. Recurso de apelación

La Nación – Ministerio de Educación solicitó revocar la sentencia en cuanto a la condena a ella impuesta y en su lugar responsabilizar al ente territorial por la mora causada.

Señaló que la decisión apelada incurrió en un error de derecho por interpretación errónea del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, por cuanto, no es la responsable por la causación de la mora ni tampoco está obligada a pagar la sanción moratoria por prohibición legal expresa, teniendo en cuenta que la sanción moratoria fue causada con posterioridad al 31 de diciembre del 2019.

Que el incumplimiento de los plazos fijados por la ley obedeció exclusivamente por culpa de la entidad territorial, esto es, la Secretaría de Educación, quien incumplió los términos con los que contaba para remitir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías para pago con destino a la Fiduprevisora.

Que además, la sentencia incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia, derivado de una suposición probatoria, respecto a la fecha de remisión del acto administrativo de reconocimiento de cesantías, por cuanto dio por probado, sin estarlo (suponiendo medio probatorio) fue: la presunta remisión oportuna de la Resolución 7199 del 19 de noviembre de 2019, al Fomag, para su pago. Para ello aduce que conforme a la hoja de revisión de la prestación la resolución solo fue remitida hasta el 17 de enero de 2020.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se

centran en establecer: *¿Qué entidad debe asumir el pago de dicha sanción moratoria?*

2. Tesis del tribunal

El pago de la sanción moratoria generada por la mora en el pago de las cesantías de la demandante le corresponde asumirla a la Nación - Ministerio de Educación Nacional, por cuanto la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías y su remisión para el pago fueron realizados oportunamente por la Secretaría de Educación.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al marco jurídico sobre el tema; ii) los hechos acreditados; para descender al ii) análisis del caso concreto.

3. Marco jurídico - Entidad obligada al pago de la sanción moratoria

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado¹ sostuvo que: *“será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo”*.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019² y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

ARTÍCULO 57º. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

² Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales? FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.*

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

Por su parte, el Decreto 942 de 2022³ dispuso:

³ Por el cual se modifican algunos artículos de la Sección 3, Capítulo 2, Título 4, Parte 4, Libro 2 del Decreto 1075

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. Gestión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la Entidad Territorial Certificada en Educación deberá gestionar, inmediatamente a través de la plataforma o herramienta tecnológica dispuesta el trámite de pago para que dentro de los términos contenidos en el presente decreto, la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desembolse las sumas reconocidas.

...

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. La Entidad Territorial Certificada en Educación y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán las responsables del pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías, en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los términos previstos para cada una de ellas en los artículos 2.4.4.2.3.2.22 y 2.4.4.2.3.2.27 del presente decreto, así como de los términos aplicables para la notificación y la resolución de recursos de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. La sanción moratoria no afectará los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en caso de presentarse, su pago será responsabilidad de la entidad que la genere.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria.

En el evento en que la sanción por mora resulte imputable a las dos entidades antes enunciadas, ésta deberá calcularse y pagarse de forma proporcional según los días de retraso en el reconocimiento o el pago que corresponda para cada entidad”.

4. Hechos relevantes acreditados

- La actora solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías, el 28 de octubre de 2019.⁴

de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación- sobre el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

⁴ F. 17 Archivo digital002PoderDemandaAnexos.pdf

- Mediante Resolución 7199-6 del 19 de noviembre de 2019⁵, la Secretaría de Educación territorial, en nombre y representación del Fomag, reconoció las cesantías solicitadas por la demandante, la cual le fue notificada personalmente el 29 de noviembre de 2019.
- Según certificación de pago de cesantía expedido por el BBVA, estas quedaron a disposición de la accionante desde el 21 de junio de 2020.⁶
- La actora el 30 de junio de 2020 solicitó al Fomag el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías⁷.

5. Análisis del caso concreto

La Nación - Ministerio de Educación – Fomag en su defensa señala que, la sanción moratoria fue causada con posterioridad al 31 de diciembre de 2019 y por lo tanto debe ser asumida por la entidad territorial; ello con fundamento en el Decreto 942 de 2022 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, que además estableció una prohibición legal de pagar este tipo de indemnizaciones con cargo a los recursos del Fomag. Que además, el incumplimiento de los plazos fijados por la ley obedeció exclusivamente por culpa de la entidad territorial, esto es, la Secretaría de Educación, quien incumplió los términos con los que contaba para remitir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales para pago con destino a la Fiduprevisora.

Al respecto, de las pruebas obrantes en el expediente se logra establecer que, la Secretaría de Educación emitió y notificó oportunamente la resolución de reconocimiento de las cesantías, por lo que el plazo que tenía la Nación - Ministerio de Educación – Fomag, para el pago, empezó a correr luego de estar ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento de cesantías, hasta el 19 de febrero de 2020; asunto que no es objeto de debate en esta instancia.

En cuanto a la fecha en que la Secretaría de Educación remitió el acto de reconocimiento a la Fiduprevisora, la Nación - Ministerio de Educación – Fomag alega que, conforme a la hoja de revisión de la prestación, ello ocurrió el 17 de enero de 2020, esto es en forma extemporánea, sin embargo, de las pruebas obrantes en el expediente se logra establecer sin lugar a dudas que, la Secretaria de Educación remitió la Resolución de reconocimiento de las cesantías a la Fiduprevisora, mediante oficio P.S. 2322 de 16 de diciembre de 2019, con firma de recibido en esa fecha por la funcionaria Paula Muñoz,⁸ esto es, al día hábil siguiente de su ejecutoria.

Así, a la Nación - Ministerio de Educación – Fomag, le correspondía demostrar adecuadamente que, se presentó un incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial, si su intención era que a esta se le imputara la mora, en los términos previstos en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, circunstancia que no ocurrió y sin que

⁵ F. 17-19 Archivo digital: 002PoderDemandaAnexos.pdf

⁶ F 20 Archivo digital: 002PoderDemandaAnexos.pdf

⁷ F. 21-23 Archivo digital: 002PoderDemandaAnexos.pdf

⁸ FL 14 A.D. 07ContestacionDeptoCaldas.pdf

haya lugar a decretar pruebas de oficio en esta instancia para suplir su inactividad probatoria.

Por lo anterior, lo que se evidencia es una mora imputable a la demandada Nación - Ministerio de Educación – Fomag en los términos del inciso primero del artículo 57 de la de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, pues dejó transcurrir más de 45 días para realizar el pago, contados a partir del día siguiente a la ejecutoria del acto de reconocimiento de las cesantías.

Finalmente, de la lectura integral del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no se puede inferir que se excluyó a la Nación - Ministerio de Educación de la obligación del pago de la sanción moratoria; aunado a que, el parágrafo transitorio⁹ de dicho artículo lo que contempló fue una autorización al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería a efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del Fomag causadas a diciembre de 2019; sin que por esta razón pueda indicarse que, tácitamente se le excluyó de la obligación de pago de la sanción moratoria causada a partir de enero de 2020.

Lo anterior, no es óbice para que la Nación - Ministerio de Educación adelante las acciones pertinentes frente a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al tenor de lo establecido en el parágrafo del artículo 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 942 de 2022 que establece:

“PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria”.

6. Conclusión

La Nación - Ministerio de Educación sí es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la de la Ley 1955 de 2019.

⁹ PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo. La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”.

Al no prosperar los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación, se confirmará la sentencia apelada.

7. Costas en esta instancia.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 7 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Carolina Ramos Rendon contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento de Caldas.

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”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 18 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17001-33-39-006-2022-00025-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 094

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandada, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **AURA MARÍA GÓMEZ RIVERA** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandada, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y**

¹ Ley 1437 de 2011.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por la señora **AURA MARÍA GÓMEZ RIVERA** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Augusto Morales Valencia', enclosed within a circular blue stamp or seal.

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 052

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-006-2022-00038-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Nelly Betancur Gómez
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación formulado por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 4963-6 del 05 de octubre de 2021, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 23 de marzo de 2021 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 1724-6 del 09 de abril de 2021 y pagada el 17 de julio de 2021. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió negativamente la petición.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5; Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

Guardó silencio en esta etapa procesal.

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la demandante, para lo cual señaló que, la Secretaría de Educación tiene a su cargo únicamente la recepción y radicación de las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes que pertenecen a la entidad territorial, así como la certificación de los tiempos y el régimen salarial y prestacional, a fin de realizar los proyectos de los actos administrativos y remitirlos a la Fiduprevisora, para su estudio y posterior aprobación, y los actos administrativos que estén en firme y ejecutoriados enviarlos a dicha entidad para su respectivo control y pago.

Que por disposición legal y reglamentaria, la entidad no puede desbordar la competencia funcional atribuida, pues es la Fiduprevisora, como administradora de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la encargada de efectuar el pago de este tipo de prestaciones económicas. Propuso como medio exceptivo:

Propuso como medios exceptivos: *“CUMPLIMIENTO DE TÉRMINOS POR PARTE DE LA ENTIDAD TERRITORIAL”, “BUENA FE” y “PRESCRIPCIÓN”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró la nulidad de la Resolución 4963-6 del 05 de octubre de 2021 y en consecuencia ordenó a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fomag, a cancelar la mora correspondiente a 9 días, esto es entre el 08 de julio y hasta el 16 de julio de 2021; con base en el salario básico devengado en 2021. Además se abstuvo de condenar en costas.

Como fundamento de su decisión señaló que, la demandante solicitó el 23 de marzo de 2021,

el reconocimiento y pago de una cesantía, la cual fue atendida mediante Resolución 1724 – 6 del 09 de abril de 2021, expedida por la Secretaría de Educación Departamental. Que la respuesta fue oportuna, el término de ejecutoria se surtió hasta el 30 de abril de 2021, y el acto administrativo fue remitido a la Fiduprevisora el 03 de mayo de 2021.

Que a su vez, el Fomag realizó el pago el 14 de julio de 2021, incurriendo en mora al haber superado el plazo que disponía para ello. Que además, el plazo previsto por la norma para la remisión de la solicitud de pago, esto es, el acto administrativo definitivo que ordenó el pago de las cesantías a la accionante fue acatado por el ente territorial, por lo que la disposición contenida en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no es aplicable en el presente caso.

4. Recurso de apelación

La Nación – Ministerio de Educación solicitó revocar la sentencia en cuanto a la condena a ella impuesta y en su lugar responsabilizar al ente territorial por los días de mora causados.

Señaló que la decisión apelada no se encuentra ajustada a derecho, pues desconoció lo contenido en el Plan Nacional de Desarrollo Ley 1955 de 2019 y el Decreto 942 del 01 de junio de 2022, ya que a la luz de estas normas debió ser absuelta del presente litigio, ya que no es la responsable por la causación de la mora ni tampoco está obligada a pagar la sanción moratoria por prohibición legal expresa, teniendo en cuenta que la sanción moratoria fue causada con posterioridad al 31 de diciembre del 2019.

Que el incumplimiento de los plazos fijados por la ley obedeció exclusivamente por culpa de la entidad territorial, esto es, la Secretaría de Educación, quien incumplió los términos con los que contaba para remitir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales para pago con destino a la Fiduprevisora, pues este fue emitido el 9 de abril de 2021, sin embargo fue remitido a la Fiduprevisora solo hasta el 20 de mayo de 2021.

Que se presenta falta de legitimación en la causa del Fomag y ausencia del deber de pagar sanciones respecto del 2020 en adelante, como quiera que la Ley 1955 de 2019, trasladó la responsabilidad del pago de la sanción moratoria a la entidad territorial certificada, y así mismo, estableció una prohibición legal de pagar este tipo de indemnizaciones con cargo a los recursos del Fomag; sin perjuicio de ello, estableció un parágrafo transitorio donde indicó que la sanción mora causada al 31 de diciembre de 2019 sería financiada con cargo a los recursos TES y ésta sería asumida por el Fomag.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿Qué entidad debe asumir el pago de dicha sanción moratoria?*

2. Tesis del tribunal

El pago de la sanción moratoria generada por la mora en el pago de las cesantías de la demandante le corresponde asumirla a la Nación - Ministerio de Educación Nacional, por cuanto la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías y su remisión para el pago fueron realizados oportunamente por la Secretaría de Educación.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al marco jurídico sobre el tema; ii) los hechos acreditados; para descender al ii) análisis del caso concreto.

3. Marco jurídico - Entidad obligada al pago de la sanción moratoria

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado¹ sostuvo que: *“será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo”*.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019² y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

ARTÍCULO 57º. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

² Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales? FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, fúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

Por su parte, el Decreto 942 de 2022³ dispuso:

³ Por el cual se modifican algunos artículos de la Sección 3, Capítulo 2, Título 4, Parte 4, Libro 2 del Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación- sobre el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. Gestión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la Entidad Territorial Certificada en Educación deberá gestionar, inmediatamente a través de la plataforma o herramienta tecnológica dispuesta el trámite de pago para que dentro de los términos contenidos en el presente decreto, la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desembolse las sumas reconocidas.

...

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. La Entidad Territorial Certificada en Educación y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán las responsables del pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías, en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los términos previstos para cada una de ellas en los artículos 2.4.4.2.3.2.22 y 2.4.4.2.3.2.27 del presente decreto, así como de los términos aplicables para la notificación y la resolución de recursos de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. La sanción moratoria no afectará los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en caso de presentarse, su pago será responsabilidad de la entidad que la genere.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria.

En el evento en que la sanción por mora resulte imputable a las dos entidades antes enunciadas, ésta deberá calcularse y pagarse de forma proporcional según los días de retraso en el reconocimiento o el pago que corresponda para cada entidad”.

4. Hechos relevantes acreditados

- La actora solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías, el 23 de marzo de 2021.⁴

⁴ F. 19 Archivo digital: 002Demanda.pdf

- Mediante Resolución 1724-6 del 9 de abril de 2021⁵, la Secretaría de Educación de Caldas, en nombre y representación del Fomag, reconoció las cesantías solicitadas por la demandante, la cual fue notificada por correo electrónico el 16 de abril de 2021, quedando ejecutoriada el 30 de abril siguiente⁶.
- Según certificación de pago de cesantía expedido por el BBVA, estas quedaron a disposición de la accionante desde el 14 de julio de 2021.⁷
- La actora el 30 de julio de 2021 solicitó al Fomag el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías,⁸ lo cual fue negado mediante Resolución 4963-6 del 5 de octubre de 2021.⁹

5. Análisis del caso concreto

La Nación - Ministerio de Educación – Fomag en su defensa señala que, la sanción moratoria fue causada con posterioridad al 31 de diciembre de 2019 y por lo tanto debe ser asumida por la entidad territorial; ello con fundamento en el Decreto 942 de 2022 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, que además estableció una prohibición legal de pagar este tipo de indemnizaciones con cargo a los recursos del Fomag. Que además, el incumplimiento de los plazos fijados por la ley obedeció exclusivamente por culpa de la entidad territorial, esto es, la Secretaría de Educación, quien incumplió los términos con los que contaba para remitir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales para pago con destino a la Fiduprevisora.

Al respecto, de las pruebas obrantes en el expediente se logra establecer que, la Secretaría de Educación remitió la Resolución de reconocimiento de las cesantías a la Fiduprevisora, el 3 de mayo de 2021 tal como se menciona en la Resolución 4963-6 del 5 de octubre de 2021¹⁰, a través de la cual la Secretaria de Educación en nombre y representación de la Nación – Fomag negó la solicitud de sanción por mora; esto es, al día hábil siguiente de su ejecutoria y no el 20 de mayo de 2021 como lo señala la apelante sin prueba alguna, pues dicha afirmación solo se fundamenta en unas capturas de pantalla, de las cuales se desconoce el sistema de origen.

Así, a la Nación - Ministerio de Educación – Fomag, le correspondía demostrar adecuadamente que, se presentó un incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial, si su intención era que a esta se le imputara la mora, en los términos previstos en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, circunstancia que no ocurrió.

⁵ F. 19-21 Archivo digital: 002Demanda.pdf y F. 1-5 Archivo digital: 013Anexo.pdf

⁶ F. 31 Archivo digital: 002Demanda.pdf

⁷ F. 22 Archivo digital: 002Demanda.pdf

⁸ F. 23-24 Archivo digital: 002Demanda.pdf

⁹ F. 29-32 Archivo digital: 002Demanda.pdf

¹⁰ FL 2 A.D. 020DocumentosMcpio_REVISAR_FECHA.pdf

De acuerdo con lo expuesto, no se evidencia demora en la Secretaría de Educación territorial en la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fomag.

Lo que se evidencia es una mora imputable a la demandada Nación - Ministerio de Educación – Fomag en los términos del inciso primero del artículo 57 de la de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, pues dejó transcurrir más de 45 días para realizar el pago, contados a partir del día siguiente a la ejecutoria del acto de reconocimiento de las cesantías.

Finalmente, de la lectura integral del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no se puede inferir que se excluyó a la Nación - Ministerio de Educación de la obligación del pago de la sanción moratoria; aunado a que, el parágrafo transitorio¹¹ de dicho artículo lo que contempló fue una autorización al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería a efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del Fomag causadas a diciembre de 2019; sin que por esta razón pueda indicarse que, tácitamente se le excluyó de la obligación de pago de la sanción moratoria causada a partir de enero de 2020.

Lo anterior, no es óbice para que la Nación - Ministerio de Educación adelante las acciones pertinentes frente a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al tenor de lo establecido en el parágrafo del artículo 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 942 de 2022 que establece:

“PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria”.

6. Conclusión

La Nación - Ministerio de Educación sí es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la de la Ley 1955 de 2019.

¹¹ PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo. La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”.

Al no prosperar los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación, se confirmará la sentencia apelada.

7. Costas en esta instancia.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 13 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Nelly Betancur Gómez contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas.

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”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 18 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON 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. 053

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil vientos (2023).

Radicado: 17-001-23-33-000-2022-00071-00
Naturaleza: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
Demandantes: Pedro Ocampo, Arnulfo Cifuentes, Arturo Aguirre Valencia y Edwin Ortiz
Coadyuvante: Dagoberto Galvis Hurtado
Demandados: Departamento de Caldas, Municipio de Marulanda, Departamento del Tolima, Municipio Herveo, Nación - Ministerio de Transporte
Vinculados: Instituto Nacional de Vías – Invias, Agencia Nacional de Infraestructura - Ani.

Se procede a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

I. Antecedentes

1. La demanda

La parte accionante señala que, existe una vía que parte del sitio La Libia en el sector de Cerro Bravo en jurisdicción del municipio de Herveo - Tolima y conduce al poblado El Zancudo, en jurisdicción del municipio de Marulanda - Caldas, a cuya cabecera municipal solo es posible acceder por vías de orden departamental en el norte de Caldas.

Que la población se encuentra en una situación de aislamiento por la topografía de la zona, por lo que se encuentran excluidos de los servicios del Estado, sin inversión en educación, salud, vivienda y provisión de insumos alimentarios, pese a que se trata de un territorio afectado por la violencia y el desplazamiento forzado.

Que para satisfacer sus necesidades, deben salir de sus viviendas en lomo de caballos por un mínimo de tres horas e incluso los adultos mayores prefieren muchas veces hacerlo a pie previniendo una posible caída de los animales, por una jornada de más de cinco horas; que en alguna ocasión algún gobernante incluyó esa vía entre las obras de desarrollo y alcanzó a ejecutar unos metros de placa huella, partiendo desde el centro

poblado; sin embargo, debido a los costos se agotaron pronto los recursos para dar continuidad a la misma.

Que la vía cuenta con unas obras que fueron taponadas con una excavadora enviada desde el municipio de Herveo, sin que tampoco se lograra la misión de habilitar esa vía de 9 kilómetros para el tránsito vehicular hasta la vereda.

Que el “*Rio Perrillo*” que delimita la frontera entre los municipios de Marulanda y Herveo ha causado numerosos socavamientos y uno de ellos se encuentra en el sitio donde se erige el centro poblado; además, la actividad volcánica y el potencial estado de actividad del “*Cerro Bravo*” hacen más gravosa la situación, pues en caso de presentarse una emergencia por posible desastre, los habitantes del poblado podrían quedar atrapados por carencia de una ruta de evacuación o de ingreso de asistencia humanitaria.

Por lo expuesto, solicitan la protección de los derechos al “*goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público*”; “*el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna*”; “*el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente*” y por tanto, se ordene habilitar la vía de acceso, dotando de una infraestructura técnica de placa huella con las respectivas obras y elementos de protección, los 9 kilómetros de vía que se encuentra entre el punto de empalme con la vía nacional y el centro poblado El Zancudo.

2. Informe de las accionadas y vinculadas

2.1. El Instituto Nacional de Vías – Invias

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda señalando que, no ha incurrido en violación alguna de los derechos colectivos alegados, por cuanto no tiene a su cargo la construcción de dicha infraestructura, pues la vía descrita por los actores se encuentra por fuera de la zona de influencia de las carreteras a su cargo.

Que el departamento de Caldas, el municipio de Marulanda – Caldas, el departamento del Tolima y el municipio de Herveo – Tolima, son quienes deben acometer las acciones positivas correspondientes, además de apropiar los recursos necesarios, para el arreglo de la vía de orden terciario.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones: “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DE INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS*”; “*INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD RESPECTO DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS*”; “*CARENCIA DE PRUEBA DE LA VULNERACIÓN O AMENAZA DE DERECHOS COLECTIVOS RESPECTO DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS*”; “*CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO. EN EL PRESENTE CASO, DEL*

DEPARTAMENTO DE CALDAS, EL MUNICIPIO DE HERVEO – TOLIMA, EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y EL MUNICIPIO DE MARULANDA – CALDAS, DENTRO DEL ÁMBITO DE SUS COMPETENCIAS”.

2.2. El Ministerio de Transporte

Indicó que, no existe vulneración de los derechos colectivos por parte de esa entidad, pues brindó respuesta oportuna y de fondo a la parte accionante indicándole que, ciertamente existe, de parte del Gobierno Nacional entidades encargadas de financiar obras de infraestructura vial a cargo de los entes territoriales (municipal o departamental), pero dichos fondos (Sistema General de Regalías SGR, Financiera de Desarrollo Territorial - Findeter) han de ser tramitados para su consecución por estos ante el Departamento Nacional de Planeación Nacional.

Que al ente territorial le corresponde hacer las solicitudes de apropiaciones presupuestales para la construcción de la placa huella solicitada, ya que aparentemente la construcción de esta se ubica en veredas limítrofes entre los departamentos de Caldas y Tolima.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones: *“INEXISTENCIA DE LA VULNERACIÓN A DERECHOS COLECTIVOS”*; *“FALTA DE PRUEBA DE VULNERACIÓN O AMENAZA A DERECHOS COLECTIVOS POR PARTE DE LA ENTIDAD MINISTERIO DE TRANSPORTE”*.

2.3. El Departamento de Caldas

Señaló que, de conformidad con la Ordenanza 230 de 1997 *“Por medio de la cual se adopta la red vial departamental”* y la Resolución 5134 de 2016 del Ministerio de Transporte *“Por la cual se expide la categorización de las vías que conforman el Sistema Nacional de Carreteras o Red Vial Nacional correspondientes al Departamento de Caldas”*, el sector donde se ubica la vía de acceso al centro poblado *El Zancudo*, no es una vía departamental, sino municipal a cargo de los municipio de Herveo - Tolima, y o Marulanda - Caldas, siendo estos los competentes en materia de mitigación del riesgo dentro de su jurisdicción.

Arguyó que, la totalidad de la red vial a cargo corresponde a 1,761 km, de los cuales apenas el 35% se encuentra pavimentado y el 65% está en afirmado, que el 15% corresponde a vías de primer orden, el 33% a vías de segundo orden y el 52% a vías terciarias.

Que la red vial del departamento se encuentra primordialmente construida en afirmado y predominan los tramos en condición regular o mala y que si bien, la totalidad de la red vial recibe mantenimiento periódico y/o rutinario, -aunque no toda la infraestructura

vial ha sido sometida a intervenciones de rehabilitación, mejoramiento o reconstrucción, es inminentemente susceptible a los procesos de inestabilidad de taludes en todo el departamento.

Concluye que, el departamento no es el llamado a garantizar los derechos colectivos presuntamente vulnerados, como tampoco a responder por las pretensiones de la parte actora, debido a que carece de competencia.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones: *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*; *"INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS POR PARTE DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS"*.

2.4. La Agencia Nacional de Infraestructura - Ani

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante, para ello argumentó que, de acuerdo con las funciones que le fueron asignadas, es la encargada de la administración de los contratos de concesión, es decir, de la infraestructura vial concesionada.

Que dentro del marco de lo previsto en el numeral 13 del artículo 3° de la Ley 136 de 1994, se impone a los municipios la función de adelantar todas las labores de mantenimiento vial en los sectores de la vía que lo requieren, razón por la cual, es responsabilidad de los municipios adelantar las gestiones necesarias para lograr el mantenimiento de su infraestructura vial.

Con fundamento en lo anterior propuso la excepción: *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR LA PASIVA DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA"*.

2.5. El Departamento del Tolima

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante, argumentando que dentro de su competencia, no le corresponde la administración, construcción y mantenimiento de la vía que comunica del cruce de empalme de la vía nacional y el centro el poblado *El Zancudo* en el municipio de Marulanda, debido a que se trata de una vía de tercer orden.

Que la construcción o mejoramiento de la vía beneficiaría en términos generales a la comunidad de ambos entes locales, ya que se trataría de una obra que serviría de tránsito para todos los sectores de economía, salud, educación, entre otros.

2.5. El municipio de Herveo y municipio de Marulanda

No emitieron pronunciamiento dentro de la oportunidad procesal pertinente.

3. Audiencia de Pacto

Se celebró el 14 de septiembre de 2022 y se declaró fallida por falta de acuerdo entre las partes.

4. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

4.1 Parte demandante

Señaló que, en el informe de la comisión que adelantó el Invias en el sector, se daba noticia de la magnitud de las obras que se requieren para la habilitación de la vía en cuestión.

Frente al municipio de Marulanda reiteró que, dicho ente territorial ha omitido intervenir en el mantenimiento de la vía del centro el poblado “*El Brasil*” y que conduce al centro el poblado “*El Zancudo*”, pese a que se trata de una comunidad que fue víctima de desplazamiento forzado.

En relación con el municipio de Herveo señaló que, dicha entidad se quedó en el intento de habilitar la vía que los comunica con la carretera nacional, por cuanto la última intervención que hizo a la carretera fue en 2021 cuando sin culminar, ordenó el retiro de la maquinaria amarilla por motivos técnicos.

4.2. Invias

Reiteró que, los 9 kilómetros de vía que se encuentra entre el punto de empalme con la vía nacional y el centro poblado *El Zancudo* no están a cargo de dicho Instituto.

Que en cumplimiento de la prueba decretada por el Despacho, se inspeccionó y diagnosticó el estado actual de ese tramo vial, y se pudo determinar el inventario de las necesidades de la vía; no obstante, hizo énfasis en que se requiere la realización de estudios y diseños por personas idóneas, además de contar con los elementos necesarios a fin de determinar a ciencia ciertas todas las necesidades, alcances y valor de la obra.

4.3. Ministerio de Transporte

Reiteró los argumentos expuestos en su contestación de la demanda e indicó que, la obligación de habilitación de la correspondiente vía de acceso al poblado *El Zancudo*,

corresponde a los municipios de Herveo y Marulanda, debido a que dichas vías de acceso no son del orden nacional ni departamental. Que además, dichas entidades son las responsables de solicitar las apropiaciones presupuestales para la construcción de las obras que demandan los accionantes.

4.4. Ani

Reiteró que no se encuentra a su cargo la infraestructura vial objeto de la demanda, ya que las funciones que le fueron asignadas se encuentran relacionadas con la administración de los contratos de concesión, es decir, de la infraestructura vial concesionada, Que les corresponde a los municipios adelantar todas las labores de mantenimiento vial en los sectores que lo requieren, conforme lo establece el numeral 13 del artículo 3° de la Ley 136 de 1994.

4.5. Departamento de Caldas

Señaló que, el lugar donde se presenta la problemática, no se encuentra dentro de la red vial departamental conforme lo establece la Ordenanza 230 de 1997 y la Resolución 05134 de 2016 del Ministerio de Transporte, siendo esta responsabilidad de los entes municipales que tienen bajo su cargo la mitigación del riesgo dentro de su jurisdicción.

4.6. Municipio de Herveo

Señaló que, no se cumplió con la carga probatoria de demostrar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, pues a pesar de que la vía no se encuentra pavimentada o no tiene una estructura de placa huella, ha sido intervenida a través de su maquinaria amarilla en diferentes vigencias, garantizando la transitabilidad de la misma por parte de la comunidad y de los que habitan en el centro el poblado "*El Zancudo*", de manera que puedan proveerse de sus necesidades básicas.

Aseguró que, las pretensiones de los demandantes son improcedentes en la medida en que, pretenden la ejecución de una obra en placa huella de 9 Kilómetros desde el inicio de la conexión de vía nacional hasta el centro poblado "*El Zancudo*", y el presupuesto requerido para la misma es cuantioso y no se dispone de los recursos necesarios para la ejecución de una obra de tales dimensiones.

Que además, en la vigencia 2023 se encuentra realizando acciones tendientes al mejoramiento, mantenimiento o habilitación de la vía que conduce a la vereda "*El Brasil*" del municipio de Herveo, ejecutando a la fecha 3 kilómetros de la vía aproximadamente.

Por último, manifestó que, ha estado dispuesto a atender las necesidades de la comunidad, sin embargo, las entidades accionadas son herméticas en prestar apoyo en esos casos, a pesar de conocer la situación y la falta de recursos para atender tales necesidades de la comunidad.

4.7. Concepto Ministerio Público

Luego de hacer un recuento de la naturaleza de la acción popular y su procedencia para la protección de los derechos e intereses colectivos señaló que, la prueba documental y los informes allegados, le permitieron concluir que existe vulneración a los derechos colectivos, debido a las condiciones de la vía pública vehicular de orden terciario que conduce al centro poblado “El Zancudo” jurisdicción del municipio de Marulanda - Caldas.

Que por lo tanto, se reúnen los presupuestos para la prosperidad de la acción popular y se estructuran los elementos para declarar la responsabilidad de los municipios accionados, por la vulneración de los derechos colectivos, así como para impartir las órdenes tendientes a la protección de los derechos colectivos.

En consecuencia solicitó que, se acceda parcialmente a las pretensiones de la parte demandante en el sentido de conceder la protección de los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y se imparta las órdenes necesarias con los plazos prudenciales a que hubiere lugar, con base en los informes y demás documentos técnicos incorporados al proceso.

4.8. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

II. Consideraciones

1. Competencia

Teniendo en cuenta que, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce *“de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones y omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas”*¹; además que será competente *“el juez del lugar de ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado a elección del actor popular. Cuando por los hechos*

¹ Artículo 15 Ley 472 de 1998 *“Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”*.

*sean varios los jueces competentes, conocerá a prevención el juez ante el cual se hubiere presentado la demanda”.*²

Por lo tanto, teniendo en cuenta la naturaleza de las entidades demandadas, y el lugar de ocurrencia de los hechos objeto de la presente acción, este Tribunal es competente para conocer el presente medio de control.

2. Problemas jurídicos

De conformidad con la demanda y su contestación, se centran en determinar: *¿Se encuentra acreditada la existencia de una amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, teniendo en cuenta las condiciones de transitabilidad de la vía de acceso al centro poblado o zona rural dispersa de la vereda El Zancudo?*

En caso afirmativo: *¿A qué entidad es imputable la afectación de los derechos colectivos? y ¿Cuáles son las medidas que se deben adoptar para hacer cesar la amenaza o la vulneración de los derechos colectivos?*

3. Primer problema jurídico

3.1. Tesis del Tribunal

Se encuentra acreditada la vulneración a los derechos colectivos al goce del espacio público, a la utilización y defensa de los bienes de uso público, el acceso a la infraestructura pública vial o de transporte terrestre, y a la seguridad y prevención de desastres, debido a las deficientes condiciones de transitabilidad en las que se encuentra la vía de acceso al *área rural dispersa de la vereda “El Zancudo”* en el municipio de Marulanda - Caldas, desde el sitio *“La Libia”* en el sector de Cerro Bravo, pues, es la única vía de acceso.

Para soportar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) el núcleo esencial y alcance de los derechos colectivos invocados; ii) los hechos probados y iii) el análisis del caso concreto.

3.2. La acción popular y alcance de los derechos colectivos invocados

De acuerdo con su definición constitucional - artículo 88 de la Constitución Política- y legal -artículo 2, inciso 2 de la Ley 472 de 1998, las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, vulneración o agravio

² Artículo 16 ibidem.

sobre los derechos e intereses colectivos consagrados por la Constitución y la ley, o para restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Se trata, según lo dispuesto por el artículo 9º de la precitada ley, de acciones que proceden contra toda acción u omisión de las autoridades o particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. Por ende, a la luz de lo dispuesto por los artículos 2º y 9º *ejusdem*, la acción popular se ha calificado como un medio procesal de carácter preventivo, reparativo, correctivo o restitutorio, dependiendo de las particularidades del caso.

La parte demandante invoca como derechos afectados: *“el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público”; “el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna”; “el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsible técnicamente”;* por lo tanto, solicitó se ordene la habilitación de la vía de acceso dotando de una infraestructura técnica de placa huella con las respectivas obras y elementos de protección, los 9 kilómetros de vía que se encuentra entre el punto de empalme con la vía nacional y el centro poblado *“El Zancudo”*.

Dichos derechos tienen la calidad de colectivos, como se describe a continuación:

3.2.1. Derecho al goce del espacio público; la utilización y defensa de los bienes de uso público, y el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

El artículo 82 de la Constitución establece que *“es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular”*. En concordancia con lo anterior, el Decreto 1504 de agosto 4 de 1998, *“Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial”*, sobre el espacio público y su destinación señala en su artículo primero que *“es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo, los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo”*.

Con respecto al concepto de espacio público el artículo 5 de la Ley 9ª de 1989, prevé:

“Artículo 5º Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

“Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, [...], y en general, todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.”

El artículo 674 del Código Civil sobre los bienes públicos y de uso público, señala: “Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio”.

Acerca del uso del espacio público, la Corte Constitucional señaló:

“En cuanto al espacio público, no es cierto que constituya un derecho constitucional fundamental, pues su ubicación dentro del cuerpo de la Carta Política, la relación que guarda con el interés general y el hecho de no ajustarse a ninguno de los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional para tenerlo por fundamental, claramente sugieren la idea de que se trata de un derecho constitucional colectivo y del ambiente, que se desprende de la obligación del Estado colombiano de velar por la integridad del espacio público y su destinación al uso común [...] En principio, el uso del espacio público, en tanto derecho constitucional de carácter colectivo, solamente puede protegerse por vía de acciones populares”³.

Ahora, en ese mismo sentido, es importante resaltar que el **derecho al goce del espacio público** se encuentra en concordancia con el **derecho colectivo de acceso a la infraestructura pública vial o de transporte terrestre**, dado que este se ajusta a la actual situación objeto de debate, razón por la cual, es preciso traer a colación el reciente pronunciamiento que realizó el Consejo de Estado, en el cual señaló:

“La Constitución Política también consagra, entre otros derechos colectivos, el de circular libremente por el territorio nacional; al uso y goce de los bienes de uso público, como la infraestructura dispuesta para el tránsito y la movilidad de las personas, así como la correlativa obligación del Estado de garantizar la integridad del espacio público y su destinación al uso común y a la especial protección del Estado en materia de producción de alimentos.

En tal virtud, es deber de las autoridades impulsar el desarrollo económico y el progreso social, y para ello, ejecutarán las obras públicas correspondientes, entre estas, las relacionadas con el servicio público de transporte, el mantenimiento y la reconstrucción de la infraestructura vial del país.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-537 de 1997. M.P.: Fabio Morón Díaz.

La Ley 105 señala que el Sector Administrativo - Transporte está conformado por el Ministerio de Transporte, sus organismos adscritos o vinculados y la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional. Para el desarrollo de las políticas de transporte, el Sistema Nacional de Transporte está integrado por los organismos anteriormente mencionados y los organismos de tránsito y transporte e infraestructura de transporte de las entidades territoriales y demás dependencias de los sectores central o descentralizado de cualquier orden, que tengan funciones relacionadas con dicha actividad⁴.

De igual forma, dentro de los principios fundamentales del Sistema y el Sector Transporte se destaca el de seguridad de las personas, el cual se erige como una prioridad⁵, así como el de transporte de las personas por medio de vehículos e infraestructuras en condiciones de libertad de acceso, comodidad, calidad y seguridad de los usuarios⁶.

Por consiguiente, el artículo 19 establece que «[c]orresponde a la Nación y a las Entidades Territoriales la construcción y la conservación de todos y cada uno de los componentes de [la infraestructura de transporte de] su propiedad, en los términos establecidos en la presente Ley»". (Se resalta)

3.2.2. Derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente

Se encuentra consagrado en el literal l) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, y está orientado "a precaver desastres y calamidades de origen natural o humano, busca garantizar por vía de la reacción -ex ante- de las autoridades la efectividad de los derechos y bienes jurídicos reconocidos por la Constitución a las comunidades y a las personas y la conservación de las condiciones normales de vida en un territorio⁷"

Por esto demanda de los entes públicos competentes la adopción de las medidas, programas y proyectos que resulten necesarios y adecuados para solucionar de manera efectiva y con criterio de anticipación (y no solo de reacción posterior a los desastres) los problemas que aquejan a la comunidad y que amenazan su bienestar, integridad o tranquilidad y que resultan previsibles y controlables bien por la simple observación de la realidad, bien por medio de la utilización de las ayudas técnicas de las que hoy dispone la Administración Pública.

⁴ Artículo 1º.

⁵ Artículo 2.º, literal e.

⁶ Artículo 3.º.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. 26 de marzo de 2015. Rad.: 15001-23-31-000-2011-00031-01

De ahí que, el Consejo de Estado haya destacado el carácter preventivo de este derecho haciendo énfasis en su vocación de *“evitar la consumación de los distintos tipos de riesgo que asedian al hombre en la actualidad”*⁸. Supone, entonces, una Administración Pública activa, técnica y comprometida con la asunción permanente de sus responsabilidades y con el monitoreo constante de aquellos ámbitos de la vida diaria que están bajo su cargo, como presupuesto de la actuación anticipada o preventiva y también reactiva que instaure como estándar de sus actuaciones. *“Todo ello, lógicamente, en un marco de razonabilidad y de proporcionalidad, pues mal puede suponer la imposición a la Administración de obligaciones imposibles de cumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales”*⁹.

3.3. Los hechos probados

- Invias a través de oficio de octubre de 2022¹⁰, presentó el informe realizado el 15 y 16 de septiembre de 2022 por el profesional de esa entidad -decretado como prueba de oficio- en el que, en cuanto al estado actual de la vía, desde el sitio la *“Libia”* en el sector de Cerro Bravo hasta el centro poblado *“El Brasil”*, en jurisdicción del municipio de Herveo, señaló:

“a. Tramo 1 (K0+000 al K2+300): Este tramo inicial no cuenta con estructuras como cintas o placas huella en el camino.

b. Tramo 2 (K2+300 al K5+000): En este tramo se han construido 498m de cintas y placas artesanales, para un porcentaje del 18% del total del tramo. El estado de estas requiere atención y reparación en algunos tramos, todo con el fin de adaptar las mismas al posible tránsito vehicular futuro. Los principales daños son asentamiento de una cinta respecto a la otra, pérdida superficial de agregados, colapso por asentamiento de la cinta y colapso por falta de refuerzo de acero. Se presenta un tramo de losa continua de 260m en mejores condiciones en buenas condiciones.

c. Tramo 3 (K5+000 al K9+000): En este tramo se han construido 70m de cintas, para un porcentaje del 2% del total del tramo. El estado de estas requiere atención y reparación en algunos tramos, todo con el fin de adaptar las mismas al posible tránsito vehicular futuro. Los principales daños son asentamiento de una cinta respecto a la otra, pérdida superficial de agregados, colapso por asentamiento de la cinta y colapso por falta de refuerzo de acero”.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de mayo de 2013, Rad. No. 15001 23 31 000 2010 01166 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 15 de julio de 2004, Expediente AP 1834; y Sección Primera, Sentencia de 28 de octubre de 2010. M.P. María Elizabeth García González. Rad. 2005-01449-01(AP).

¹⁰ V. archivo *“080InformeInvias”* del expediente digital.

- En el informe aportado por el Invias se adjuntó material fotográfico en donde se evidencia el estado actual de la vía, como el siguiente:







- El municipio de Marulanda presentó varios informes con fecha del 16 de septiembre de 2022¹¹, en los cuales señaló que, dicho municipio no cuenta con un centro poblado denominado “El Zancudo”, pues solamente cuenta con un *área rural dispersa*, la cual se conecta desde el centro el poblado “El Brasil”, a través de una vía tipo 4 (caminos y vías privadas), encontrándose en la jurisdicción de ese municipio; además, la vía que parte desde el sitio denominado “La Libia” en el sector de Cerro Bravo hasta el centro el poblado “El Brasil”, es una vía terciaria, jurisdicción del municipio de Herveyo -Tolima.

Que para 2021 y 2022 no realizó ningún tipo de mantenimiento, mejoramiento o habilitación de la vía que conecta el centro el poblado “El Brasil”, y la zona rural dispersa de la vereda “El Zancudo”, pues para esos caminos veredales el municipio realiza convenios solidarios con las juntas de acción comunal; sin embargo, dichos convenios no se han realizado, debido a que la comunidad no había llevado a cabo la elección de delegados de la junta, actividad que fue realizada solo hasta julio de 2022.

¹¹ V. archivo “075PruebasMunicipioMarulanda” del expediente digital.

En relación con los proyectos de inversión a ser ejecutados en el sitio objeto de debate informó que, la Alcaldía a través de la Secretaría de Planeación y Obras Públicas, tiene contemplado el proyecto de mejoramiento de caminos veredales, el cual se ejecuta con las juntas de acción comunal, llevando a cabo el mantenimiento y rehabilitación de las vías tipo 4 (camino y vías privadas), no obstante, se encuentra a la espera de que la junta de la vereda “*El Zancudo*”, cuente con la documentación requerida para la realización de dicho convenio.

Finalmente señaló que, el municipio firmó en 2020, el convenio interadministrativo 2111-2020 con Invias, en el cual se establecieron presupuestos de obra y de interventoría, lo que le permitió realizar un análisis de costo de la construcción de los 9 kilómetros solicitados por la señora Tulia Elena Hernández, determinando un costo aproximado de \$11.250.000.000, valor que superaría 3 veces el presupuesto anual que el municipio cuenta para su operatividad e intervención; además, tras realizar un análisis de costo de interventoría para la construcción de placa huellas, dedujo como valor real la suma de \$477.903.447. No obstante, reiteró que dicho municipio no puede intervenir sobre la vía en mención ya que esta no se encuentra en su jurisdicción.

- El municipio de Herveo presentó informe del 12 de septiembre de 2022¹², en el cual indicó que, la vía que parte del sitio “*La Libia*” en el sector de Cerro Bravo hasta la Vereda “*El Brasil*”, es una vía terciaria y se encuentra dentro de su jurisdicción.

Que dentro del marco del mantenimiento rutinario a las vías terciarias, el equipo de trabajo y la maquinaria amarilla durante 2020 y 2021, realizó mantenimiento en aproximándose 5 kilómetros de la vía; sin embargo, los mantenimientos se detuvieron debido a que la maquina terminó con graves daños, que ocasionaron su falta de funcionabilidad por varios meses.

Que para 2022, tenía programada la intervención y habilitación de la vía, con el fin de garantizar la transitabilidad de todo tipo de vehículos, animales (caballos, mulas) y personas.

Que la Alcaldía realizará la intervención y habilitación de la vía que de la carretera nacional conduce a la vereda “*El Brasil*”, a través de la maquinaria amarilla de su propiedad, actividad que iniciaría en diciembre de 2022, dado a que la maquinaria nueva fue adquirida por el municipio en reciente proceso contractual.

Indicó que, no existen más vías de acceso a la vereda “*El Brasil*”.

¹² Fls. 1-4 exp. digital, archivo “089AnexoUnoPrueba”

3.4. Análisis del caso concreto

En la demanda se señaló la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, por lo tanto, solicitó se ordene la habilitación de la vía de acceso dotando de una infraestructura técnica de placa huella con las respectivas obras y elementos de protección, los 9 kilómetros de vía que se encuentra entre el punto de empalme con la vía nacional y el centro poblado “El Zancudo”.

De acuerdo con las pruebas recaudadas se encuentra acreditado que, la vía que parte del sitio “La Libia” el sector de Cerro Bravo hasta el centro poblado “El Brasil” en la única vía de acceso; la cual se encuentra en deficientes condiciones de transitabilidad, pues no permite el tránsito en vehículos automotores y que la única forma de poder desplazarse de un lugar a otro es a través de animales de carga o a pie, lo cual se realiza en condiciones de riesgo.

Así, en el informe elaborado por el Invias se evidencia que, los 9 kilómetros a los que hacen referencia los actores populares presentan las siguientes condiciones:

“Tramo 1 (K0+000 al K2+300): Camino con ascenso continuo, con una pendiente promedio de 13%, un ancho aproximado de 4.5m, se observa deficiente manejo de la escorrentía superficial, dado lo anterior se presenta erosión superficial de la rasante lo cual dificulta el tránsito peatonal y en bestia.

Tramo 2 (K2+300 al K5+000): Camino con descenso continuo, con una pendiente promedio de 15%, un ancho aproximado de 4.2m. Dicho tramo es el más pendiente del camino, así como el que tiene la topografía más escarpada. Al igual que el anterior sector, se observa deficiente manejo de la escorrentía superficial, dado lo anterior se presenta erosión superficial de la rasante lo cual dificulta el tránsito peatonal y en bestia.

En dicho tramo se ha construido por parte de la comunidad y los entes territoriales la mayor cantidad de tramos de cintas o huellas, todo con el fin de mejorar las condiciones de este. Tramos de Cintas Artesanales. Se presentan representativos desniveles entre cintas.

En general dichos tramos de cintas artesanales mejoran las condiciones actuales, sin embargo, las mismas deben de ser intervenidas y mejoradas, todo con el fin de poder garantizar un tránsito seguro por parte de los vehículos al momento de una posible apertura al modo vehicular del actual camino. En el presente tramo se observó la necesidad

de la construcción de dos muros reforzados, todo con el fin de restituir el ancho de banca mínimo requerido para un posible futuro tránsito vehicular.

Necesidad de Muro Reforzado K3+100. Con el fin mejorar las condiciones superficiales de camino y en vísperas de que el mismo sea habilitado en un futuro para sea utilizado por vehículo automotor, se proyectaron varios tramos de placas huella.

Necesidad de Muro Reforzado K3+400. En algunos sectores del presente tramo, se tiene la necesidad de hacer remoción de deslizamientos presentados, así como el transporte y conformación de dicho material en un sitio adecuado.

Deslizamiento K3+600. Dadas las condiciones encontradas en el tramo inicial y en el segundo tramo hasta el K4+100, se pudo evidenciar que en su momento existió un trasado geométrico técnicamente diseñado. Cabe aclarar que el tramo posterior, desde el K4+100 hasta el K9+000, solo se ajustó siguiendo el antiguo camino de herradura y la experiencia del operador de la máquina. A la altura del K4+950, se evidencia la necesidad de la construcción de una batea, todo con el fin de mejorar las condiciones de la rasante del sitio.

Tramo 3 (K5+000 al K9+000): *Camino con descenso continuo, con una pendiente promedio de 9%, un ancho aproximado de 4.2m. Dicho tramo es el menos pendiente del camino, con una topografía ondulada y de bajas pendientes. Se evidencia que este último tramo se ubica sobre un es un depósito de arena de gran espesor, con origen posiblemente entre volcánico y aluvial. Dicho material hace que la estabilidad del sector sea muy susceptible a la escorrentía y su poder erosivo. Dadas las anteriores condiciones, se presenta erosión superficial de la rasante lo cual dificulta el tránsito peatonal y en bestia.*

En algunos tramos del camino se evidencia el antiguo corte para la materialización de la carretera vehicular, sin embargo y dado el mal manejo de la escorrentía superficial, la misma desapareció por socavamiento y pérdidas parciales de la banca.

K6+200 Antiguo trasado vehicular. Perdido por falta de manejo de aguas. Con el fin de mejorar las condiciones superficiales de camino y en vísperas de que el mismo sea habilitado en un futuro para sea utilizado por vehículo automotor, se proyectaron varios tramos de placas huella.

Dada la inestabilidad de la capa de arena y material residual, como consecuencia de su falta de consolidación, son evidentes las difíciles condiciones del camino, hecho por el cual se presentan socavamientos significativos y diferencias de nivel en el mismo camino de entre 1.5m y 2m dentro de la sección transversal del mismo.

K5+500 Socavamiento y diferencias significativas en la sección transversal del camino.

K7+200 Socavamiento y diferencias significativas en la sección transversal del camino A la altura del K8+800, se evidencia la necesidad de la construcción de una batea, todo con el fin de mejorar las condiciones de la rasante del sitio. Adicionalmente en el K8+900, se presente la necesidad de la construcción de un puente vehicular, en vísperas de que el actual camino sea habilitado en un futuro para que sea utilizado por vehículo automotor.

K8+900 Se requiere puente vehicular.

En cuanto a las condiciones de riesgo, se indicó:

“La existencia de condiciones de riesgo en dicha vía por movimientos de tierra, erosión o socavamientos por el Río Perrillo”: Se presentan las condiciones de riesgo comunes a los caminos similares como taludes pronunciados en varios sectores, discontinuidad en la rasante por socavamientos sectorizados y cruces de cuerpos de agua sobre el camino”.

Por lo anterior, resulta claro que, por las condiciones en que se encuentra la vía, se afecta la movilidad de los habitantes, lo cual afecta directamente la calidad de vida la comunidad, pues se itera que la única forma para que los usuarios de la vereda se puedan desplazar de un lugar a otro es por medio de animales de carga o a pie.

En cuanto a la parte de la vía que va del centro el poblado “El Brasil” hasta “El Zancudo”, si bien no se encuentra acreditada las específicas condiciones de transitabilidad, sí se encuentra acreditado, conforme al informe suministrado por el municipio de Marulanda que, para 2021 y 2022 no realizó ningún tipo de mantenimiento, mejoramiento o habilitación de la vía, pues, según afirma el municipio, para esos caminos veredales se realiza convenios solidarios con las juntas de acción comunal; sin embargo, dichos convenios no se han realizado, debido a que la comunidad no había llevado a cabo la elección de delegados de la junta, actividad que fue realizada solo hasta julio de 2022.

Que además, respecto de dicha vía, el municipio a través de la Secretaría de Planeación y Obras Públicas tiene contemplado el proyecto de mejoramiento de caminos veredales, el cual se ejecuta con las juntas de acción comunal, llevando a cabo el mantenimiento y rehabilitación de las vías tipo 4 (caminos y vías privadas).

Ahora, pese a que el municipio se encontraba a la espera de la conformación de la elección de delegados de la junta de acción comunal, la cual ya fue realizada, y tiene como proyecto el mejoramiento de la vía, a la fecha no se encuentra acreditado que este ente municipal haya realizado algún tipo de intervención o mejoramiento de la carretera para garantizar su transitabilidad, aun cuando dicha vía corresponde a su jurisdicción;

además, se advierte que, durante el trámite del proceso la entidad demandada ha permanecido silente, excepto cuando se pronunció frente a las pruebas que fueron decretadas de oficio por este Despacho.

Sobre la carga de la prueba, el Consejo de Estado¹³, ha precisado que:

“La Sala considera importante anotar, que la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado. Por el contrario, como se indicó al inicio de estas consideraciones, la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por la parte actora popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba.

*129. La carga de la prueba no se invierte de forma caprichosa sino cuando se presentan especiales condiciones que impiden que el interesado la pueda cumplir, como sucede en los eventos en que la parte contraria se encuentra en una posición más favorable para aportar la prueba o, la carga no se puede satisfacer por razones económicas o técnicas”.*_(Se resalta)

Por lo tanto, si bien, al actor popular le correspondía acreditar los hechos que sustentaron las pretensiones de la demanda y demostrar los supuestos facticos de sus alegaciones, se advierte que, en el caso en particular, el municipio de Marulanda era la parte que se encontraba en una posición más favorable para aportar las pruebas relacionadas con el estado actual de la vía, y las acciones ejecutadas para garantizar la adecuada transitabilidad en el sector de la vía que se encuentra dentro de su jurisdicción.

3.5. Conclusión

Por lo expuesto la Sala concluye que, se encuentra acreditada la vulneración a los derechos colectivos al goce del espacio público, a la utilización y defensa de los bienes de uso público, el acceso a la infraestructura pública vial o de transporte terrestre, y a la seguridad y prevención de desastres, pues en cuanto a la parte de la vía que inicia desde el sitio “La Libia” en el sector de Cerro Bravo hasta el centro poblado “El Brasil”, la vía se encuentra deteriorada y en muy malas condiciones de transitabilidad. Frente al camino que va desde el centro poblado “El Brasil” hasta el área rural dispersa de la vereda “El

¹³ Sentencia de 30 de junio de 2011, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno, exp. 50001-23-31-000-2004-0640-01.

Zancudo”, desde 2021 no se ha realizado ningún tipo de mantenimiento, por lo que no se encuentra en adecuadas condiciones de transitabilidad. Además, es la única vía de acceso, y no es transitable en vehículos automotores, tanto así que la única forma de poder desplazarse de un lugar a otro es a través de animales de carga o a pie.

4. Segundo problema jurídico ¿A qué entidad es imputable la afectación de los derechos colectivos?

4.1. Tesis del Tribunal

La afectación de los derechos colectivos es imputable a los municipios de Herveo - Tolima y Marulanda - Caldas, pues se trata de una vía a su cargo, y si bien el primer ente municipal viene realizando algunas acciones dirigidas a garantizar la transitabilidad vehicular de la vía, que inicia desde el sitio “La Libia” hasta el centro poblado “El Brasil”, a la fecha no se encuentra acreditada que se haya superado la situación que genera la vulneración; en cuanto al segundo ente municipal, aunque afirmó tener proyectada la intervención del camino que parte desde el centro el poblado “El Brasil” hasta el área rural dispersa de la vereda “El zancudo”, no demostró que a la fecha haya ejecutado las acciones relacionadas con su mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación.

Para soportar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) obligaciones de las autoridades en materia de conservación, mantenimiento y mejoramiento de las vías; ii) los hechos probados y iii) el análisis del caso concreto

4.2. Obligaciones de las autoridades en materia de conservación, mantenimiento y mejoramiento de las vías

La Ley 105 de 1993¹⁴ definió las competencias la infraestructura de transporte, así:

“Artículo 19º.- Construcción y conservación. Corresponde a la Nación y a las Entidades Territoriales la construcción y la conservación de todos y cada uno de los componentes de su propiedad, en los términos establecidos en la presente Ley.

Artículo 20º.- Planeación e identificación de propiedades de la infraestructura de transporte. Corresponde al Ministerio de Transporte, a las entidades del Orden Nacional con responsabilidad en la infraestructura de transporte y a las Entidades Territoriales, la planeación de su respectiva infraestructura de transporte, determinando las prioridades para su conservación y construcción.

¹⁴ “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”.

Para estos efectos, la Nación y las Entidades Territoriales harán las apropiaciones presupuestales con recursos propios y con aquellos que determine esta Ley.”

La Ley 1682 de 2013¹⁵, define el concepto “infraestructura del transporte” así:

“Artículo 2o. La infraestructura del transporte es un sistema de movilidad integrado por un conjunto de bienes tangibles, intangibles y aquellos que se encuentren relacionados con este, el cual está bajo la vigilancia y control del Estado, y se organiza de manera estable para permitir el traslado de las personas, los bienes y los servicios, el acceso y la integración de las diferentes zonas del país y que propende por el crecimiento, competitividad y mejora de la calidad de la vida de los ciudadanos”.

El artículo 5 ibidem reitera que las acciones de planificación, ejecución, mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación de los proyectos y obras de infraestructura del transporte, además de materializar el interés general y fomentar el desarrollo y crecimiento económico del país, constituye una función pública que se ejerce a través de las entidades y organismos competentes del orden nacional, departamental, municipal o distrital, directamente o con la participación de los particulares.

Además, dispone en su artículo 6º que: *“La infraestructura del transporte en Colombia deberá tener en cuenta las normas de accesibilidad a los modos de transporte de la población en general y en especial de las personas con discapacidad, así como el desarrollo urbano integral y sostenible. Lo anterior, sin perjuicio de las exigencias técnicas pertinentes para cada caso”.*

Así las cosas, no hay duda sobre la obligación constitucional y legal que le asiste al Estado para brindar protección a los bienes de uso público, tales como vías, calles, calzadas, separadores, carriles, entre otros, los cuales constituyen el espacio público y por tanto, el Estado tiene la obligación de resguardar y preservar su cabal funcionamiento y uso común.

Frente a la categorización de la red vial, la Ley 1228 de 2008¹⁶ estableció:

Artículo 1º. *Para efectos de la aplicación de la presente ley, las vías que conforman el Sistema Nacional de Carreteras o Red Vial Nacional se denominan arteriales o de primer orden, intermunicipales o de segundo orden y veredales o de tercer orden. Estas categorías podrán corresponder a carreteras a cargo de la Nación, los departamentos, los distritos*

¹⁵ “Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias [...]. Artículo 1o. Las disposiciones de la presente ley se aplicarán a la infraestructura del transporte”.

¹⁶ “Por la cual se determinan las fajas mínimas de retiro obligatorio o áreas de exclusión, para las carreteras del sistema vial nacional, se crea el Sistema Integral Nacional de Información de Carreteras y se dictan otras disposiciones”

especiales y los municipios. El Ministerio de Transporte será la autoridad que mediante criterios técnicos, determine a qué categoría pertenecen.

En cuanto a la competencia específica de los municipios: la Ley 105 de 1993¹⁷, en cuanto a los municipios señaló:

ARTÍCULO 17.- Integración de la infraestructura distrital y municipal de transporte. Hace parte de la infraestructura Distrital Municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas y aquellas que sean propiedad del Municipio, las instalaciones portuarias fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, de acuerdo con la participación que tengan los municipios en las sociedades portuarias y aeroportuarias, en la medida que sean de su propiedad o cuando estos le sean transferidos.

El artículo 1 del Decreto 1504 de 1998, señala la obligación del Estado, y determina la competencia de los municipios, así: *“Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo, los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo”.*

Por su parte, la Ley 1551 de 2012¹⁸ que en su artículo 6¹⁹ referente a las funciones de los municipios, establece en el numeral 3 la de: *“Promover el desarrollo de su territorio y construir las obras que demande el progreso municipal. Para lo anterior deben tenerse en cuenta, entre otros: los planes de vida de los pueblos y comunidades indígenas y los planes de desarrollo comunal que tengan los respectivos organismos de acción comunal”.* Además, en materia vial, en el numeral 23 señaló que, los municipios tendrán a su cargo la construcción y mantenimiento de vías urbanas y rurales del rango municipal; competencia que también es ratificada por el artículo 76.4.1 de la Ley 715 de 2001²⁰, en el cual se establece:

76.4.1. Construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias, fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, en la medida que sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos directa o indirectamente. Las vías urbanas que forman parte de las carreteras nacionales seguirán a cargo de la Nación.

¹⁷ *“Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”.*

¹⁸ *“Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.*

¹⁹ Modifica el artículo 3 de la Ley 136 de 1994.

²⁰ *“Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones...”.*

En cuanto a la competencia de los departamentos: la Ley 105 de 1993²¹, estableció:

“ARTÍCULO 16.- Integración de la infraestructura de transporte a cargo de los departamentos. Hacen parte de la infraestructura Departamental de Transporte, las vías que hoy son de propiedad de los Departamentos; las que son hoy responsabilidad de la Nación - Fondo Vial Nacional o del Fondo Nacional de Caminos Vecinales - y que el Gobierno Nacional en cumplimiento de lo ordenado en esta Ley, les traspase mediante convenio a los departamentos, al igual que aquellas que en el futuro sean departamentales, las que comunican entre sí dos cabeceras municipales, así como la porción territorial correspondiente de las vías interdepartamentales que no sean parte de la red Nacional; al igual que los puertos y muelles fluviales y los aeropuertos, en la medida que sean de su propiedad o que le sean transferidos. Para el cumplimiento del programa de transferencia de las vías de la Nación a los Departamentos, el Ministerio de Transporte elaborará un plan gradual de transferencia de vías, de tecnología y de recursos económicos, apropiados por el Fondo de Cofinanciación de Vías creado por esta Ley, de tal forma que ello les permita una eficaz administración, conservación y rehabilitación de las carreteras que reciban.

La Nación no podrá entregar responsabilidades sin la definición, apropiación o giro de los recursos necesarios. Mientras se hace la entrega, la responsabilidad del mantenimiento la tendrá la Nación. Los Departamentos y los Distritos podrán limitar el monto en mantenimiento de estas carreras, a los recursos que para tal fin reciban del citado Fondo”.

En cuanto a la competencia del Invias: los artículos 1° y 2° del Decreto 2618 de 20 de noviembre de 2013, establecieron su objeto y sus funciones, refiriendo que en materia vial a dicho instituto le compete: *“la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima, de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Transporte”*, además dentro de sus funciones se encuentran las siguientes:

“Artículo 2°. Funciones del Instituto Nacional de Vías (Invias). Para el cumplimiento de sus objetivos el Instituto Nacional de Vías (Invias) desarrollará las siguientes funciones generales:

...

2.2 Elaborar conjuntamente con el Ministerio de Transporte los planes, programas y proyectos tendientes a la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencias, y demás obras que requiera la infraestructura de su competencia.

²¹ *“Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”.*

(...)

2.4 Adelantar investigaciones, estudios, y supervisar la ejecución de las obras de su competencia conforme a los planes y prioridades nacionales.

(...)

2.13 Definir las características técnicas de la demarcación y señalización de la infraestructura de transporte de su competencia, así como las normas que deberán aplicarse para su uso”.

En cuanto a la competencia del Ministerio de Transporte: se tiene que, su objetivo principal es la formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y regulación económica en materia de transporte, tránsito e infraestructura de los modos de transporte carretero, marítimo, fluvial, férreo y aéreo y la regulación técnica en materia de transporte y tránsito de los modos carretero, marítimo, fluvial y férreo, conforme lo establece el artículo 1 del Decreto 87 de 2011.

Además, la Ley 1228 de 2008²², dispuso:

Artículo 1°. Para efectos de la aplicación de la presente ley, las vías que conforman el Sistema Nacional de Carreteras o Red Vial Nacional se denominan arteriales o de primer orden, intermunicipales o de segundo orden y veredales o de tercer orden. Estas categorías podrán corresponder a carreteras a cargo de la Nación, los departamentos, los distritos especiales y los municipios. El Ministerio de Transporte será la autoridad que mediante criterios técnicos, determine a qué categoría pertenecen. (Se resalta)

En cuanto a la competencia de la Agencia Nacional de Infraestructura – Ani: dicha entidad es la encargada de la administración de los contratos de concesión de infraestructura de transporte en asociaciones público- privadas, conforme lo establece el artículo 13 del Decreto 4165 de 2011²³, a su vez, estableció entre otras funciones generales de la entidad, las siguientes:

“ARTÍCULO 4°. Funciones generales. Como consecuencia del cambio de naturaleza, son funciones generales de la Agencia Nacional de Infraestructura:

(...)

12. Evaluar y hacer seguimiento a los riesgos contractuales e institucionales y proponer e implementar medidas para su manejo y mitigación.

(...)

²² “Por la cual se determinan las fajas mínimas de retiro obligatorio o áreas de exclusión, para las carreteras del sistema vial nacional, se crea el Sistema Integral Nacional de Información de Carreteras y se dictan otras disposiciones”

²³ Por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones (INCO).

16. *Supervisar, evaluar y controlar el cumplimiento de la normatividad técnica en los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público-Privada a su cargo, de acuerdo con las condiciones contractuales.*

(...)

18. *Asesorar a las entidades descentralizadas, territorialmente o por servicios y a las entidades nacionales, en la estructuración técnica, legal y financiera de proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada, para lo cual se suscribirán los convenios y contratos que sean necesarios”.*

4.3. Hechos relevantes acreditados

- El departamento de Caldas través de oficio del 11 de octubre de 2022 informó que, de conformidad la Resolución 5134 del 30 de noviembre de 2016, *“Por la cual se expide la categorización de las vías que conforman el Sistema Nacional de Carreteras o Red Vial Nacional correspondientes al Departamento de Caldas”,* la vía que parte del sitio *“La Libia”* en el sector de Cerro Bravo hasta el centro poblado *“El Zancudo”*, no hace parte de la red a su cargo.²⁴

- El departamento del Tolima a través de oficio del 12 de octubre de 2022 informó que, según Decreto 0117 del 28 de enero de 2022 *“por el cual se actualiza la clasificación de las vías en el territorio del Departamento del Tolima”,* la vía que parte del sitio *“La Libia”* en el sector de Cerro Bravo hasta el centro poblado *“El Brasil”* y desde este al centro poblado *“El Zancudo”*, son vías que no se encuentran a cargo de la Gobernación del Tolima; además precisó que, la primera es una vía terciaria del municipio de Herveo.²⁵

- Invias informó que la vía en cuestión no se encuentra registrada en el inventario nacional de vías²⁶, y que, los días 15 y 16 de septiembre de 2022, realizó visita a la vía, en donde evidenció diferentes necesidades, tales como: deficiente manejo de la escorrentía superficial, socavación sobre la rasante del camino, socavamiento y diferencias significativas en la sección transversal del camino, desniveles entre cintas. Así mismo, señaló que, se requiere la construcción de dos muros reforzados en unos puntos específicos, todo con el fin de restituir el ancho de banca mínimo requerido para un posible futuro tránsito vehicular, proyección de varios tramos de placa huella, remoción de deslizamientos que se presentaron, así como el transporte y conformación de dicho material en un sitio adecuado, construcción de una batea, todo con el fin de mejorar las condiciones de la rasante del sitio y por último la construcción de un puente vehicular²⁷.

²⁴ Fls. 1-3 exp. digital, archivo *“081ContestacionRequerimientoDepartamentoCaldas”* y *“022ContestacionDepartamentoCaldas”*

²⁵ Fls 1-3 exp. digital, archivo *“085ContestacionRequerimientoDepartamentoTolima”*

²⁶ Fls. 10 exp. digital, archivo *“018ContestacionInvias”*

²⁷ Fls. 2- 9 exp. digital, archivo *“080InformeInvias- 3.- Informe visual La Libia - El Brasil”*

- En cuanto a las acciones adelantadas por el municipio de Herveo en la vigencia de 2023 se encuentra realizando acciones relacionadas con el mantenimiento, mejoramiento o habilitación de la vía que conduce a la vereda “El Brasil”, pues dentro del marco de mantenimiento rutinario a las vías terciarias, dispuso de su maquinaria amarilla, la cual hace presencia actualmente en la vía que parte del sitio “La Libia” en el sector de Cerro Bravo hasta la Vereda “El Brasil”, ejecutando a la fecha 3 kilómetros aproximadamente²⁸.

- En cuanto al municipio de Marulanda se tiene que, para 2021 y 2022 no realizó acciones tendientes al mejoramiento, mantenimiento o habilitación del camino que conecta el centro del poblado “El Brasil” y el área rural dispersa de la vereda “El Zancudo”, pues según la demandada para ese tipo de caminos realiza convenios con la Junta de Acción Comunal; sin embargo, los mismos no se materializaron por cuanto no se había llevado a cabo la elección de delegados de la junta, actividad que se efectuó solo hasta julio de 2022²⁹.

4.4. Análisis sustancial del caso concreto

Conforme al marco jurídico previamente expuesto es claro que, de conformidad con el numeral 23 del artículo 3 de la Ley 1551 de 2012 y el artículo 76.4.1 de la Ley 715 de 2001, los municipios tienen a su cargo las acciones de planificación, ejecución, mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación de vías urbanas y rurales del rango municipal y están a cargo de la Nación, las vías urbanas que formen parte de las carreteras nacionales, y del Departamento las que sean departamentales.

De acuerdo con las pruebas recaudadas se encuentra acreditado que, la vía que parte del sitio “La Libia” en el sector de Cerro Bravo hasta el centro poblado “El Brasil” es una vía terciaria del municipio de Herveo - Tolima³⁰ y que la vía que conduce desde este centro poblado a la zona rural dispersa de la vereda “El Zancudo”, es un camino veredal, en jurisdicción del municipio de Marulanda - Caldas.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la naturaleza de la vía objeto de debate y su ubicación, es claro que a los municipios de Herveo - Tolima y Marulanda - Caldas, les corresponden las acciones de planificación, ejecución, mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación de la infraestructura vial señalada, cada uno dentro de los límites de su jurisdicción.

Ahora, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones a cargo de los municipios, se encuentra acreditado además que, el municipio de Herveo a la fecha viene realizando

²⁸ Fls. 1-14 exp. digital, archivo “113AnexoMunicipioHerveo”

²⁹ Fl. 1 exp. digital, archivo “075PruebasMunicipioMarulanda - inf. prueba 1.”

³⁰ Fls 1-3 exp. digital, archivo “085ContestacionRequerimientoDepartamentoTolima”

algunas acciones dirigidas a llevar a cabo la habilitación y transitabilidad de la vía que inicia desde el sitio “*La Libia*” en el sector de Cerro Bravo hasta el centro poblado “*El Brasil*”; sin embargo, el cumplimiento de las funciones a cargo del ente municipal solo han sido de manera parcial, pues como lo argumentó en sus alegatos de conclusión, hasta el momento solo ha intervenido los 3 primeros kilómetros, de los 9 que se requiere para garantizar la adecuada transitabilidad de la vía.

En cuanto al municipio de Marulanda está acreditado que, respecto de la vía que parte del centro el poblado “*El Brasil*”, hasta el “*área rural dispersa*”³¹ “*El Zancudo*”³², viene realizando a través de la Secretaría de Planeación y Obras Públicas, el proyecto de mejoramiento de caminos veredales, que se ejecuta a través de convenios con la Junta de Acción Comunal³³. No obstante, el ente municipal no demostró que se hayan ejecutado las obras de mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación de dicho camino.

Por otra parte, de acuerdo con las competencias asignadas por la ley a los departamentos, al Invias, al Ministerio de Transporte y a la Ani, así como la categoría y ubicación de la vía objeto de esta acción, no se evidencia un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, pues se trata de una vía de tercer orden que no se está dentro del inventario nacional de vías y de la red vial de los departamentos y por tanto no le son imputables las causas de la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda.

4.5. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto se concluye que, la afectación de los derechos colectivos al goce del espacio público, a la utilización y defensa de los bienes de uso público, el acceso a la infraestructura pública vial o de transporte terrestre, y a la seguridad y prevención de desastres, es imputable a los municipios de Herveo - Tolima y Marulanda - Caldas, pues se trata de una vía dentro de su jurisdicción, y por tanto les corresponde ejecutar las acciones relacionadas con su mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación.

Si bien el primer ente municipal viene realizando algunas acciones dirigidas a garantizar la transitabilidad de vehículos en la parte de la vía que inicia desde el sitio “*La Libia*” hasta el centro poblado “*El Brasil*”, hasta el momento solo ha intervenido los 3 primeros kilómetros de la vía, de los 9 que le corresponde, sin que se encuentre acreditado que a la fecha se haya superado la situación que genera la vulneración.

³¹ Área que está fuera del perímetro urbano de la cabecera municipal y se caracteriza por la disposición dispersa de viviendas y explotaciones agropecuarias existentes en ella.

³² Fl. 1 exp. digital, archivo “075PruebasMunicipioMarulanda - Certificación 1.”

³³ Fl. 1 exp. digital, archivo “inf. prueba 2.”

En cuanto al segundo ente municipal, aunque afirmó tener proyectada la intervención del camino veredal que parte desde el centro el poblado “El Brasil” hasta la zona rural dispersa de la vereda “El zancudo”, no demostró que a la fecha haya ejecutado las acciones relacionadas con su mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación.

Por otra parte, respecto a las demás entidades demandadas, no se evidencia un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, y por tanto no le son imputables las causas de la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda; en consecuencia, frente a ellas se declararán probadas las excepciones planteadas en tal sentido.

Por lo tanto, se declarará que, la vulneración a los derechos colectivos al goce del espacio público, a la utilización y defensa de los bienes de uso público, el acceso a la infraestructura pública vial o de transporte terrestre, y a la seguridad y prevención de desastres, debido a las deficientes condiciones de transitabilidad que presenta la vía imputable a los municipios de Herveo - Tolima y Marulanda – Caldas, por cuanto han omitido ejecutar las acciones relacionadas con el mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación de esa vía.

5. Tercer problema jurídico: *¿Qué medidas que se deben adoptar para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos?*

Invias a través de informe de comisión realizado el 15 de septiembre de 2022³⁴, realizó inspección al tramo de camino comprendido entre “La Albania” y “El Brasil”, en la cual identificó las siguientes necesidades de la vía:

1. *“Se requiere programar un tiempo significativo de máquina, todo con el fin de recuperar la rasante para que esta quede nivelada en su sección transversal. La máquina que se puede utilizar es un retrocargador. Dentro del presupuesto se tasa un presupuesto aproximado de dicha actividad en Horas Máquina.*
2. *Adicionalmente se requiere mejorar la superficie actual de la vía mediante la extensión y compactación de material granular tipo afirmado, todo con el fin de mejorar las características superficiales del tramo y garantizar un tránsito vehicular seguro. Dicha actividad está tasada en el presupuesto mediante el ítem Mantenimiento Periódico.*
3. *Posteriormente y con le (sic) fin de amortiguar las fuertes pendientes de algunos tramos del camino, se requiere la construcción de aproximadamente 2160m de placas huella. Dicha actividad esta tasada en el presupuesto mediante el ítem respectivo. Cabe aclarar que dentro*

³⁴ Fls. 3-6 exp. digital, archivo “080InformeInvias - 1.- Comisión 15-16Sep”

de esta actividad se tasa un presupuesto para el sobreacarreo del material granular desde la vía nacional hasta el centro de gravedad del camino, todo con el fin de que, solamente ante la imposibilidad de transporta el material en volqueta hasta el sitio de cada obra, sea necesario transportarlo en camioneta.

4. Con el fin de garantizar la estabilidad de las placas huellas y el camino en general, se requiere la construcción de por lo menos 43 alcantarillas. Dicha actividad esta tasada en el presupuesto mediante el ítem respectivo. Cabe aclarar que dentro de esta actividad se tasa un presupuesto para el sobreacarreo del material granular desde la vía nacional hasta el centro de gravedad del camino, todo con el fin de que, solamente ante la imposibilidad de transporta el material en volqueta hasta el sitio de cada obra, sea necesario transportarlo en camioneta.

5. Se requiere el retiro de deslizamientos que se han depositado sobre la banca del camino, todo con el fin de ampliar la misma y garantizar el ancho requerido para el posible tránsito vehicular.

6. Adicionalmente se requiere la construcción de obras adicionales como 2 muros reforzados, y dos bateas. Dichas actividades están tasadas en el presupuesto mediante el ítem respectivo. Cabe aclarar que dentro de esta actividad se tasa un presupuesto para el sobreacarreo del material granular desde la vía nacional hasta el centro de gravedad del camino, todo con el fin de que, solamente ante la imposibilidad de transporta el material en volqueta hasta el sitio de cada obra, sea necesario transportarlo en camioneta.

7. Adicionalmente se requiere la construcción de un puente vehicular, el cual dada la complejidad de la cimentación que debe de tener el mismo, sumado a las características de la capa donde este se debe de cimentar, se requiere de unos estudios y diseños fase tres, que permitan explorar mediante perforaciones el terreno y de esta manera diseñar la infraestructura requerida”³⁵.

En dicho informe se precisa además que, para establecer las soluciones requeridas con el fin de lograr la transitabilidad de la comunidad, así como el paso de vehículos, se requiere realizar estudios y diseños adelantados por un consultor especializado en la materia; así como tener en cuenta las licencias ambientales y permisos, así como los estudios de impacto ambiental, que puedan requerirse para poder adelantar las obras en el sector.

Cabe destacar que, como se advirtió en el acápite precedente, son los municipios aquí accionados las entidades encargadas de realizar el respectivo mantenimiento,

³⁵ Fls. 11-12 exp. digital, archivo “080InformeInvias- 3.- Informe visual La Libia - El Brasil”

mejoramiento y reparación de la vía deprecada por los actores populares, sin que puedan exponer criterios únicamente presupuestales para desatender las obligaciones que al respecto les atañen.

En tal sentido, el Consejo de Estado³⁶ frente a la falta de disponibilidad para la realización de obras por parte de las entidades que vulneren los derechos colectivos, ha señalado que no enerva el mecanismo de la acción popular ante la demostrada vulneración de los derechos, sin embargo, lo procedente es que por parte del Juez se prevenga a la autoridad accionada para que adelante todas las gestiones, administrativas, presupuestales y financieras necesarias para la realización de las obras que se requieran; al respecto indicó que:

“Ante la falta de disponibilidad presupuestal, lo procedente es que el juzgador prevenga a las autoridades para que adelanten las gestiones, de todo orden, en especial, administrativas, financieras y presupuestales, tendientes a obtener los recursos necesarios para la materialización de la solución, esto es, la realización de las respectivas obras, en un tiempo razonable y sin dilaciones injustificadas.

La Sala reitera el criterio en el sentido que demostrada la vulneración o amenaza de los derechos e interés colectivos cuyo amparo definitivo implica la realización de obras de infraestructura, la falta de disponibilidad presupuestal no enerva la acción popular”.

Así las cosas, la Sala considera necesario ordenar:

- Al municipio de Herveo que realice las gestiones y actuaciones administrativas y presupuestales necesarias para obtener recursos económicos con el fin de, realizar los estudios y diseños para determinar las obras que se requieren en la vía que inicia desde el sitio “La Libia” en el sector de Cerro Bravo hasta el centro poblado “El Brasil”, con el fin de permitir el paso de vehículos en condiciones adecuadas y seguras.

Para adelantar las anteriores actividades, el municipio de Herveo tendrá el plazo máximo de nueve (9) meses, los cuales serán contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

Una vez se lleve a cabo dicho trámite, el municipio de Herveo deberá realizar las actuaciones administrativas y presupuestales necesarias para obtener recursos económicos, para la ejecución de las obras que se requieren conforme a los estudios y diseños realizados. Para ello la entidad municipal tendrá un término de seis (6) meses.

³⁶ H. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Quinta Especial de Decisión. Consejo Ponente: Milton Chaves García. Radicación número: 73001-33-31-004-2008-00006-01. 04 de junio de 2019.

Realizada la anterior actuación y obtenidas las licencias y permisos pertinentes, el municipio de Herveo deberá iniciar la ejecución de las obras requeridas, las cuales deberán culminarse en el plazo máximo de dieciocho (18) meses.

-El municipio de Marulanda realice las obras de mantenimiento que se requieren en la vía que parte desde el centro poblado "El Brasil" hasta el centro poblado o zona rural dispersa de la vereda "El Zancudo".

Para adelantar la anterior actuación, el municipio de Marulanda tendrá el término máximo de seis (6) meses, los cuales serán contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

No hay lugar a ordenar que toda la vía sea construida en placa huella, como lo pretende los demandantes, ya que no existen pruebas suficientes para determinar la necesidad de la misma.

6. Costas

De conformidad con el artículo 38 de la Ley 472 de 1998 en armonía con la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo M. P. Rocío Araújo Oñate del 6 de agosto 2019, radicación: 15001-33-33-007-2017-00036-01, no se impondrá condena en costas, en atención a la prosperidad tan solo parcial de las pretensiones de la parte demandante y que no se evidencia que esta hubiese incurrido en gastos en la formulación del presente medio de control.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones tituladas : *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DE INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS"*; *"INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD RESPECTO DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS"*; *"CARENCIA DE PRUEBA DE LA VULNERACIÓN O AMENAZA DE DERECHOS COLECTIVOS RESPECTO DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS"*; propuestas por el Invias; *"FALTA DE PRUEBA DE VULNERACIÓN O AMENAZA A DERECHOS COLECTIVOS"* propuesta por el Ministerio de Transporte; *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*; *"INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS POR PARTE DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS"* propuestas por el Departamento de Caldas y *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"* propuestas por la Ani y de oficio las de *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"* E *"INEXISTENCIA DE*

VULNERACIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS” por parte del Departamento del Tolima. Declarar no probadas las demás excepciones formuladas.

SEGUNDO: DECLARAR vulnerados los derechos colectivos “*al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público*”; “*el acceso a la infraestructura pública vial o de transporte terrestre*”, y “*a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente*”, debido a las deficientes condiciones de transitabilidad que presenta la vía que conduce al centro poblado o la zona rural dispersa de la vereda “*El Zancudo*” en el municipio de Marulanda - Caldas, desde el sitio “*La Libia*” en el sector de Cerro Bravo, lo cual es imputable a los municipios de Herveo - Tolima y Marulanda – Caldas, por cuanto han omitido ejecutar las acciones relacionadas con su mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación.

TERCERO: En consecuencia, **SE ORDENA** al municipio de Herveo - Tolima que, realice las gestiones y actuaciones administrativas y presupuestales necesarias para obtener recursos económicos con el fin de, realizar los estudios y diseños para determinar las obras que se requieren en la vía que inicia desde el sitio “*La Libia*” en el sector de Cerro Bravo hasta el centro poblado “*El Brasil*”, con el fin de permitir el paso de vehículos en condiciones adecuadas y seguras. Para adelantar las anteriores actividades, el municipio de Herveo tendrá el plazo máximo de nueve (9) meses, los cuales serán contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

Una vez se lleve a cabo dicho trámite, el municipio de Herveo deberá realizar las actuaciones administrativas y presupuestales necesarias para obtener recursos económicos, para la ejecución de las obras que se requieren conforme a los estudios y diseños realizados. Para ello la entidad municipal tendrá un término de seis (6) meses.

Realizada la anterior actuación y obtenidas las licencias y permisos pertinentes, el municipio de Herveo deberá iniciar la ejecución de las obras requeridas, las cuales deberán culminarse en el plazo máximo de dieciocho (18) meses.

CUARTO: SE ORDENA al municipio de Marulanda - Caldas, que dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, realice las obras de mantenimiento que se requieren en la vía que parte desde el centro poblado “*El Brasil*” hasta la zona rural dispersa de la vereda “*El Zancudo*”.

QUINTO: Se niegan las demás pretensiones de la parte demandante.

SEXTO: Sin condena en costas.

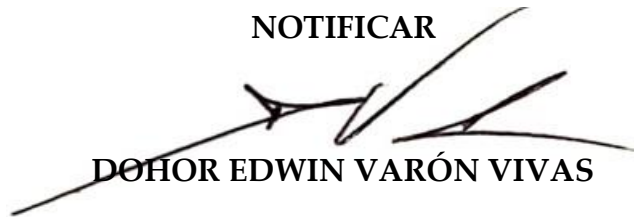
SÉPTIMO: Conformar un Comité para la verificación del cumplimiento de las órdenes dadas en esta sentencia, el cual será integrado por el Magistrado Ponente, quien lo presidirá, el Personero del municipio de Herveo -Tolima, el Personero del municipio de Marulanda, Caldas, los demandantes y el señor Procurador Judicial.

OCTAVO: Para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998, por la Secretaría del Tribunal, se enviará copia de la demanda, del auto admisorio y del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia archívense las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema justicia siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 18 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON 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. 044

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-001-2022-00096-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Juan Sebastián Ocampo Restrepo
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

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

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 5120-6 del 13 de octubre de 2021, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a las demandadas pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 29 de abril de 2021 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 2078-6 del 11 de mayo de 2021 y pagada el 6 de marzo de 2022. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió negativamente la petición.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5; Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

Se opuso a las pretensiones de la demandante para lo cual señaló que, la demora en el pago de las cesantías es causada por el actuar de la entidad territorial. Frente a la condena por concepto de costas y agencias en derecho, solicitó sea exonerada por cuanto ha actuado conforme a los mandatos legales y jurisprudenciales vigentes.

Propuso las excepciones: *“PAGO DE LAS CESANTÍAS SE ENTIENDE SATISFECHO EN EL MOMENTO EN QUE SE PRODUCE EL ABONO EN LA CUENTA, INDEPENDIEMENTE DEL MOMENTO EN QUE ESTA EL VALOR SE RETIRE POR EL TITULAR DEL DERECHO”*; *“DEBIDO A LA INEXISTENCIA DE MORATORIA, CON CORTE A 31 DE DICIEMBRE DE 2019, DEBE OPERAR LA DESVINCULACIÓN DEL PROCESO DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO”*; *“INEXISTENCIA ACTUAL DE LA OBLIGACIÓN EN CABEZA DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO, Y A FAVOR DEL DEMANDANTE. // AUSENCIA ACTUAL DE OBJETO LITIGIOSO, FRENTE A MIS REPRESENTADAS, POR PAGO DE LA OBLIGACIÓN. // COBRO DE LO NO DEBIDO, FRENTE A MIS REPRESENTADAS, PORQUE LA MORATORIA SE GENERÓ EN 2020”*; *“AUSENCIA ACTUAL DE PRESUPUESTOS MATERIALES”*; *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO, PARA ASUMIR DECLARACIONES Y CONDENAS POR SANCIÓN MORA, POSTERIORES AL 31 DE DICIEMBRE DE 2019”*; *LEGITIMACIÓN EXCLUSIVA EN LA CAUSA POR PASIVA DEL ENTE TERRITORIAL, PARA ASUMIR DECLARACIONES Y CONDENAS, DERIVADAS DE SANCIÓN MORATORIA GENERADAS DESDE EL 01 DE ENERO DE 2020”*; *“SANCIÓN MORATORIA CAUSADA EN VIGENCIA DEL AÑO 2020 DEBE SER CANCELADA POR EL ENTE TERRITORIAL”*; *“IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS”*; *NO PROCEDENCIA DE LA CONDENAS EN COSTAS”*.

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la demandante, para lo cual señaló que, la Secretaría de Educación tiene a su cargo únicamente la recepción y radicación de las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes que pertenecen a la entidad territorial, así como la certificación de los tiempos y el régimen salarial y prestacional, a fin de realizar los proyectos

de los actos administrativos y remitirlos a la Fiduprevisora, para su estudio y posterior aprobación, y los actos administrativos que estén en firme y ejecutoriados enviarlos a dicha entidad para su respectivo control y pago.

Que por disposición legal y reglamentaria, la entidad no puede desbordar la competencia funcional atribuida, pues es la Fiduprevisora, como administradora de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la encargada de efectuar el pago de este tipo de prestaciones económicas. Propuso como medio exceptivo:

Propuso como medios exceptivos: *“CUMPLIMIENTO DE TÉRMINOS POR PARTE DE LA ENTIDAD TERRITORIAL”*; *“BUENA FE”* Y *“PRESCRIPCIÓN”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de *“PAGO DE LAS CESANTÍAS SE ENTIENDE SATISFECHO EN EL MOMENTO EN QUE SE PRODUCE EL ABONO EN LA CUENTA, INDEPENDIEMENTE DEL MOMENTO EN QUE ESTE VALOR SE RETIRE POR EL TITULAR DEL DERECHO”* propuesta por el FNPSM y *“CUMPLIMIENTO DE TÉRMINOS POR PARTE DE LA ENTIDAD TERRITORIAL”*, propuesta por el departamento de Caldas; en consecuencia, negó las pretensiones del demandante y lo condenó en costas.

Como fundamento de su decisión señaló que, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías el 29 de abril de 2021, y el departamento de Caldas emitió el acto administrativo de reconocimiento el 11 de mayo de 2021, el cual fue notificado por correo electrónico el 13 de mayo de 2021 y quedó ejecutoriado el 28 de mayo de 2021. Su remisión al Fondo se efectuó al segundo día hábil siguiente a su ejecutoria, esto es, en junio 1 de 2021.

Por lo tanto, los 45 días que tenía el Fondo para pagar, vencieron el 5 de agosto de 2021 y el dinero fue puesto a disposición para el pago el 21 de julio de 2021, por lo que no existió mora.

4. Recurso de apelación

El **demandante** solicitó revocar la condena en costas impuestas para lo cual señaló que, esta no se rige por un concepto objetivo, sino que exige por parte del operador jurídico una valoración subjetiva para su condena, no basta simplemente que la parte sea vencida, sino que debe realizarse una valoración de las conductas desplegadas por esa parte vencida.

Que no pretendió realizar actos dilatorios, ni temerarios, encaminados a perturbar el procedimiento, ni mucho menos congestionar el aparato judicial.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

2. Tesis del Tribunal

No fue adecuada la imposición de condena en primera instancia a cargo de la parte demandante por cuanto el *a quo* no aplicó el criterio objetivo valorativo.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al fundamento jurídico sobre las costas, para descender al análisis del caso concreto.

3. Fundamento jurídico

La Corte Constitucional¹ ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiendo que *"las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.

El artículo 188 del CPACA dispone que: *"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 atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

¹ C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º, numeral 198 (parcial) del Decreto 2282 de 1989, "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil" Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Expediente D-2313

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción."

En este punto se considera necesario destacar que, el Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CGP puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se comprueba para su imposición que *"en el expediente aparezca que se*

causaron y en la medida de su comprobación". En efecto, la aludida corporación² ha señalado:

"[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" —CCA— a uno "objetivo valorativo" —CPACA.

b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público."

Cabe resaltar además que, la reforma introducida por la Ley 2080 de 25 de enero de 2021 en

² Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

su artículo 188 adicionó una regla o criterio para la imposición de condena en costas, consistente en que, en aquellos casos en que se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas; sin que se pueda afirmar que hace inaplicable las demás reglas señaladas en Ley 1437 de 2011 y el 365 del CGP (Código General del Proceso).

4. Análisis sustancial del caso concreto

De acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas.

En la sentencia apelada se indicó que, se condena en costas procesales a la parte demandante y a favor de la parte victoriosa. Que además, las agencias en derecho se tasan en todos los casos en el 3% del valor de las pretensiones de las demandas, a favor de la parte victoriosa y a cargo de la parte vencida.

Por lo tanto, es evidente que en la sentencia se atendió el criterio objetivo en tanto, la condena en costas se impuso a la parte demandante a quien fueron negadas todas las pretensiones, sin embargo no se aplicó el criterio valorativo, pues no se precisaron los fundamentos que daban lugar a la imposición de costas.

Una imposición de costas así le impide a la parte condenada ejercer el derecho de defensa, pues no sabe por qué razón o circunstancia se determinaron, y por ende no puede esgrimir argumentos en contra de la decisión. Esto conlleva a que la sentencia de primera instancia deba ser revocada en este punto, al evidenciarse una falencia al momento de imponer la condena en costas.

5. Conclusión

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, se revoca el ordinal noveno de la sentencia, en lo que respecta a la condena en costas impuestas al demandante, por cuanto no se atendió el criterio objetivo valorativo.

6. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se revoca el ordinal Noveno de la sentencia del 7 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales en lo que respecta a la condena en costas impuestas al demandante, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Juan Sebastián Ocampo Restrepo contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento de Caldas. En su lugar, **No se impone en costas en primera instancia.**

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse 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. 18 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN UNITARIA

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 048

Radicado: 17-001-23-33-000-2022-00122-00
Naturaleza: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
Demandante: Otoniel Sánchez Gallego
Demandados: Municipio de Aguadas – Caldas

1. En el presente asunto, en audiencia de pacto de cumplimiento del 06 de septiembre de 2022, se decretaron las siguientes pruebas de oficio para que fueran aportadas por las entidades demandadas:

“[...] Se requiere a Corpocaldas para que, en el término de 15 días hábiles siguientes a esta audiencia, allegue informe con apoyo fotográfico sobre:

- La existencia o no del impacto medio ambiental y de riesgo en cuanto a movimientos de masa o inundaciones, derivado de la acumulación de aguas en el predio del demandante, lote ubicado en la carrera 3 2-93 o 119 del municipio de Aguadas, en la parte baja del Cerro Monserrate, de propiedad del señor Otoniel Sánchez Gallego. Identificado con Matricula Inmobiliaria 1024339.

-La existencia de acumulación de basuras en el referido predio, y la existencia o no de impacto medio ambiental y de riesgo.

Además, las recomendaciones técnicas para mitigar los impactos medio ambientales negativos y de riesgo generados por esa causa.

Se requiere a: al Municipio de Aguadas para que, en el término de 15 días hábiles siguientes a esta audiencia, allegue informe sobre:

- Las condiciones técnicas de la carrera 3, ente calle 2 y 3 señalada en este proceso, a efectos de que indiquen si en la construcción de dicha vía fueron previstas obras de manejo de aguas lluvias o de escorrentías.

Se requiere además a: a las entidades convocadas para que en el mismo término alleguen los soportes y los documentos resultantes de las reuniones realizadas en virtud de la suspensión de la audiencia, y los que fueron presentados en esta audiencia.

El municipio de Aguadas; Corpocaldas y Empocaldas, dieron alcance a las pruebas que fueron decretadas por esta Corporación; así las cosas, con el fin de garantizar el

principio de publicidad, se corre traslado de las pruebas documentales arrimadas obrantes en los archivos "38InformeMunicipioAguadas", "40InformeCumplimientoCorpocaldas", "42RespuestaRequerimientoEmpocaldas", "43AnexoUno", "44AnexoDos", "45AnexoTres", "46AnexoCuatro", "47AnexoCinco", "48AnexoSeis", "53RespuestaRequerimientoCorpocaldas" y "55RespuestaMunicipioAguadas" del expediente digital por el termino de **tres** (03) días.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
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. 045

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-001-2022-00129-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Carolina Quintero Álzate
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación formulado por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 6480-6 del 14 de diciembre de 2021, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 23 de marzo de 2021 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 1661-6 del 5 de abril de 2021 y pagada el 6 de julio de 2021. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió negativamente la petición.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5; Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

No se pronunció en esta etapa.

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la demandante, para lo cual señaló que, la Secretaría de Educación tiene a su cargo únicamente la recepción y radicación de las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes que pertenecen a la entidad territorial, así como la certificación de los tiempos y el régimen salarial y prestacional, a fin de realizar los proyectos de los actos administrativos y remitirlos a la Fiduprevisora, para su estudio y posterior aprobación, y los actos administrativos que estén en firme y ejecutoriados enviarlos a dicha entidad para su respectivo control y pago.

Que por disposición legal y reglamentaria, la entidad no puede desbordar la competencia funcional atribuida, pues es la Fiduprevisora, como administradora de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la encargada de efectuar el pago de este tipo de prestaciones económicas. Propuso como medio exceptivo:

Propuso como medios exceptivos: *“CUMPLIMIENTO DE TÉRMINOS POR PARTE DE LA ENTIDAD TERRITORIAL”*; *“BUENA FE”* Y *“PRESCRIPCIÓN”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de *“CUMPLIMIENTO DE TÉRMINOS POR PARTE DE LA ENTIDAD TERRITORIAL”*, propuesta por el departamento de Caldas; declaró la nulidad de la Resolución 6480-6 del 14 de diciembre de 2021 y a título de restablecimiento del derecho, condenó a la Nación - Ministerio de Educación – Fomag a reconocer y pagar a favor de la demandante la sanción por mora de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo, en razón de 3

días de mora que se calcularán con la asignación básica devengada en 2021.

Como fundamento de su decisión señaló que, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías el 23 de marzo de 2021, y el departamento de Caldas emitió el acto administrativo de reconocimiento el 5 de abril de 2021, es decir, 7 días hábiles después, por lo que cumplió con el término estipulado en el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006. Que el acto fue notificado por correo electrónico el 13 de abril de 2021, es decir, al sexto día hábil siguiente a la expedición del acto, encontrándose, por tanto, dentro del término máximo que ha fijado la jurisprudencia del Consejo de Estado para notificar el acto expedido; quedando ejecutoriado el 27 de abril de 2021.

Que el acto debidamente notificado y ejecutoriado fue remitido por parte de la Secretaría de Educación Departamental al Fondo el 28 de abril de 2021, es decir, a tiempo, pues fue remitido al día hábil siguiente a su ejecutoria. Por lo tanto, los 45 días que tenía el Fondo para pagar, luego de estar notificado y ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento de cesantías, vencieron el 2 de julio de 2021 y el dinero se puso a disposición para el pago el 6 de julio de 2021, por lo que se generaron 3 días de mora en cabeza del FNPSM.

4. Recurso de apelación

La Nación – Ministerio de Educación solicitó revocar la sentencia en cuanto a la condena a ella impuesta y en su lugar responsabilizar al ente territorial por la mora causada. Señaló que la decisión apelada incurrió en un error por cuanto de acuerdo al artículo 57 de la ley 1955 de 2019, no es la responsable por la causación de la mora ni tampoco está obligada a pagar la sanción moratoria por prohibición legal expresa, teniendo en cuenta que esta fue causada con posterioridad al 31 de diciembre del 2019.

Que por ello, el artículo 57 en su párrafo transitorio indica que las sanciones por mora causadas a 31 de diciembre de 2019, en efecto si serán canceladas por el Fomag con cargo a los recursos TES que contempla el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que fueron regulados por el Decreto 2020 del 6 de noviembre de 2019, pero cosa diferente es el pago de sanción por mora que se cause con posterioridad al 1 de enero de 2020, ya que solo será asumida por la entidad territorial.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿Qué entidad debe asumir el pago de dicha sanción moratoria?*

2. Tesis del tribunal

El pago de la sanción moratoria generada por la mora en el pago de las cesantías de la demandante le corresponde asumirla a la Nación - Ministerio de Educación Nacional, por

cuanto se evidencia una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al marco jurídico sobre el tema; ii) los hechos acreditados; para descender al ii) análisis del caso concreto.

3. Marco jurídico - Entidad obligada al pago de la sanción moratoria

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado¹ sostuvo que: *“será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo”*.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019² y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

ARTÍCULO 57º. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

² Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales? FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

Por su parte, el Decreto 942 de 2022³ dispuso:

"ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. Gestión del acto administrativo notificado y ejecutoriado

³ Por el cual se modifican algunos artículos de la Sección 3, Capítulo 2, Título 4, Parte 4, Libro 2 del Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación- sobre el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la Entidad Territorial Certificada en Educación deberá gestionar, inmediatamente a través de la plataforma o herramienta tecnológica dispuesta el trámite de pago para que dentro de los términos contenidos en el presente decreto, la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desembolse las sumas reconocidas.

...

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. *La Entidad Territorial Certificada en Educación y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán las responsables del pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías, en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los términos previstos para cada una de ellas en los artículos 2.4.4.2.3.2.22 y 2.4.4.2.3.2.27 del presente decreto, así como de los términos aplicables para la notificación y la resolución de recursos de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.*

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. La sanción moratoria no afectará los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en caso de presentarse, su pago será responsabilidad de la entidad que la genere.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria.*

En el evento en que la sanción por mora resulte imputable a las dos entidades antes enunciadas, ésta deberá calcularse y pagarse de forma proporcional según los días de retraso en el reconocimiento o el pago que corresponda para cada entidad”.

4. Hechos relevantes acreditados

- La actora solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías, el 23 de marzo de 2021.⁴

⁴ F. 19 Archivo digital: 02AnexosDemanda.pdf

- Mediante Resolución 1661-6 del 5 de abril de 2021⁵, la Secretaría de Educación territorial, en nombre y representación del Fomag, reconoció las cesantías solicitadas por la demandante, la cual le fue notificada por correo electrónico el 13 de abril de 2021⁶.
- Según certificación de pago de cesantía expedido por el BBVA, estas quedaron a disposición de la accionante desde el 6 de julio de 2021.⁷
- La actora el 23 de agosto de 2021 solicitó al Fomag el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías⁸.

5. Análisis del caso concreto

La Nación - Ministerio de Educación – Fomag en su defensa señala que, la sanción moratoria fue causada con posterioridad al 31 de diciembre de 2019 y por lo tanto debe ser asumida por la entidad territorial; ello con fundamento en el Decreto 942 de 2022 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, que además estableció una prohibición legal de pagar este tipo de indemnizaciones con cargo a los recursos del Fomag.

Al respecto, de las pruebas obrantes en el expediente se logra establecer que, la Secretaría de Educación emitió y notificó oportunamente la resolución de reconocimiento de las cesantías, por lo que el plazo que tenía la Nación - Ministerio de Educación – Fomag, para el pago, empezó a correr luego de estar ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento de cesantías, hasta el 2 de julio de 2021; asunto que no es objeto de debate en esta instancia.

En cuanto a la fecha en que la Secretaría de Educación remitió el acto de reconocimiento a la Fiduprevisora, de las pruebas obrantes en el expediente se logra establecer sin lugar a dudas que, la Secretaria de Educación remitió la Resolución de reconocimiento de las cesantías a la Fiduprevisora, mediante oficio P.S. 0268 de 28 de abril de 2021, con firma de recibido en esa fecha por la funcionaria Paula Muñoz,⁹ esto es, al día hábil siguiente de su ejecutoria.

Por lo anterior, lo que se evidencia es una mora imputable a la demandada Nación - Ministerio de Educación – Fomag en los términos del inciso primero del artículo 57 de la de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, pues dejó transcurrir más de 45 días para realizar el pago, contados a partir del día siguiente a la ejecutoria del acto de reconocimiento de las cesantías.

Finalmente, de la lectura integral del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no se puede inferir

⁵ F. 19-20 Archivo digital: 02AnexosDemanda.pdf

⁶ F. 11 Archivo digital: 06ContestacionDeptoCaldas.pdf

⁷ F. 21 Archivo digital: 02AnexosDemanda.pdf

⁸ F. 22-23 Archivo digital: 02AnexosDemanda.pdf

⁹ FL 14 A.D. 07ContestacionDeptoCaldas.pdf

que se excluyó a la Nación - Ministerio de Educación de la obligación del pago de la sanción moratoria y mucho menos puede entenderse que, inexorablemente la Entidad Territorial es la que deba asumir en todos los casos dicho pago, máxime cuando la mora es atribuible a la tardanza del Fondo para realizar el pago de las cesantías y la Entidad Territorial no hubiere presentado mora alguna, como ocurre en el caso concreto.

Aunado a lo anterior, el párrafo transitorio¹⁰ de dicho artículo lo que contempló fue una autorización al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería a efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del Fomag causadas a diciembre de 2019; sin que por esta razón pueda indicarse que, tácitamente se le excluyó de la obligación de pago de la sanción moratoria causada a partir de enero de 2020.

Lo anterior, no es óbice para que la Nación - Ministerio de Educación adelante las acciones pertinentes frente a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al tenor de lo establecido en el párrafo del artículo 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 942 de 2022 que establece:

“PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria”.

6. Conclusión

La Nación - Ministerio de Educación sí es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Al no prosperar los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación, se confirmará la sentencia apelada.

7. Costas en esta instancia.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en

¹⁰ PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo. La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”.

costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 7 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Carolina Quintero Álzate contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento de Caldas.

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”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 18 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON 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. 046

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-001-2022-00191-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Humberto Londoño Grajales
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG). Municipio de Manizales

Se decide el recurso de apelación formulado por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de los actos presuntos surgidos con ocasión a las peticiones del 25 de noviembre de 2021 y del 1 de diciembre de 2021, expedidos por las accionadas por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a las accionadas pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 4 de marzo de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 0155 del 13 de marzo de 2020 y pagada el 15 de octubre de 2020. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado la cancelación a las entidades convocadas, estas resolvieron negativamente la petición a través de los actos demandados.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5; Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

Se opuso a las pretensiones de la demandante para lo cual señaló que, la demora en el pago de las cesantías es causada por el actuar de la entidad territorial. Frente a la condena por concepto de costas y agencias en derecho, solicitó sea exonerada por cuanto ha actuado conforme a los mandatos legales y jurisprudenciales vigentes.

Propuso las excepciones: *“PAGO DE LAS CESANTÍAS SE ENTIENDE SATISFECHO EN EL MOMENTO EN QUE SE PRODUCE EL ABONO EN LA CUENTA, INDEPENDIEMENTE DEL MOMENTO EN QUE ESTA EL VALOR SE RETIRE POR EL TITULAR DEL DERECHO”*; *“DEBIDO A LA INEXISTENCIA DE MORATORIA, CON CORTE A 31 DE DICIEMBRE DE 2019, DEBE OPERAR LA DESVINCULACIÓN DEL PROCESO DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO”*; *“INEXISTENCIA ACTUAL DE LA OBLIGACIÓN EN CABEZA DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO, Y A FAVOR DEL DEMANDANTE. // AUSENCIA ACTUAL DE OBJETO LITIGIOSO, FRENTE A MIS REPRESENTADAS, POR PAGO DE LA OBLIGACIÓN. // COBRO DE LO NO DEBIDO, FRENTE A MIS REPRESENTADAS, PORQUE LA MORATORIA SE GENERÓ EN 2020”*; *“AUSENCIA ACTUAL DE PRESUPUESTOS MATERIALES”*; *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO, PARA ASUMIR DECLARACIONES Y CONDENAS POR SANCIÓN MORA, POSTERIORES AL 31 DE DICIEMBRE DE 2019”*; *LEGITIMACIÓN EXCLUSIVA EN LA CAUSA POR PASIVA DEL ENTE TERRITORIAL, PARA ASUMIR DECLARACIONES Y CONDENAS, DERIVADAS DE SANCIÓN MORATORIA GENERADAS DESDE EL 01 DE ENERO DE 2020”*; *“SANCIÓN MORATORIA CAUSADA EN VIGENCIA DEL AÑO 2020 DEBE SER CANCELADA POR EL ENTE TERRITORIAL”*; *“IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS”*; *NO PROCEDENCIA DE LA CONDENAS EN COSTAS”*.

2.2. Municipio de Manizales

Se opuso a las pretensiones de la demandante, para lo cual señaló que, el reconocimiento y pago de las acreencias laborales por concepto de cesantías de los educadores, le corresponde

únicamente a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, a través de la cuenta especial denominada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyos recursos son administrados por la Fiduprevisora, por lo que existe carencia de legitimación en la causa por pasiva del ente territorial.

Propuso como excepciones “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO RESPECTO AL MUNICIPIO DE MANIZALES*”; Y “*FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO*”.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de “*FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO*” propuesta por el municipio de Manizales; declaró la nulidad de los actos fictos demandados y a título de restablecimiento del derecho, condenó a la Nación - Ministerio de Educación – Fomag a reconocer y pagar a favor del demandante la sanción por mora de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo, en razón de 55 días de mora, que se calcularán con la asignación básica devengada en 2020.

Como fundamento de su decisión señaló que, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías el 4 de marzo de 2020, y el municipio de Manizales emitió el acto administrativo de reconocimiento el 13 de marzo de 2020, es decir, 7 días hábiles después, por lo que cumplió con el término estipulado en el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006. Que el acto fue notificado por correo electrónico el 28 de abril de 2020, quedando ejecutoriado el 5 de mayo de 2020.

Que el acto debidamente notificado y ejecutoriado fue remitido por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo el 10 de junio de 2020, precisó que los 45 días que tenía el fondo para pagar no se cuentan desde la ejecutoria del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, sino desde el momento que fue remitido, pues este trámite se adelantó en vigencia de la emergencia sanitaria y económica declarada a raíz de la pandemia COVID-19.

Así las cosas, todo el tiempo que se tardó el Municipio para notificar el acto administrativo y enviarlo para su pago, entre el 13 de marzo de 2020 cuando lo expide y el 10 de junio de 2020 cuando lo remite al Fondo para que este haga el pago, no puede computarse de ninguna manera como sanción moratoria. En ese sentido, el Juzgado declaró probada la excepción propuesta por la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales, denominada “*FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO*”.

Que continuando con el conteo de términos, los 45 días que el Fondo tenía para pagar, luego de remitirse el acto administrativo para su pago vencieron el 20 de agosto de 2020 y el pago se efectuó el 15 de octubre de 2020, por lo que se generaron 55 días de mora a cargo del Fomag.

4. Recurso de apelación

La Nación – Ministerio de Educación solicitó revocar la sentencia en cuanto a la condena a ella impuesta y en su lugar responsabilizar al ente territorial por la mora causada. Señaló que la decisión apelada incurrió en un error por cuanto de acuerdo al artículo 57 de la ley 1955 de 2019, no es la responsable por la causación de la mora ni tampoco está obligada a pagar la sanción moratoria por prohibición legal expresa, teniendo en cuenta que esta fue causada con posterioridad al 31 de diciembre del 2019.

Que por ello, el artículo 57 en su párrafo transitorio indica que, las sanciones por mora causadas a 31 de diciembre de 2019, en efecto si serán canceladas por el Fomag con cargo a los recursos TES que contempla el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que fueron regulados por el Decreto 2020 del 6 de noviembre de 2019, pero cosa diferente es el pago de sanción por mora que se cause con posterioridad al 1 de enero de 2020, ya que solo será asumida por la entidad territorial.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿Qué entidad debe asumir el pago de dicha sanción moratoria?*

2. Tesis del tribunal

El pago de la sanción moratoria generada por la mora en el pago de las cesantías de la demandante le corresponde asumirla a la Nación - Ministerio de Educación Nacional, por cuanto se evidencia una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al marco jurídico sobre el tema; ii) los hechos acreditados; para descender al ii) análisis del caso concreto.

3. Marco jurídico - Entidad obligada al pago de la sanción moratoria

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada

correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado¹ sostuvo que: “*será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo*”.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019² y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

ARTÍCULO 57º. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales? FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de*

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

² Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo.*

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

Por su parte, el Decreto 942 de 2022³ dispuso:

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. Gestión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. *Una vez ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la Entidad Territorial Certificada en Educación deberá gestionar, inmediatamente a través de la plataforma o herramienta tecnológica dispuesta el trámite de pago para que dentro de los términos contenidos en el presente decreto, la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desembolse las sumas reconocidas.*

...

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. *La Entidad Territorial Certificada en Educación y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán las responsables del pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías, en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los términos previstos para cada una de ellas en los artículos 2.4.4.2.3.2.22 y 2.4.4.2.3.2.27 del presente decreto, así como de los términos aplicables para la notificación y la resolución de recursos de acuerdo con el Código de Procedimiento*

³ Por el cual se modifican algunos artículos de la Sección 3, Capítulo 2, Título 4, Parte 4, Libro 2 del Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación- sobre el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. La sanción moratoria no afectará los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en caso de presentarse, su pago será responsabilidad de la entidad que la genere.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria.*

En el evento en que la sanción por mora resulte imputable a las dos entidades antes enunciadas, ésta deberá calcularse y pagarse de forma proporcional según los días de retraso en el reconocimiento o el pago que corresponda para cada entidad”.

4. Hechos relevantes acreditados

- El actor solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías, el 4 de marzo de 2020.⁴
- Mediante Resolución 0155 del 13 de marzo de 2020⁵, la Secretaría de Educación territorial, en nombre y representación del Fomag, reconoció las cesantías solicitadas por el demandante, la cual le fue notificada por correo electrónico el 28 de abril de 2020⁶.
- La referida resolución fue remitida por la Secretaría de Educación a la Fiduprevisora mediante oficio S.E-F.P.S.M. 537 del 10 de junio de 2020⁷.
- Según certificación de pago de cesantía expedido por la Fiduprevisora, estas quedaron a disposición del accionante a partir del 15 de octubre de 2020.⁸
- El actor el 25 de noviembre de 2021 y 1 de diciembre de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías⁹.

⁴ F. 25 Archivo digital: 02AnexosDemanda.pdf

⁵ F. 25-28 Archivo digital: 02AnexosDemanda.pdf

⁶ F. 45 Archivo digital: 008ContestacionMunicipioManizales.pdf

⁷ F. 47 Archivo digital: 008ContestacionMunicipioManizales.pdf

⁸ F. 29 Archivo digital: 02AnexosDemanda.pdf

⁹ F. 32-44 Archivo digital: 02AnexosDemanda.pdf

5. Análisis del caso concreto

La Nación - Ministerio de Educación – Fomag en su defensa señala que, la sanción moratoria fue causada con posterioridad al 31 de diciembre de 2019 y por lo tanto debe ser asumida por la entidad territorial; ello con fundamento en el Decreto 942 de 2022 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, que además estableció una prohibición legal de pagar este tipo de indemnizaciones con cargo a los recursos del Fomag.

Al respecto, de las pruebas obrantes en el expediente se logra establecer que, la Secretaría de Educación emitió y notificó oportunamente la resolución de reconocimiento de las cesantías; que en atención a la emergencia sanitaria y económica declarada a raíz de la pandemia COVID-19, el plazo que tenía la Nación - Ministerio de Educación – Fomag, para el pago, no se cuentan desde la ejecutoria del acto administrativo que reconoció el pago de las cesantías, sino desde el momento que fue remitido por la Secretaria de Educación Territorial, esto es, desde el 10 de junio de 2020; asunto que no es objeto de debate en esta instancia.

Al respecto, de las pruebas obrantes en el expediente se logra establecer sin lugar a dudas que, la Secretaria de Educación remitió la Resolución de reconocimiento de las cesantías a la Fiduprevisora, mediante oficio S.E-F.P.S.M. 537 del 10 de junio de 2020.

Por lo anterior, lo que se evidencia es una mora imputable a la demandada Nación - Ministerio de Educación – Fomag en los términos del inciso primero del artículo 57 de la de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, pues dejó transcurrir más de 45 días para realizar el pago, contados a partir del día siguiente a la fecha en que la Secretaria de Educación Territorial le remitió la Resolución de reconocimiento de las cesantías.

Finalmente, de la lectura integral del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no se puede inferir que se excluyó a la Nación - Ministerio de Educación de la obligación del pago de la sanción moratoria y mucho menos puede entenderse que, inexorablemente la Entidad Territorial es la que deba asumir en todos los casos dicho pago, máxime cuando la mora es atribuible a la tardanza del Fondo para realizar el pago de las cesantías y la Entidad Territorial no hubiere presentado mora alguna, como ocurre en el caso concreto.

Aunado a lo anterior, el parágrafo transitorio¹⁰ de dicho artículo lo que contempló fue una

¹⁰ PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo. La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”.

autorización al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería a efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del Fomag causadas a diciembre de 2019; sin que por esta razón pueda indicarse que, tácitamente se le excluyó de la obligación de pago de la sanción moratoria causada a partir de enero de 2020.

Lo anterior, no es óbice para que la Nación - Ministerio de Educación adelante las acciones pertinentes frente a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al tenor de lo establecido en el parágrafo del artículo 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 942 de 2022 que establece:

“PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria”.

6. Conclusión

La Nación - Ministerio de Educación sí es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías al demandante, por cuanto, se evidencia una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Al no prosperar los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación, se confirmará la sentencia apelada.

7. Costas en esta instancia.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 7 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Humberto Londoño Grajales contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Manizales.

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".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 18 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 043

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17-001-33-39-006-2022-00194-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jorge Luis Marín Giraldo
Demandado: Departamento de Caldas

Se emite fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la parte demandante contra la sentencia que denegó las pretensiones formuladas por el accionante.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se deprecia la nulidad Acto Administrativo ficto configurado el 12 de junio de 2020, por medio del cual se negó el reconocimiento de una relación laboral. A título de restablecimiento del derecho se solicitó que se ordene reconocer al demandante los tiempos de servicios prestados a la entidad demandada para efectos pensionales.

1.2. Hechos

En síntesis, se señaló que el demandante laboró como docente *“por órdenes de prestación de servicios y/o contrato de prestación de servicios”* a cargo del departamento de Caldas en instituciones educativas administradas por dicho ente territorial desde 1988 a 1990, para un total de 18 meses. Finalmente señala que, nunca le fueron cancelados aportes al sistema de pensiones.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Se citaron los artículos 53 del Constitución; 32 de la Ley 80 de 1993; la sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional y proveídos 18 de marzo de 1999, 15 de abril 1999 y 12 de octubre de 2000 del Consejo de Estado. Se expuso que, sería ilógico afirmar que funciones como la de docencia puedan ser prestadas esporádicamente y de forma independiente, pues por su naturaleza requieren una prestación permanente y una subordinación indispensable para que se puedan desarrollar.

Por lo anterior, se disfrazó una verdadera relación laboral bajo la figura de las ordenes o autorizaciones de prestación de servicios, a pesar de que el demandante se encontraba en la misma situación de hecho predicable de los educadores incorporados a la planta de personal de la entidad territorial.

2. Contestación de la demanda

El **departamento de Caldas** se opuso a las pretensiones del demandante, sostuvo que la labor prestada por este tuvo su fundamento en el numeral 3, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin que el demandante demostrara que, en la ejecución de los mencionados servicios se cumplieran con los requisitos esenciales que debe contener toda relación laboral, tal como está consagrado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Advirtió que, basta observar como la contratación del accionante tuvo como causa y razón de ser, una situación transitoria como era la falta de personal docente de planta que supliera las vacancias temporales, razón por la cual precisamente aquel prestó sus servicios en periodos eventuales e incluso con solución de continuidad en todos los casos. Que en todo caso, el demandante permitió que trascurrieran más de 30 años entre la última relación de servicios que fundamenta sus pedimentos y la respectiva reclamación ante la entidad, razón por la cual se encuentran prescritas las acreencias que reclama.

Propuso como excepciones las que denominó: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* y *“Prescripción”*.

3. Sentencia de primera instancia

El a *quo* **denegó** las pretensiones de la parte demandante advirtiendo que, según el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, se constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, así como la subordinación y dependencia que se extienda más allá de una mera relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato.

Que al analizar la relación sostenida entre el demandante y la entidad territorial demandada, se observa que la parte actora se limitó a aportar las certificaciones laborales expedidas por las instituciones educativas en donde el accionante prestó sus servicios, sin que se cuente con prueba alguna que permita evidenciar el tipo de contrato celebrado entre las partes y los pormenores de su ejecución, en lo que respecta a la prestación personal del servicio a la remuneración por el trabajo cumplido y a la subordinación o dependencia.

Finalmente reseñó que, teniendo en cuenta que las pretensiones del actor se encuentra dirigidas al reconocimiento de los aportes pensionales respectivos, era imprescindible que este hubiese acreditado, la realización y monto de los respectivos aportes a seguridad social en pensión, a fin de establecer sobre la existencia o no de diferencia alguna entre el monto cancelado y lo que debió efectuar el departamento de Caldas como empleador, lo cual tampoco fue objeto de labor probatoria alguna por parte del demandante.

4. Recurso de apelación

La **parte accionante** recurrió la sentencia arguyendo que, es notorio que, en ejercicio de las funciones de docente para las cuales fue contratado, se hallaba sometido a horarios y turnos de trabajo, debido a la naturaleza de sus labores, que no podían ejecutarse en desapego de las directrices propias del sistema público educativo, ello aunado a que el cargo que aquel desempeño se encontraba dentro de la planta global de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, circunstancias que son propias de una relación laboral y no de un contrato de prestación de servicios.

Adicionalmente, señaló que si el demandante prestó sus servicios resulta como una consecuencia obvia, el hecho de que estos fueran objeto de remuneración por lo cual no comparte lo decidido por el *a quo* al señalar que no se acreditó este elemento de la relación laboral.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Vista la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto se debe establecer: *¿Se acreditaron los elementos de una relación laboral entre el señor Jorge Luis Marín Giraldo y el departamento de Caldas, con ocasión de los servicios docentes prestados por aquel?*

Para dar respuesta a este interrogante, se hará referencia: i) al marco normativo y jurisprudencial sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; las características de la relación laboral y el contrato de prestación de servicios, para luego ii) descender al análisis del caso concreto.

2. Tesis de la Sala

Se evidencian los elementos de la relación laboral, pues se probó la efectiva prestación del servicio docente por parte del demandante, labor docente cuya naturaleza bajo criterios de lógica y sana crítica permiten concluir que este tipo de labores responden indefectiblemente a funciones que solo pueden ser desempeñadas bajo criterios de subordinación y dependencia, aunado a que las certificaciones aportadas permiten concluir la efectiva prestación del servicio que impone la remuneración de tales labores.

3. Marco normativo y jurisprudencial¹

3.1. La primacía de la realidad sobre las formalidades

La Constitución Política, en su preámbulo, asegura a sus integrantes *“la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo”*.

La anterior premisa fue desarrollada en los artículos 13 y 25 *ibidem*, según los cuales: i) Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y *“recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*; y, ii) se garantiza el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el cual surge como uno de los valores y propósitos del Estado al ser consagrado en el Preámbulo de la Constitución con particular importancia.

Como sustento de lo anterior, el artículo 53 consagró el principio de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*, como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado.

La finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los

¹ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16 de agosto de 2018, Radicación número: 19001-23-31-000-2006-01070-01(1007-12)

trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)², expresamente consagró en su Preámbulo el *“reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”* premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT³ al señalar que: *“todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

Dicho Convenio en Colombia es fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: *“los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”*, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Constitución Política.

3.2. Elementos propios de la relación laboral

A su turno, se encuentra que el Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral, así: i) La actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia *“del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al País”*; y iii) un salario como retribución del servicio.

Al respecto, el H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021⁴ retomando los desarrollos jurisprudenciales previos sobre estos elementos los condesó bajo los siguientes parámetros:

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio, señaló que el mismo puede ser identificado, en tanto *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este⁵; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas⁶”*.

En lo referente a la subordinación o dependencia dicha providencia señaló una serie de situaciones indicativas de su existencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular, las mismas se sintetizan así:

“104. i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario

² Aprobada en 1919

³ Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

⁵ **Cita de cita:** Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

⁶ **Cita de cita:** Al respecto, véase entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. ii) El horario de labores. Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.” (Subrayado y negrillas de este Tribunal).

Finalmente, sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas precisó que “Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.”

Ahora bien, para el caso de las funciones docentes el H. Consejo de Estado ha avalado que esta particular tarea que otrora fuere desempeñada por docentes contratados a través de ordenes o autorizaciones de prestación de servicios, debe ser analizada desde una óptica mas laxa, pues el ejercicio de la labor docente en institución de educación pública conllevan

intrínsecamente elementos de subordinación y dependencia, tales como el sometimiento a los horarios de funcionamiento de la institución pública, el acatamiento de la directrices del cuerpo directivo docente y necesariamente el ceñimiento a los criterios de instrucción desarrollados por las entidades reguladoras del servicio educativo. En efecto dicha corporación ha advertido⁷:

“En lo que se refiere a la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, sea lo primero advertir que el artículo 2 del Decreto ley 2277 de 1979 define como docente a quien ejerce la profesión de educador, ...

La mencionada definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley 115 de 1994 (ley general de educación)...Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada de las subsecciones de esta Sala, en el sentido de que la labor del docente contratista no es independiente, sino que el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.

Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios[52], comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno[53], de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, connaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio.

A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes – empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado.

*En relación con la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, se observa que la actora pese a vincularse como docente mediante contratos de prestación de servicios celebrados bajo los principios de la Ley 80 de 1993, la ejecución de su actividad docente necesariamente implicó la prestación de sus servicios intelectuales de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de su labor, pues por el contrario debió cumplir el horario y los parámetros fijados por los reglamentos del servicio público de educación, por lo que se generó dependencia y subordinación con la entidad territorial para la cual trabajaba.*

Por lo tanto, las actividades desarrolladas por la demandante revisten las características propias de un empleo de carácter permanente...

En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de “la primacía de la realidad sobre formalidades”, pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de los docentes nombrados en planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia.

...

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 25 de agosto de 2016, radicado 3001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

3.4 Caso concreto. El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

a) El 16 de octubre de 2012, la actora solicitó del secretario de hacienda del municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales por haber laborado 12 años y 1 mes, sin que estas le fueran canceladas, las que pide le sean incluidas en el acuerdo de reestructuración de pasivos de la Ley 550 de 1999[54].

...

Y si bien, según los documentos allegados, existieron algunas interrupciones, las probanzas coinciden en el hecho de que la demandante prestó sus servicios por trece (13) años y un (1) mes como maestra al municipio de Ciénaga de Oro, lo cual demuestra su atadura con la entidad territorial, que persistió pese a la modalidad de contratación utilizada por la Administración.

En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de "la primacía de la realidad sobre formalidades", pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de los docentes nombrados en planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia". (Se resalta)

4. Pruebas relevantes para la resolución del asunto

- "Certificado de servicios prestados" suscrito por el "Rector y Secretaría" del Liceo Isabel La Católica, en el cual se informa que, el señor Jorge Luis Marín Giraldo prestó sus servicios "como catedrático en el área de biológicas(sic)"⁸.
- "Certificado" suscrito por el "Rector y Secretaría" del Instituto Mixto Monseñor Alfonso de Ríos, en el cual se informa que el accionante prestó sus servicios "como Maestro Soluciones Educativas con una Intensidad Horaria de 24 horas semanales"⁹.

5. Análisis sustancial del caso concreto.

A efectos de determinar los tiempos efectivamente laborados por el demandante, se tienen las certificaciones aportadas por la parte actora con base en las cuales se acreditó que aquel laboró como docente durante los siguientes lapsos:

Certificado	Periodo laborado
No. 221 de agosto 30 de 1990, suscrito por el "Rector y Secretaría" del Liceo Isabel La Católica	23 de mayo al 25 de noviembre 1988; Total (6 meses, 2 días)
"Sin número" de julio 11 de 1990, suscrito por el "Rector y Secretaría" del Instituto Mixto Monseñor Alfonso de Ríos	13 de junio de 1989 a 4 de julio de 1990; Total (1 año, 22 días)
TOTAL LABORADO	1 año, 6 meses y 24 días

Como puede verse, se encuentra acreditado que la parte actora laboró para la entidad demandada departamento de Caldas prestando sus labores docentes en instituciones educativas administradas por dicho ente territorial, por poco más de año y medio, funciones educativas que como se advirtió tienen una naturaleza dependiente y subordinada al hallarse sometidas a los horarios de funcionamiento de la institución pública, al acatamiento de la directrices del cuerpo directivo docente de cada institución

⁸ exp. digital, archivo: "002Demanda", fl. 14

⁹ exp. digital, archivo: "002Demanda", fl. 15

educativa en que prestó sus servicios y ser desempeñadas en estricto ceñimiento a los criterios de instrucción impartidos por las diferentes autoridades educativas que ejercen inspección y vigilancia sobre este servicio público.

Así mismo, cabe destacar que no son de recibo los argumentos planteados por la sentencia de primera instancia al argüir que no existe prueba alguna de la remuneración de las labores del demandante como elemento esencial de la relación laboral, dado que para esta Colegiatura bajo criterios de lógica y sana crítica en la valoración de la prueba, basta con demostrar que el accionante prestó sus servicios docentes para concluir que inequívocamente estas debieron ser remuneradas, en tanto, no podría considerarse que una persona prestó servicios a una entidad pública sin que estos le hayan sido remunerados.

Corolario, la Sala revocará la decisión impartida por el *a quo*, para en su lugar declarar la existencia de una relación laboral en los periodos en que el demandante prestó sus servicios al departamento de Caldas desempeñándose como docente de las instituciones Liceo Isabel La Católica e Instituto Mixto Monseñor Alfonso de Ríos, durante los periodos comprendidos entre el 23 de mayo al 25 de noviembre 1988 y 13 de junio de 1989 a 4 de julio de 1990.

6. Reconocimiento de los aportes pensionales dejados de cancelar

Mediante Sentencia de Unificación del 25 de agosto del 2016¹⁰, el Tribunal de cierre de la Jurisdicción Contencioso – Administrativo fijó las reglas respecto de la caducidad y del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de la prescripción en asuntos en que se debata la existencia de una relación laboral entre una entidad pública y un particular, la referida providencia dispuso lo siguiente:

“(...) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo(...).”

En atención a las consideraciones presentadas, y en armonía con la normativa y la jurisprudencia citada, se advierte por la Sala que si bien como lo advirtió la entidad demandada han transcurrido poco más de 30 años desde la última data en que el demandante prestó sus servicios como docente, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado, en cuanto no otorgó al accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, empero únicamente con efectos pensionales, ello en atención al carácter fundamental e imprescriptible del derecho a la seguridad social.

En tal sentido se ordenará al departamento de Caldas reconocer al demandante los tiempos de servicios prestados a la entidad demandada para efectos pensionales y, tomar como base los honorarios pactados con el demandante o valores cancelados, durante los

¹⁰ Rad: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

periodos que este laboró a su servicio, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por el accionante como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar **únicamente con destino al respectivo sistema de pensiones** la suma faltante por concepto de aportes a pensión **solo en el porcentaje que le correspondía como empleador**, por lo que el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Las sumas a cancelar por concepto de aportes para pensión se actualizarán atendiendo a los correspondientes cálculos actuariales que sean señalados por el fondo de pensiones al cual se halle vinculado el demandante.

7. Costas

Atendiendo al criterio objetivo valorativo que ha sido desarrollado por el Consejo de Estado con respecto a la imposición de costas (gastos procesales y agencias en derecho), no se condenará en costas de segunda instancia advirtiendo que no se encuentran acreditadas, toda vez que la parte accionada no incurrió en gastos procesales, ni efectuó actuación en esta instancia. Tampoco se impondrá condena en costas en primera instancia, pues a pesar de prosperar las pretensiones del demandante, ello obedeció al cambio jurisprudencial reciente del Consejo de Estado, que acoge esta Sala.

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

Resuelve

Primero: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales el 1° de diciembre de 2022 dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Jorge Luis Marín Giraldo contra el departamento de Caldas.

En su lugar;

- **DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” y “PRESCRIPCIÓN” propuestas por el departamento de Caldas.
- **DECLARAR** la nulidad del acto administrativo ficto configurado el 12 de junio de 2020, mediante el cual se negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre el señor Jorge Luis Marín Giraldo y dicho ente territorial.
- **DECLARAR** que entre el señor Jorge Luis Marín Giraldo y dicho ente territorial existió una relación laboral entre el 23 de mayo al 25 de noviembre 1988 y del 13 de junio de 1989 al 4 de julio de 1990.
- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ordénase al departamento de Caldas**, reconocer al demandante los tiempos de servicios prestados para efectos pensionales, y liquidar y pagar la totalidad de los aportes respectivos para pensión a favor del señor **Jorge Luis Marín Giraldo** en el porcentaje que le corresponda por ley al empleador,

tomando los honorarios pactados o valores cancelados, como base de cotización (IBC) pensional del demandante dentro de los periodos efectivamente laborados -23 de mayo al 25 de noviembre 1988 y 13 de junio de 1989 a 4 de julio de 1990- mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizando al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para ello, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Segundo: Sin Costas en ambas instancias.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse 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. 18 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

**República de Colombia
Rama Judicial**



**Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de primera instancia

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: María Morelia Arango Álzate
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro Policía Nacional (CASUR)
Noelia Morales de Ríos
Radicado: 17001-23-33-000-2017-00416-00
Acto judicial: Sentencia 21

Manizales, trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto discutido y aprobado en sala ordinaria de la presente fecha.

§1. **Síntesis:** La compañera del causante, suboficial de la policía, fallecido en 1991, solicita la sustitución de la asignación de retiro, que disfruta la esposa sobreviviente. La sala resuelve conceder la sustitución a ambas, de acuerdo al tiempo de convivencia.

§2. La sala dicta sentencia de primera instancia en el medio de control de **nulidad y restablecimiento del derecho**, promovido por **María Morelia Arango Álzate**, demandante, contra la **Caja de Sueldos de Retiro Policía Nacional – CASUR**, y la señora **Noelia Morales de Ríos**, cónyuge sobreviviente, demandadas.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita el reconocimiento de una pensión de sobrevivientesⁱ

§3. La señora **María Morelia Arango Álzate** pretende que: (i) se declare la nulidad parcial de la **Resolución 1810 del 11 de junio de 1992** expedida por CASUR, la cual reconoció la sustitución de la asignación de retiro a la cónyuge sobreviviente y los hijos menores del causante **Jesús Antonio Ríos Grisales**; (ii) la nulidad del acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo negativo por no contestar de fondo la petición del 11 de abril de 2016 para el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro del señor **Jesús Antonio Ríos Grisales**; y, (iii) como restablecimiento se reconozca y condene a la demandada al pago de la sustitución de la asignación de retiro del señor **Jesús Antonio Ríos Grisales**, en la proporción del

100% de lo que legalmente le corresponda, además del pago del retroactivo y las costas del proceso.

§4. Como hechos se describió que el causante señor **Jesús Antonio Ríos Grisales** y la señora **Noelia Morales de Ríos**, esposa sobreviviente y demandada, contrajeron matrimonio el 22 de febrero de 1954. De la unión nacieron varios hijos.

§5. CASUR le reconoció a la señora Noelia Morales de Ríos, la pensión de sobrevivientes mediante la Resolución 1810 del 11 de junio de 1992.

§6. Por la Sentencia del 9 de diciembre de 1982 emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, se decretó la separación de cuerpos y la liquidación de la sociedad conyugal entre la señora Noelia Morales de Ríos y Jesús Antonio Ríos Grisales.

§7. Entre la señora **María Morelia Arango Álzate**, demandante, y el señor Jesús Antonio Ríos Grisales conformaron una unión marital de hecho, desde el 10 de diciembre de 1983 hasta el 29 de noviembre de 1991, fecha en que falleció el señor Jesús Antonio Ríos Grisales.

§8. En la unión marital de hecho entre María Morelia Arango Álzate, accionante, y el señor Jesús Antonio Ríos Grisales se procrearon a Sandra Milena y Julián Andrés Ríos Arango.

§9. El Juzgado Segundo de Familia de Oralidad del Circuito de Manizales, a través de sentencia del 05 de abril de 2016, declaró la existencia de la unión marital de hecho y de la sociedad patrimonial, desde el 10 de diciembre de 1983 hasta el 29 de noviembre de 1991, entre la señora María Morelia Arango Álzate y el señor Jesús Antonio Ríos Grisales.

§10. El 11 de abril de 2016 la parte actora solicitó a CASUR el reconocimiento de la pensión de sobreviviente por medio de derecho de petición, sin recibir respuesta de fondo, sino que se le indicó que ya había sido definida la situación anteriormente.

§11. Invocaron como normas violadas los artículos 29, 53 y 81 de la Constitución Política, 46, 47 y 74 de la Ley 797 de 2003; 155 y 157 de la Ley 1437 de 2011 y la Ley 100 de 1993.

§12. Como concepto de violación se indicó que la presente situación viola los derechos a la igualdad, el mínimo vital, la seguridad social de la actora, reconocida como compañera permanente en unión marital de hecho.

1.2. CASUR contestó fundándose en que la petición ya había sido resuelta de fondo

§13. Se opuso a las pretensiones, argumentado que dicha petición ya había sido resuelta de fondo, y solicitó que no se condene en costas. Respecto a los hechos solamente le constan los actos administrativos expedidos por la entidad.

§14. Propuso como excepción la **Inexistencia del derecho – Falta de fundamento jurídico de las pretensiones**, porque la actora no cumple con los requisitos previstos en los artículos 11.2.1 del Decreto 4433 de 2004, 47.a) de la Ley 797 de 2003 y 127 del Decreto 1213 de 1990, los cuales simplemente citó.

1.3. Noelia Morales de Ríos, esposa demandada, contestó que luego de su separación del causante en 1982, volvió a formar convivencia desde 1983 hasta su deceso

§15. Se opuso a las pretensiones, para lo cual aclaró que, aunque se separó de cuerpos de su esposo y liquidaron la sociedad conyugal en 1982, en 1983 volvieron a reanudar la convivencia, con afecto, apoyo y socorro mutuos hasta la muerte del señor **Jesús Antonio Ríos Grisales**.

§16. Con respecto a la sentencia que declaró la unión marital de hecho entre la demandante y el señor Ríos Grisales, la demandada estuvo representada por curador especial y no se le notificó la admisión de la demanda. En el acto de reconocimiento de la sustitución de la pensión la demandante no se opuso a la asignación de la respectiva cuota a la exesposa.

1.3. Audiencia inicial y tránsito procesal

§17. En desarrollo de la audiencia inicial el Magistrado Ponente, una vez fijado el litigio decretó las pruebas, entre ellas las testimoniales que fueron recaudadas en la audiencia de pruebas.

1.4. Alegatos de Conclusión

§18. La parte actora y las partes demandadas presentaron sus alegatos en término. El Ministerio Público no se pronuncióⁱⁱ.

1.5.1. La parte demandante, estableció que la parte demandada no planteó ninguna excepción como mecanismo de defensa, ni tampoco prueba documental con valor para ser apreciada dentro del proceso, y que, además, reitera que la convivencia entre la señora Noelia Morales de Ríos y el señor Jesús Antonio Ríos Grisales, no puede probarse debido a que hay una sentencia la cual declaró la unión marital de hecho con la señora María Morelia Arango.

1.5.2. La parte demandada, CASUR, sostiene la oposición frente a las pretensiones respecto a que la petición presentada por la parte accionante ya fue resuelta de fondo.

1.5.3. La parte demandada, Noelia Morales de Ríos, argumentó que la señora María Morelia Arango, en ningún momento dentro del trámite para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, presentó controversia u oposición alguna, como tampoco solicitó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente, siendo de admiración que después de casi 27 años, inició el proceso pertinente para el reconocimiento de la misma.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§19. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 152 del CPACA.

2.2. Cuestión previa- integración de los actos demandados

§20. En el proceso se demanda la nulidad parcial de la **Resolución 1810 del 11 de junio de 1992**¹, emitida por CASUR, que reconoció la sustitución de la asignación de retiro.

§21. Una vez revisado el expediente administrativo, se constata que contra dicho acto se presentó un recurso de reposición, que fue resuelto por la **Resolución 2806 del 12 de agosto de 1992**.

§22. Este último acto administrativo se integrará como demandado, conforme al artículo 163 del CPACA: *“Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.”*

§23. Adicionalmente, se estudiará el acto ficto demandado, porque la parte demandante solicitó el 11 de abril de 2016 la sustitución de la asignación de retiro, ante lo cual CASUR solo indicó que ya se había resuelto la situación a través del acto de reconocimiento de la sustitución. Lo anterior no es una respuesta de fondo, porque el artículo 19 del CPACA señala que *“Respecto de peticiones reiterativas ya resueltas, la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores, salvo que se trate de derechos imprescriptibles...”*

2.3. Problemas jurídicos

§24. ¿La señora María Morelia Arango Álzate tiene el derecho de la sustitución de la asignación de retiro en calidad de compañera permanente del señor Jesús Antonio Ríos Grisales?

§25. ¿En caso afirmativo, cómo debe distribuirse la sustitución de la asignación de retiro del señor Jesús Antonio Ríos Grisales?

2.4. La pensión de sobreviviente, requisitos y sus beneficiarios

§26. Como se verá más adelante, debido a que el causante murió en 1991, inicialmente debe aplicarse la norma vigente a la fecha, pero como debe protegerse la familia, la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado establecieron que en estos casos también debe demostrarse la convivencia efectiva con el causante.

§27. Según la Resolución 1810 del 11 de junio de 1992, el señor Jesús Antonio Ríos Grisales **falleció el 29 DE NOVIEMBRE DE 1991**, quien ostentaba el grado de **Cabo Segundo (r)**, devengaba una asignación mensual de retiro. En el mismo acto se indica:

¹ 01Cuaderno1.pdf pp- 30 a 33

(i) estaba casado con la señora Nohemí Morales de Ríos con quien tuvo los hijos Hugo, José Gilberto, Jesús Antonio, María de Socorro, Alirio de Jesús, Leonardo Hernán, como los menores Edwin Hander y Juan Pablo Ríos Morales; (ii) se presentó la señora María Morelia Arango Alzate en representación de los hijos menores extramatrimoniales Sandra Milena y Julián Andrés; (iii) se reconoció la sustitución a partir del 29-11-91, de la siguiente manera: el 50% a la cónyuge supérstite, el 25% a los hijos menores matrimoniales Edwin Hander y Juan Pablo Ríos Morales, y el otro 25% a los hijos menores extramatrimoniales Sandra Milena y Julián Andrés Ríos Arango.²

§28. En caso similar al presente, el Consejo de Estado en sentencia del 17 de marzo de 2022³ aclaró que “... tanto el Tribunal como el mismo apelante pasaron por alto que, la norma que se encontraba vigente al momento del fallecimiento del causante (**22 de noviembre de 1996**) es la que debe aplicarse para determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sustitución pensional y que no es otra que el Decreto 1212 de 1990 ‘Por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional’.”-sft-

§29. Para la fecha de deceso del causante y según el anterior acto administrativo, el Decreto 1212 de 1990 establecía el disfrute de la sustitución de la asignación de retiro en cabeza solo de la cónyuge sobreviviente y los hijos, sin exigir la demostración de la convivencia, a la vez que las condiciones para perder dicha prestación:

“ARTÍCULO 172. MUERTE EN GOCE DE ASIGNACION DE RETIRO O PENSION. A la muerte de un Oficial o Suboficial de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en este Estatuto tendrán derecho a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público o por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional equivalente en todo caso a la totalidad de la prestación que venía gozando el causante.

(...)

ARTÍCULO 173. ORDEN DE BENEFICIARIOS. <Apartes subrayados CONDICIONALMENTE exequibles> Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Oficial o Suboficial de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:

a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia estos últimos en las proporciones de ley.”-sft-

§30. La sentencia C-121 de 2010 de la Honorable Corte Constitucional declaró condicionalmente exequible el anterior subrayado de cónyuge sobreviviente “... en el entendido de que las normas de las que forman parte los vocablos indicados también se aplican a los compañeros permanentes, a partir del día 7 de julio de 1991. De esta manera, los compañeros y compañeras permanentes de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que, a partir del mencionado 7 de julio de 1991 tuvieren derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, a pesar de que los artículo 134 del Decreto 613 de 1977, 175 del Decreto 2062 de 1984, 172 del Decreto 096 de 1989 y 173 del Decreto 1212 de 1990 los excluyeran de ese derecho, podrán, como

² 01Cuaderno1.pdf pp- 30 a 33

³ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A- CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022)- Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho- Radicado: 52001 23 33 000 2019 00184 01 (2169-2021)

consecuencia de esta providencia, y a fin de que se restablezcan sus derechos conculcados, solicitar ante las autoridades respectivas el reconocimiento de dicha pensión y reclamar de las autoridades competentes las mesadas que se causen a partir de la notificación de esta providencia.”

§31. A pesar de que el causante falleció en 1991, antes de la vigencia del Decreto 4433 de 2004, como de las leyes 100 de 1991, 797 de 2003 y 923 de 2004, el Consejo de Estado en sentencia del 17 de marzo de 2022⁴ estimó que “... 49. Si bien esta última norma no es aplicable [Decreto 4433 de 2004] al caso comoquiera que el fallecimiento del señor Amable Delgado ocurrió el 22 de noviembre de 1996, debe recordarse que la especialidad del régimen de la Fuerza Pública no se opone a la naturaleza, el propósito y fin de la sustitución pensional como es dar apoyo económico a los familiares del pensionado, frente a las necesidades que surgen como consecuencia de su deceso, así como impedir que quien haya convivido permanente, responsable y efectivamente, y prestado apoyo afectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales, que supone su desaparición.”⁵

§32. De esta forma, aunque el artículo 173 del Decreto 1212 de 1990 no exige que el cónyuge o la compañera permanente demuestren la convivencia en los últimos años de vida del causante, hoy en día sí debe demostrarse esta convivencia para el reconocimiento de la sustitución pensional.

§33. En el caso de los miembros de la Policía, la antes citada sentencia del 17 de marzo de 2022⁶ del Consejo de Estado aplicó a la sustitución de un suboficial de la policía fallecido en 1996, las reglas de sustitución de los artículos 3.7 y 3.8 de la Ley 923 de 2004, sobre convivencia de al menos los cinco años anteriores a la muerte del causante, bien sea a la cónyuge o compañera permanente; y si no hay convivencia simultánea con la cónyuge con unión conyugal vigente, la compañera debe demostrar la convivencia los últimos cinco años de vida, y la cuota parte corresponderá a la cónyuge:

“«(...) 3.7.1. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte.

3.7.2. En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante aplicará el numeral 3.7.1.

⁴ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A- CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022)- Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho- Radicado: 52001 23 33 000 2019 00184 01 (2169-2021)

⁵ En sentencia de 5 de agosto de 2021 de la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, dentro del proceso radicado 66001 2333 000 2018 00201 01 (2008-2020), se destacó lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de. 17 de abril de 1998, Radicación 10406.

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A- CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022)- Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho- Radicado: 52001 23 33 000 2019 00184 01 (2169-2021)

Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los numerales 3.7.1 y 3.7.2. del presente numeral, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de CONVIVENCIA SIMULTÁNEA en los últimos cinco (5) años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. SI NO EXISTE CONVIVENCIA SIMULTÁNEA y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al numeral 3.7.1 en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco (5) años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.”-
subrayado y versalita fuera del texto-

§34. Actualmente, la Corte Constitucional en la sentencia SU-297 de 2021 señaló que debe exigirse la prueba de la convivencia para el cónyuge o compañera, aunque el original artículo 47 de la Ley 100 de 1993 no previera la situación de la convivencia simultánea entre el cónyuge o compañero(a) permanente:

“... existen un conjunto de reglas y subreglas que aplican cuando se está en casos de simultaneidad y éstos se dan antes de la Ley 797 de 2003. Estas reglas son:

Reglas

En el hipotético caso de la negación de este derecho a la compañera permanente bajo el argumento de un vínculo matrimonial preexistente, pero disociado de la convivencia efectiva, se configuraría una vulneración del derecho de igualdad ante la ley en perjuicio de quien materialmente tiene derecho a la sustitución pensional

Subreglas

Subregla 1: *El artículo 47 de la ley 100 de 1993, que no regula lo atinente a la convivencia simultánea entre el cónyuge y el compañero o la compañera permanente y, deberá interpretarse en armonía con el principio de igualdad y los derechos fundamentales a la familia y a la seguridad social, y, en consecuencia, deberá reconocerse y repartirse proporcionalmente la pensión de sobrevivientes, a fin de evitar un trato discriminatorio mediante el reconocimiento exclusivo a una pareja.*

Regla 2: *Las situaciones que se pueden presentar son:*

Subregla 2a: *Convivencia simultánea del causante con su cónyuge y una –o más- compañeras permanentes, caso en el cual la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

Subregla 2b: *Convivencia simultánea del fallecido con dos o más compañeras permanentes que se asimila a la situación anterior, por lo que la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el causante.*

Subregla 2c: *Convivencia únicamente con compañero (a) permanente pero vínculo conyugal vigente, evento en el cual la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido siempre que el*

cónyuge haya vivido durante cinco años o más con el causante en cualquier tiempo.”

§35. Además, en el caso de los miembros de la Policía, el Decreto 1029 de 1994 definió LA FAMILIA y el reconocimiento de las prestaciones sociales previstas en el Decreto 1212 de 1990, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 110. DEFINICIONES. Para los efectos legales de este estatuto se entiende por: Familia. Es la constituida por el cónyuge o compañero permanente del miembro del nivel ejecutivo, lo mismo que por sus hijos menores de veintiún (21) años, los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años y los hijos inválidos absolutos, siempre y cuando unos y otros dependan económicamente del miembro del nivel ejecutivo.

(...)

'Dependencia económica. Aquella situación en que la persona no pueda atender por sí misma a su congrua subsistencia, debiendo recurrir para ello al sostén económico que pueda ofrecerle el miembro del nivel ejecutivo del cual aparece como dependiente.

ARTÍCULO 111. RECONOCIMIENTO DERECHOS PRESTACIONALES. A partir de la vigencia de este Decreto, los derechos consagrados en los Decretos ley números 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, para el cónyuge y los hijos de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se reconocerán y pagarán a la familia, de conformidad con la definición contenida en el artículo 110 de este Decreto.”-sft-

2.5. Lo demostrado en el proceso

§36. A través de la Resolución 3200 del 16 de agosto de 1988 CASUR reconoció la asignación de retiro al señor **Jesús Antonio Ríos Grisales**⁷.

§37. El señor Jesús Antonio Ríos Grisales falleció el 29 de noviembre de 1991.

§38. Por medio de la Resolución 1810 del 11 de junio de 1992⁸, emitida por CASUR, se reconoció la sustitución de la asignación de retiro a la señora **Noelia Morales de Ríos** en un 50% y el otro 50% repartido en partes iguales a los hijos menores del causante, matrimoniales y extramatrimoniales.

§39. En la Resolución 2806 del 12 de agosto de 1992 CASUR no accedió al recurso de reposición de la señora **María Morelia Arango Álzate**, en calidad de compañera, en contra de la anterior resolución 1810 de 1992 que reconoció la sustitución de la asignación de retiro.⁹

§40. A través de derecho de petición del 11 de abril de 2016¹⁰, la señora María Morelia Arango Álzate solicitó el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro ante CASUR. Mediante el oficio 9657 del 13 de mayo de 2016 la entidad le informó a la demandante que mediante la Resolución 1810 de 1992 ya se había decidido la sustitución de la asignación de retiro del señor Jesús Antonio Ríos Grisales.

⁷ Cd. F. 99 EXPEDIENTE RIOS GRISALES JESUS ANTONIO.pdf p. 41, 42

⁸ 01Cuaderno1.pdf pp- 30 a 33

⁹ Cd. F. 99 EXPEDIENTE RIOS GRISALES JESUS ANTONIO.pdf p. 212

¹⁰ Cd. F. 99 EXPEDIENTE RIOS GRISALES JESUS ANTONIO.pdf p. 683

§41. A través de las Resoluciones 3964 de 1997, 2705 de 2000, 3486 de 2017 y el memorando GST-SDP 00319 del 16 de junio de 2009, se extinguieron las cuotas para los hijos del causante: Edwain Hander, Juan Pablo Ríos Morales, Sandra Milena y Julián Andrés Ríos Arango.¹¹

2.5.1. De la convivencia del causante con la demandante María Morelia Arango Álzate en calidad de compañera permanente

§42. El causante **Jesús Antonio Ríos Grisales** y la demandante **María Morelia Arango Álzate** procrearon el 24 de abril de 1976 a Sandra Milena y el 7 de marzo de 1991 a Julián Andrés Ríos Arango¹²

§43. El 9 de diciembre de 1982, en la sentencia que dispuso la separación de cuerpos y la disolución del matrimonio canónico celebrado entre la esposa **Noelia Morales de Ríos y Jesús Antonio Ríos Grisales**, se declaró probada la causa de relaciones extramatrimoniales, con la actual demandante señora **Morelia Arango**. Así un testigo de la esposa precisó: “... *ella vive con Chucho Ríos ahí en la casa de enseguida... Sí sé que ellos viven juntos y esto lo digo porque la semana pasada vi a Morelia pasó en la moto con Jesús Antonio Ríos y que viven en una casa por los dos de la Permanencia y los he visto entrar una casa porque yo voy mucho allá... Yo veo mucho a Chucho Ríos y a Morelia juntos ... la he visto con ellos desde muy pequeña y yo considero que es hija ellos.*”¹³

§44. En la declaración de ingresos y retenciones de los años gravables 1990 y 1991 aparece la señora **María Morelia Arango Álzate** como compañera del señor **Jesús Antonio Ríos Grisales**.¹⁴

§45. El señor Jesús Antonio Ríos Grisales falleció el 29 de noviembre de 1991.

§46. El 5 de abril de 2016 el Juzgado Segundo de Familia de Manizales declaró que entre el señor **Jesús Antonio Ríos Grisales** y la señora **María Morelia Arango Alzate** existió una unión marital de hecho iniciada el 10 de diciembre de 1983 y duró hasta el 29 de noviembre de 1991, cuando falleció el primero.¹⁵ El proceso se interpuso en contra de varios demandados, entre ellos la señora esposa **Noelia Morales de Ríos**, donde el apoderado de actora indicó que ella desconoce la direcciones actuales de la, bajo la gravedad del juramento. Por lo que se nombró a curador especial para la representación de la esposa **Noelia Morales** y sus hijos como herederos determinados e indeterminados. Al efecto se realizaron los emplazamientos, publicaciones y el nombramiento del curador, quien contestó la demanda y con él se oyeron los testimonios.

§47. En este aspecto, el Doctor Hernán Fabio López Blanco indica: “*Una vez notificado el curador designado, sus funciones como representante del emplazado ausente continuarán dentro del proceso sin que sea menester, caso de que este aparezca posteriormente, notificarlo personalmente de las providencias y en especial*

¹¹ Cd. F. 99 EXPEDIENTE RIOS GRISALES JESUS ANTONIO.pdf p. 387, 467, 596

¹² Cd. F. 99 EXPEDIENTE RIOS GRISALES JESUS ANTONIO.pdf p. 195, 197

¹³ Cd. F. 99 EXPEDIENTE RIOS GRISALES JESUS ANTONIO.pdf p. 200 a 210

¹⁴ Cd. F. 99 EXPEDIENTE RIOS GRISALES JESUS ANTONIO.pdf p. 141-142

¹⁵ C. 2 F. 104.

el auto admisorio de la demanda, porque todo ello se surtió válidamente por intermedio del curador designado, de modo que se toma el proceso en el estado en que lo encuentre.”

§48. De esta forma, se dará admisión a las pruebas testimoniales trasladadas del proceso de declaración de la unión marital de hecho, según lo señala el Consejo de Estado¹⁶: *“Conforme a lo anterior se tiene que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando hayan sido trasladados en copia auténtica y siempre que se hubieren practicado con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o cuando, sin cumplir este último requisito, han sido ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil.”*

§49. El testigo JESÚS RAÚL MARÍN VÁSQUEZ, pensionado de la policía, indicó que fue compañero del causante hace 35 años, quien murió en sus brazos, informó que: **(i)** conoce a la señora **María Morelia Arango Álzate**, compañera, pero no a la señora **Noelia Morales de Ríos**, cónyuge; **(ii)** dice que entre el señor Ríos Grisales y la señora Arango Alzate, compañera, hubo una relación de pareja como matrimonio, inició más o menos 25 años hasta antes de la muerte, vivían juntos, iban a mercar, y no hubo ruptura; y, **(iii)** reconoció los dos hijos que tuvieron.

§50. La testigo MARÍA EUGENIA ARANGO ESCOBAR, hermana de la compañera María Morelia Arango Álzate, quien precisó: **(i)** vivieron 40 años juntos porque la hija tiene 39 años; **(ii)** no sabe si el señor Ríos Grisales estuvo casado; **(iii)** compraron una casita.

§51. La declarante BLANCA NORA DUQUE OSPINA, la cual expresó: **(i)** trabajaba en una peluquería donde iba la pareja del señor Ríos Grisales y la señora Arango Alzate; y, **(ii)** empezó a conocerlos hace 35 años como pareja, y no hubo ruptura afectiva.

§52. Para la sala, a pesar que estos testimonios no aportan una detallada relación de convivencia de la pareja conformada por el señor Ríos Grisales y la señora Arango Alzate, analizadas las pruebas en conjunto se encuentra: **(i)** los hijos de la pareja nacieron entre 1976 a 1991, año del deceso; **(ii)** en 1982, la causa por la cual la jurisdicción de familia declaró la separación de cuerpos del matrimonio del señor Ríos Alzate y la señora **Noelia Morales de Ríos**, fue precisamente las relaciones extramatrimoniales con la señora **María Morelia Arango Álzate**, y un testigo en dicho proceso anunció que los compañeros vivían en una casa con su hija; **(iii)** en las declaraciones de ingresos y rentas de 1990 y 1991 del causante aparece como compañera la señora **María Morelia Arango Álzate**.

§53. Estas pruebas indican en forma coherente que el señor Ríos Grisales y la señora Arango Alzate convivieron como compañeros permanentes, al menos cinco años del deceso del primero.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON Bogotá, D. C., once (11) de abril de dos mil doce (2012) Expediente número: 05001-23-31-000-1997-01300-01(22667)

2.5.2. De la reconstitución de la convivencia del causante con su esposa **Noelia Morales de Ríos**

§54. La señora Noelia Morales de Ríos y el señor Jesús Antonio Ríos Grisales contrajeron matrimonio el 22 de febrero de 1954 en Neira - Caldas.¹⁷

§55. Fruto del matrimonio nacieron: Nelson, Luis Marina, Hugo, José Gilberto, Jesús Antonio, María de Socorro, Alirio de Jesús, Leonardo Hernán, Edwuin Hander y Juan Pablo Ríos Morales¹⁸.

§56. El 9 de diciembre de 1982 el Tribunal Superior de Manizales declaró la separación indefinida de cuerpos del matrimonio canónico celebrado entre **Noelia Morales de Ríos y Jesús Antonio Ríos Grisales**, declaró disuelta la sociedad conyugal, y ordenó que los esposos debían sufragar los gastos de crianza, educación y establecimiento de sus hijos menores.

§57. Luego, en la declaración de ingresos y retenciones de los años gravables 1986 y 1987 aparece la señora **Noelia Morales de Ríos** como esposa del señor **Jesús Antonio Ríos Grisales**.¹⁹

§58. El 11 de noviembre de 1987 el causante **Jesús Antonio Ríos Grisales** solicitó a CASUR la asignación de retiro, donde expresamente allegó “*Memorial y declaración jurada de mi esposa, sobre el cumplimiento de mis obligaciones como esposo y padre.*”²⁰ En dicha declaración, la esposa **Noelia Morales de Ríos** indicó: “... Si es cierto que el mencionado señor esta al cumplimiento de su obligación, con la subsistencia de mis hijos y de mí. Todos en la actualidad dependemos de él. a la Sexta CONTESTO: Si él está en la actualidad cumpliendo con la subsistencia de vivienda.”²¹

§59. La testigo ALBA MARINA VARGAS RÍOS describió: (i) conoció al matrimonio, se casaron muy jóvenes, los visitaba cada quince días en la casa y no hubo separación hasta la muerte del esposo; (ii) vivieron en el barrio Viveros de Manizales; (iii) describió la vivienda de un solo piso, con tres cuartos, vivían con los hijos; (iv) asistió a las exequias del señor Ríos Grisales, los cuales fueron pagados por la esposa y dos hijos; (v) supo que el señor tuvo dos hijos extramatrimoniales por comentarios; y, (vi) no tuvo conocimiento de problemas entre el matrimonio.

§60. El declarante JESÚS ANTONIO RÍOS MORALES, hijo del matrimonio, expresó: (i) el matrimonio Ríos Grisales y Morales de Ríos negó que hubiera problemas en la pareja, con una buena relación, aunque tenían sus percances, pero eran reservados en estos aspectos, no hubo maltrato sino un trato ejemplar entre ambos; (ii) describió la vivienda del matrimonio; y, (iii) a la muerte del señor Ríos Grisales la esposa se encargó de las exequias.

¹⁷ Cd. F. 99 EXPEDIENTE RIOS GRISALES JESUS ANTONIO.pdf p. 19

¹⁸ Cd. F. 99 EXPEDIENTE RIOS GRISALES JESUS ANTONIO.pdf p. 34 a 36, 74, 79, 157, 158, 159, 160

¹⁹ Cd. F. 99 EXPEDIENTE RIOS GRISALES JESUS ANTONIO.pdf p. 45

²⁰ Cd. F. 99 EXPEDIENTE RIOS GRISALES JESUS ANTONIO.pdf p. 12

²¹ Cd. F. 99 EXPEDIENTE RIOS GRISALES JESUS ANTONIO.pdf p. 23

§61. El deponente **SIMÓN ELÍAS GAVIRIA MARTÍNEZ**, quien es yerno de la demandada esposa, expresó: **(i)** se casó con una hija del matrimonio en 1986; **(ii)** vivió dos años en la casa de los padres de la esposa, señaló que los gastos de la casa lo asumía el señor Ríos Grisales y dos hijos; **(iii)** señaló que el causante y su esposa dormían en un cuarto; **(iv)** no se dio cuenta de los problemas matrimoniales; y, **(v)** entre 1986 y 1991 señaló que los gastos se asumían en toda la familia.

§62. Por la resolución 3857 del 29.08.1991 CASUR reajustó la asignación de retiro del señor **Jesús Antonio Ríos Grisales** por concepto de subsidio familiar²², el cual fue solicitado por la esposa **Noelia Morales de Ríos** el 27 de junio de 1991.

§63. El 9 de diciembre de 1991, la señora **Noelia Morales de Ríos** solicitó la sustitución de la asignación de retiro del causante **Jesús Antonio Ríos Grisales**.

§64. El señor Jesús Antonio Ríos Grisales falleció el 29 de noviembre de 1991.

§65. De las pruebas allegadas se encuentra en forma coherente que, aunque entre el matrimonio hubo la separación de cuerpos y disolución de la sociedad conyugal en 1982, se volvió a constituir la convivencia entre 1986 y 1991: **(i)** en las declaraciones de ingresos y retenciones del causante de 1986 y 1987 se indicó que la esposa era la señora Morales de Ríos; **(ii)** El 11 de noviembre de 1987 el causante solicitó a CASUR la asignación de retiro, para lo cual pidió que se tuviera en cuenta una declaración de la esposa donde expuso que él cumplía con sus obligaciones para con ella, sus hijos y la “... *subsistencia de vivienda*.”; **(iii)** los declarantes señalaron que la pareja vivió en una vivienda, aunque fueron renuentes a señalar que hubo percances entre ellos; **(iv)** el 29 de agosto de 1991 CASUR reajustó la asignación de retiro del señor Ríos Grisales por concepto de subsidio familiar con su esposa e hijos.

§66. En efecto, lo antes relacionado demuestra que fue voluntad del causante volver a convivir con su esposa en 1986, y se prolongó hasta la fecha de su muerte.

2.1. Solución al caso concreto

§67. Como se observó: **(i)** el señor **Jesús Antonio Ríos Grisales** inicialmente se casó con la señora **Noelia Morales de Ríos** el 22 de febrero de 1954 y procrearon varios hijos; **(ii)** en 1976 el señor **Jesús Antonio Ríos Grisales** comenzó la convivencia simultánea con la señora **María Morelia Arango Álzate** con quien tuvo dos hijos, la cual perduró hasta su muerte; **(iii)** en 1982 el señor Ríos Grisales se separó de cuerpos de la señora Morales de Ríos y se disolvió la sociedad conyugal judicialmente; **(iv)** al menos desde 1986 se encuentran indicios que el señor Ríos Grisales volvió a convivir con su esposa; **(vii)** entonces, se presentó la convivencia simultánea entre el señor **Jesús Antonio Ríos Grisales**, su esposa **Noelia Morales de Ríos** sin sociedad conyugal vigente, y la compañera permanente **María Morelia Arango Álzate**, al menos en los cinco años previos a su fallecimiento.

§68. Ahora, se estudiará la situación de la esposa sin vínculo conyugal desde 1982 pero

²² Cd. F. 99 EXPEDIENTE RIOS GRISALES JESUS ANTONIO.pdf p. 101

que reconstituyó la convivencia a partir de 1986.

§69. Es de notar que el artículo 3.7.2 de la Ley 923 de 2004 precisa que “... *En caso de CONVIVENCIA SIMULTÁNEA en los últimos cinco (5) años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo*”.

§70. Empero, en este caso la sociedad conyugal se disolvió judicialmente y debía proceder la inmediata liquidación, según el artículo 1821 del CC. Aunque en el proceso no se allegó la liquidación de la sociedad conyugal, ya no estaba vigente el vínculo matrimonial entre los esposos, por lo que la sentencia del 30 de enero de 2020 del Consejo de Estado aclaró que “*La demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por cuanto los efectos patrimoniales cesaron una vez se liquidó la sociedad conyugal. Así pues, el hecho de que las personas que conforman un matrimonio se separen de hecho y además liquiden su sociedad conyugal, a pesar de que no terminen los demás efectos civiles del matrimonio católico como lo es el estado civil de la persona, son causales suficientes para perder aquél derecho que le otorga la Ley 100 de 1993 en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se refiere, por cuanto, los haberes del pensionado o del afiliado dejan de ser parte de la masa patrimonial que algunas vez conformaron*²³.” -sft-

§71. De esta manera, como la esposa se había separado de cuerpos y disuelto la sociedad conyugal, se asumirá su situación a partir de 1986 cuando volvió a conformar la convivencia con el señor Ríos Grisales.

§72. Así, en esta situación se aplicarán las reglas de la sentencia SU-297 de 2021: “*Subregla 2a: Convivencia simultánea del causante con su cónyuge y una –o más- compañeras permanentes, caso en el cual la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. Subregla 2b. Convivencia simultánea del fallecido con dos o más compañeras permanentes que se asimila a la situación anterior, por lo que la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el causante.*” -sft-

§73. La convivencia simultánea en este litigio se establece de la siguiente manera:

	Período de convivencia		días	porcentaje
María Morelia Arango Álzate Compañera permanente	10-dic-1983 Según la declaración judicial de unión marital de hecho	29-nov-1991	2911	57%
Noelia Morales de Ríos Esposa	01-01-1986 Según la declaración de ingresos y retenciones 1986	29-nov-1991	2158	43%
			5069	100%

§74. **En conclusión**, no se declararán probadas las excepciones de inexistencia del

²³ C.E., Sec. Segunda, Sent. 2014-00028, ene. 30/2020. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

derecho, falta de fundamento jurídico de las pretensiones, propuestas por CASUR. Y se anularán parcialmente las resoluciones 1810 del 11 de junio de 1992, 2806 del 12 de agosto de 1992 y el acto ficto generado por no resolver de fondo la petición formulada el 11 de abril de 2016.

§75. A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a CASUR que reconozca la sustitución de la asignación de retiro del señor **Jesús Antonio Ríos Grisales**, y en lo que corresponda a la esposa y compañera permanente, en los siguientes porcentajes: 57% para la señora **María Morelia Arango Álzate**, y 43% para la señora **Noelia Morales de Ríos**.

§76. Sobre la **PRESCRIPCIÓN**, conforme al artículo 155²⁴ del Decreto 1212 de 1990 que prevé la prescripción cuatrienal, se declaran prescritas las mesadas anteriores al 11 de abril de 2012.

§77. Sumas que se deberán actualizar con los índices de inflación certificados por el DANE, mes a mes, con la utilización de la siguiente fórmula financiera:

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

§78. En donde R se determina multiplicando el valor histórico Rh que es lo dejado de pagar a la compañera permanente, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de este acto judicial, sobre el índice inicial vigente para la fecha en que debió de hacerse cada pago.

§79. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes empezando por la primera mesada pensional que se debió pagar teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

§80. La entidad demandada dará cumplimiento a la presente sentencia en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora y vinculada en el inciso segundo de la disposición en mención.

2.6. Costas

§81. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado

²⁴ Los derechos consagrados en este Estatuto, prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente, sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

- Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-298-02 de 24 de abril de 2002, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett, "en el entendido de que, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta providencia, el término de prescripción es aplicable en relación con las prestaciones unitarias de contenido patrimonial y las mesadas pensionales previstas en cada decreto"

efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

§82. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§83. Se analiza que la demandase fundamentó nutridamente de argumentos de principios, normativos y jurisprudenciales, y se demostró la diligencia en la vía administrativa como judicial, en todas sus etapas.

§84. Lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, en un caso donde revocó la condena en costas impuesta por este Tribunal así:

“(...) 50. La jurisprudencia de la Sala55 en materia de costas procesales, ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, la cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

51. En el caso, la Sala haciendo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echa de menos alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, quien dentro de sus facultades hizo uso de su derecho de acción. Por ello, esta sentencia se abstendrá de condenar al vencido. (...)”

§85. De esta manera, se condenará en costas y agencias en derecho a la parte demandada a favor de la demandante, cuya liquidación se hará conforme al artículo 366 del CGP, por aplicación del artículo 188 del CPCACA.

§86. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

Primero: Declarar no probadas la excepción de inexistencia del derecho – falta de fundamento jurídico de las pretensiones propuestas por la entidad demandada.

Segundo: Declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas a favor de la parte demandante, anteriores al 11 de abril de 2012.

Tercero: Declarar la existencia del acto ficto generado por la no contestación de fondo de la petición del 11 de abril de 2016 formulada por la parte demandante.

Cuarto: Declarar la nulidad parcial de la **Resolución 1810 del 11 de junio de 1992**, la nulidad de la Resolución 2806 del 12 de agosto de 1992 y del acto ficto presunto generado por la no contestación de fondo de la petición efectuada el 11 de abril de 2016 por la parte demandante.

Quinto: En restablecimiento, ordenar a la **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR** que reconozca la sustitución de la asignación de retiro del señor **Jesús Antonio Ríos Grisales**, en lo que le corresponda a la cónyuge y/o compañera permanente, en las siguientes proporciones: en un 57% a favor de la señora **María Morelia Arango Álzate** y un 43% a favor de la señora **Noelia Morales de Ríos**. Las sumas serán reconocidas e indexadas a partir del 11 de abril de 2012 por la prescripción cuatrienal.

Sexto: Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada a favor de la parte demandante, cuya liquidación se hará conforme al artículo 366 del CGP, por aplicación del artículo 188 del CPCACA.

Séptimo: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia, según las directrices de los artículos 192 a 195 del CPACA.

Octavo: Ejecutoriado este acto judicial, archívense las diligencias previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

**República de Colombia
Rama Judicial**



**Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Luis Fernando Castaño Jaramillo
Demandado: La Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional
Radicado: 17-001-33-33-002-2016-00354-02
Acto judicial: Sentencia 24

Manizales, trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de Decisión de la presente fecha.

Asunto

§01. **Síntesis:** La parte demandante, estudiante en la Policía, solicita la nulidad de la sanción disciplinaria de expulsión por haber dado positivo en prueba de consumo de sustancias psicoactivas, como el reintegro al grado que debería desempeñar si no hubiese sido retirado. La sentencia de primera instancia negó las pretensiones debido a que el examen toxicológico se le practicó con el consentimiento informado. La parte demandante apeló porque la muestra se tomó sin el consentimiento informado y no se consideraron otras pruebas de laboratorio favorables al actor. La Sala confirma la sentencia, porque las pruebas demuestran que sí se hizo el consentimiento informado antes de la prueba y los exámenes de toxicología favorables al actor se realizaron después de 2 meses de la primera muestra, por lo que la sustancia ya no aparecería en el cuerpo del demandante.

§02. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que negó las pretensiones, dictada el 29 de octubre de 2019 proferida por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho** interpuesto por **Luis Fernando Castaño Jaramillo**, en contra de la **Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita el reintegro¹.

§03. El actor pretende la nulidad de: **(i) el fallo de primera instancia del 23 de febrero del 2016** emitido por el Subdirector de la Escuela Alejandro Gutiérrez que le impuso la sanción disciplinaria de expulsión al señor Luis Fernando Castaño Jaramillo; **(ii) el fallo de segunda instancia del 16 de marzo de 2016** emitido por el Teniente Coronel funcionario de segunda instancia que confirmó el fallo de primera instancia; **(iii) la resolución 000114 del 18 de marzo de 2016** por la cual se dio cumplimiento a la sanción y se expulsó al accionante de la escuela “Alejandro Gutiérrez”.

§04. A título de restablecimiento del derecho, pidió el reintegro al grado que debería desempeñar si no se le hubiese retirado de la institución, como el pago indexado de los salarios y las prestaciones sociales que dejó de percibir.

§05. Como hechos precisó que mediante resolución 000354 del 28 de junio de 2014, el joven Luis Fernando Castaño Jaramillo ingresó al curso de patrullero de la Policía Nacional, en la escuela de carabineros “Alejandro Gutiérrez”.

§06. El 04 de junio de 2015 se le practicó prueba de orina, la cual arrojó como resultado positivo para THC -Marihuana. Por lo que se le prosiguió un proceso disciplinario que tuvo como fin la expulsión del estudiante.

§07. El accionante señala que no es consumidor de alguna sustancia sicoactiva. Para demostrarlo se realizaron dos exámenes que dieron negativo para el consumo de marihuana el 05 de septiembre de 2015 y el 19 de enero de 2016.

§08. Estos resultados se presentaron como pruebas al proceso disciplinario, pero el accionante fue sancionado con la expulsión.

§09. La demanda invocó como normas violadas los artículos 1, 2, 3, 4, 25 y 209 de la Constitución Política y 138 de la Ley 1437 de 2011.

§10. El cargo de violación fue **Desviación del poder** porque: **(i)** las autoridades disciplinarias desconocieron el informe pericial de toxicología forense de Medicina Legal del 19 de enero de 2016 que arrojó resultado negativo para el consumo de sustancias sicoactivas; **(ii)** el 24 de junio de 2015 a 387 alumnos, incluidos el accionante, se le realizó una prueba de orina, pero el actor no recibió información ni suscribió alguna autorización o consentimiento informado.

1.2. La Policía contestó que la muestra de laboratorio contó con el consentimiento informado del actor y las demás pruebas de toxicología aportadas por el accionante se tomaron meses después de la primera ²

¹ C1. Fl 03 a 5/154.

² C1. Fl 56 a70/154.

§11. La entidad se opuso a las pretensiones y solo aceptó los hechos concernientes a las pruebas realizadas como el retiro del estudiante. No propuso excepciones.

§12. Como fundamentos de la contestación señaló: **(i)** el resultado de la prueba toxicológica aportada por el demandante no fue tenido en cuenta debido a se hizo en un plazo superior a un mes de la primera muestra, lo que daría un valor diferente; **(ii)** la muestra de toxicología que arrojó un resultado positivo tiene un grado de certeza del 96% y fue tomada observando las disposiciones legales aplicables; **(iii)** el accionante infringió el artículo 135.5 de la Resolución 4048 de 2014, ya que para la institución es de suma importancia que sus miembros, desde la etapa en que son estudiantes asuman una conducta ajustada a los parámetros legalmente exigidos y ajustados a la misión que cumple la Policía Nacional; **(iv)** la razón por la cual se toman muestras para detectar el consumo de sustancias toxicológicas, es que están prohibidas cuando se trata de ejercer actividades que implican un riesgo para la colectividad, como las funciones de un miembro de la Policía Nacional.

1.3. La sentencia que negó las pretensiones³

§13. La Juez Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con las consideraciones de este fallo.”

§14. La Juez de primera instancia definió los siguientes problemas jurídicos:

¿Los actos administrativos demandados fueron expedidos con desviación de poder o violación al debido proceso del demandante?

¿El demandante consintió en la recolección de las muestras de laboratorio y la posterior realización de pruebas toxicológicas?

¿Los resultados de las demás pruebas toxicológicas aportadas al proceso disciplinario fueron valorados adecuadamente?

De ser procedente la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados ¿debe ordenarse el reintegro del demandante y el pago de salarios y demás emolumentos dejados de percibir?

§15. La primera instancia analizó: **(i)** una reseña de las pruebas; **(ii)** el régimen disciplinario de la Policía (L. 1015/2006; D. 1072/2015; Directiva 8/2012); **(iii)** la jurisprudencia acerca de la falta disciplinaria por consumo de sustancias psicotrópicas en la policía; **(iv)** de la pruebas se dedujo que la toma de la muestra del accionante contó con su consentimiento informado; **(v)** los exámenes de laboratorio de la defensa del demandante se hicieron luego de tres meses, por lo que no eran suficientes para confrontar el examen toxicológico que fundamentó el proceso disciplinario; y, **(vi)** se respetó la cadena de custodia de la prueba toxicológica.

³ C1. Fl 135 a 145/154.

§16. Por lo anterior, el juzgado negó las pretensiones y condenó en costas al demandante.

1.4. La apelación del demandante⁴

§17. El actor solicitó que se revoque la sentencia, y se acceda a las pretensiones, con los siguientes fundamentos: **(i) existió violación del debido proceso**, ya que el consentimiento informado para la realización de la prueba de toxicología que hizo la policía y que sirvió para la sanción disciplinaria, aparece firmado al día siguiente de su práctica; **(ii) no se valoraron en el trámite disciplinario las pruebas toxicológicas favorables** al accionante que acreditaban que no había consumido sustancias sicotrópicas; **(iii) incongruencia entre las declaraciones de Samuel Augusto Ángel Blanco, Erika Maryeth Devia Suárez y Medicina Legal** en torno a que los exámenes de toxicología no dan certeza de sensibilidad a las sustancias psicoactivas; **(iv) violación de la cadena de custodia de la muestra tomada al demandante**, porque los informes de la policía señalan que se hizo cadena de custodia, pero no cadena de frío que es esencial para conservar la estabilidad de las muestras, y se tomaron sin los protocolos de higiene en las baterías de baños de la institución.

1.5. Actuación de segunda instancia⁵

§18. El 20 de enero de 2020 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y se corrió traslado de alegatos de conclusión, donde solo participaron las partes.

§19. **La Parte demandante⁶** amplió los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

§20. **La Parte demandada** solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia porque: **(i)** los exámenes toxicológicos favorables al accionante fueron tomados con un espacio superior a seis meses de la prueba inicial, por lo que no puede esgrimirse que el cuerpo del actor no tuviera residuos de sustancias psicotrópicas; **(ii)** el protocolo de custodia se cumplió porque el mismo actor marcó el recipiente de la muestra, los frascos fueron marcados con códigos que aseguraban la correspondencia y las pruebas fueron confirmadas por el Hospital Central de la Policía en Bogotá.

§21. El Ministerio público no conceptuó.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§22. Conforme al artículo 153 del CPACA este Tribunal es competente para conocer del presente asunto.

⁴ C1. Fl 149 a 151/154.

⁵ C2. Fl 2/13.

⁶ C2. Fl 8 a 12/13.

2.2. Problema Jurídico

§23. ¿En el trámite de expedición del acto demandado se habría violado el debido proceso porque: (i) la toma de la muestra toxicológica en que se basó la prueba de la sanción disciplinaria se hizo sin el consentimiento informado del actor; (ii) no se respetó la cadena de custodia de aquella muestra toxicológica; (iii) no se valoraron adecuadamente las pruebas toxicológicas en cuanto a su sensibilidad como aquellas que fueron favorables al demandante?

2.3. Régimen disciplinario de la Policía Nacional

§24. La Ley 1015 de 2006 - régimen disciplinario para la Policía Nacional, indica:

§24.1. La garantía del debido proceso “... conforme a las leyes preexistentes a la falta disciplinaria que se le endilga, ante funcionario con atribuciones disciplinarias previamente establecido y observando las garantías contempladas en la Constitución Política y en el procedimiento señalado en la ley...” -art. 5-;

§24.2. Son destinatarios de este régimen disciplinario: “Los estudiantes de las Seccionales de Formación de la Policía Nacional, deberán regirse por el manual académico expedido por el Director General de la Policía Nacional...” – art. 23 par. 2-

§24.3. Dentro de las faltas gravísimas el artículo 34 señala: “26. Consumir o estar bajo el efecto de bebidas embriagantes o sustancias que produzcan dependencia física o psíquica, durante el servicio.”

§24.4. Las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísimas se sancionan con destitución; y cuando se producen con culpa grave o grave dolosa con suspensión entre 6 y 12 meses– art. 39.1, 2-.

§24.5. Esta falta fue prevista también en el nuevo régimen disciplinario policial expedido en la Ley 2196 de 2002, para estudiantes de las escuelas de formación de la Policía Nacional, con los mismos efectos: “Art. 45 Faltas gravísimas: ... 27. Consumir o estar bajo el efecto de bebidas embriagantes o sustancias estupefacientes o sicotrópicas, durante el servicio o no permitir la realización de las pruebas físicas o clínicas para su determinación, pese a ser requerido, con plenitud de garantías.” (arts. 30.2, 45 y 50)

§25. El referido Manual Académico para estudiantes de la Dirección Nacional de las Escuelas de la Policía Nacional fue expedido por la Resolución 4048 de 2014⁷, del que se resalta:

§25.1. La pérdida de la calidad de estudiante puede darse por: “cuando sea sancionado mediante fallo disciplinario ejecutoriado por falta grave dolosa o gravísima contemplada en la Ley 1015 de 2006...” – art. 6.3.

7

<https://www.policia.gov.co/file/52099/download?token=S0EJMM3b#:~:text=APLAZAMIENTO%20DEL%20PROGRAMA%20ACAD%C3%89MICO%3A%20EL%20PAR%C3%81GRAFO%201.>

§25.2. Uno de los deberes de los estudiantes es abstenerse de consumir cualquier tipo de sustancias que produzcan dependencia psíquica, prohibidas o controladas por la ley. – art. 20.8.

§25.3. En la disciplina policial se prevén los principios rectores de dignidad humana, legalidad, debido proceso, resolución de la duda, presunción de inocencia, igualdad, contradicción, integración normativa, favorabilidad, culpabilidad y proporcionalidad. (cap. I tít. I)

§25.4. El artículo 135 considera como falta gravísima “5. *Consumir Estupefacientes o cualquier otra sustancia prohibida por la ley, independientemente de la cantidad o modalidad utilizada dentro o fuera de la Escuela.*”

§25.5. El artículo 140 trae como correctivos disciplinarios la expulsión por la comisión de faltas gravísimas.

§25.6. El artículo 150 señala que para la práctica de las pruebas se podrán utilizar medios técnicos, siempre y cuando no se atente contra los derechos y garantías constitucionales y se conserve el procedimiento establecido en el CPACA. “*Las pruebas y diligencias pueden ser recogidas y conservadas en medios técnicos, su contenido se consignará por escrito solo cuando sea estrictamente necesario.*”

§26. La sentencia C-536 de 2019 emitida por la Sala Plena de la Honorable Corte Constitucional “... *estima que tipificar como falta disciplinaria asistir al trabajo en estado de embriaguez o bajo los efectos de estupefacientes es legítima, razonable y proporcional, dado que busca el adecuado ejercicio de la función y labor pública. (...) El último pronunciamiento en materia de prohibición de consumo de ciertas sustancias en el espacio laboral es la Sentencia C-636 de 2016. En ese caso, (...) la Sala resaltó la finalidad imperiosa que persigue la medida, representada en lograr una adecuada prestación del servicio y evitar riesgos laborales, por lo que la medida era constitucional. Sin embargo, condicionó la exequibilidad de la norma a que la falta disciplinaria se aplique, siempre que afecte de manera directa el desempeño laboral del trabajador.*”⁸

2.4. Sobre el consentimiento informado

§27. El 23 de octubre de 2020 el Honorable Consejo de Estado precisó los requisitos del consentimiento informado para la realización de procedimientos médicos: “*a) El médico tiene el deber de dar a conocer a las personas los procedimientos convenientes para restablecer o mejorar la salud; las ventajas y sus riesgos y las eventualidades que puedan llegar a presentarse en su curso con ocasión de o con posterioridad de la intervención, es decir, de señalar los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre una persona y la existencia de medios alternativos; b) esta información debe ser proporcionada de manera clara, completa, explicada e inteligible para el paciente, quien, además, c) debe expresar el consentimiento de manera clara, inequívoca, libre*

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Álvaro Javier Torrado Arenas. Sentencia C-536/19. Bogotá, D.C., 13 de noviembre de 2019.

de coacción, es decir, libre de vicios y en uso de sus facultades cognitivas. (...) En la Ley 23 y en el artículo 15 del Decreto reglamentario 3380 de 1981, se estableció la obligatoriedad de informar anticipadamente al usuario sobre los riesgos y consecuencias de los procedimientos médicos o quirúrgicos que puedan afectarlo física o síquicamente y a solicitar la firma del consentimiento, en el que certifique que fue informado.⁹”

§28. En caso de no cumplirse estos requerimientos, “... *constituyen una falla del servicio que genera un daño consistente en la vulneración del derecho a decidir del paciente, por lo que surge responsabilidad extracontractual en cabeza de la entidad que prestó el servicio médico. Sin embargo, se presentan situaciones diversas que ameritan ser analizadas para no generalizar la respuesta judicial a circunstancias diferentes y aclarar el alcance de la responsabilidad por falta de consentimiento informado. Uno es el caso de la falta total de consentimiento y otro cuando el paciente expresó la voluntad de someterse al procedimiento pero faltó información acerca de los riesgos y consecuencias de la intervención. Al respecto la Sala considera que el derecho de los pacientes a decidir sobre su cuerpo y su salud solamente se ve satisfecho si se concibe el consentimiento informado como un acto responsable y respetuoso de las circunstancias particulares de cada persona y no como un formato genérico que firma el paciente pero que no da cuenta de haberle informado, no solamente en qué consiste la intervención y qué alternativas tiene, sino todos los riesgos previsibles y las secuelas o consecuencias de la operación.*¹⁰”

2.5. Caso concreto y lo demostrado en el proceso

§29. Según el informe de intervención de prevención del consumo de sustancias psicoactivas de la Escuela de la Policía “Alejandro Gutiérrez”¹¹, el 24 de junio de 2015 se realizó una actividad de prevención de consumo de sustancias psicoactivas, en el que consta que: **(i)** se hizo sensibilización sobre la actividad profesional de la policía; **(ii)** capacitación en adicciones con profesional médico en salud ocupacional; **(iii)** se explicó la técnica de recolección de muestras de orina, el consentimiento informado y se menciona en el informe que “... *se diligenció por cada funcionario...*”; **(iv)** se hizo desplazamiento a las baterías de baños para la recolección de muestras de orina, supervisada por profesionales de sanidad; **(v)** el cumplimiento del protocolo técnico de la cadena de custodia; **(vi)** el informe concluyó que se presentaron 7 resultados positivos.

§30. **Sobre el consentimiento informado** aparecen las siguientes pruebas que demostrarían que el demandante diligenció erróneamente el consentimiento informado con fecha 25 de junio de 2015, día posterior, pero analizadas en forma coherente los

⁹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN A- CONSEJERA PONENTE: DRA. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020). Radicado No. 66001-23-33-000-2015-00376-01 No. Interno: 62980.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN B- CONSEJERO PONENTE: DR. DANILO ROJAS BETANCOURTH. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicado No. 25000-23-26-000-2000-01924-01. No. Interno: 26660

¹¹ Parte 1 est. luis fernando castaño Jaramillo pp. 6-11

medios probatorios dan una alta probabilidad que el consentimiento informado sí se diligenció al momento en que se hizo la prueba toxicológica:

(i) en el expediente disciplinario aparece el consentimiento informado del estudiante Luis Fernando Castaño Jaramillo, accionante, suscrito el día siguiente 06-25-2015¹², o sea al día siguiente de la toma de la muestra;

(ii) en la diligencia de versión libre y espontánea sin la gravedad del juramento del estudiante Luis Fernando Castaño Jaramillo¹³, demandante, afirmó que “... *el día 24 de junio de 2015, se me hizo una prueba para la determinación de consumo de sustancias psicoactivas ... dejando constancia el consentimiento informado y firmado por el suscrito...*”. Como lo señaló la primera instancia, aunque esta manifestación no es plena prueba, puede valorarse en forma indiciaria con los demás medios de prueba.

(iii) en la declaración juramentada trasladada de otro expediente disciplinario, el Doctor Samuel Augusto Ángel Blanco¹⁴ -Jefe del Grupo de Gestión del Riesgo Ocupacional y Ambiental de la Dirección de Sanidad - expuso que el día en que se practicó la prueba, a los asistentes “... *se les explica el consentimiento informado y su objetivo mediante lectura completa del mismo, se les entrega en ese momento a cada uno para su diligencia ...*”;

(iv) el patrullero Jhon Emerson Machado Rentería¹⁵, a quien también se le hizo la prueba de toxicología afirmó sobre el consentimiento informado que “... *nos hicieron una serie de preguntas y diligenciamos el formato, ingresamos al baño donde estaban todos los que se iban a hacer la prueba...*”-sft-

§31. **Sobre la cadena de custodia**, se encuentra que sí se cumplió según las pruebas allegadas:

(i) el perito Víctor Hugo Hernández Muñoz¹⁶ de Medicina Legal detalló que en el protocolo de cadena de custodia lo más importante es mantener la cadena de frío para evitar la descomposición del material recolectado, por lo que la documentación que acompaña la muestra debe estar debidamente diligenciada;

(ii) la declarante bajo juramento Erika Maryeth Devia Suárez¹⁷, Bacterióloga del Hospital Central de la Policía Nacional, encargada de coordinar la toma de muestras, precisó que el donante entregaba el recipiente al personal de enfermería, quienes la sellaban, embalaban y guardaban en unas cavas con hielo;

(iii) el Doctor Samuel Augusto Ángel Blanco¹⁸ -Jefe del Grupo de Gestión del Riesgo Ocupacional y Ambiental de la Dirección de Sanidad – indicó que los donantes pasaron a las baterías sanitarias, en donde nuevamente se verificó que el tarro y que el consentimiento estén marcados, se destapaba el recipiente y se le

¹² Parte 1 est. luis fernando castaño Jaramillo pp. 39

¹³ Parte 1 est. luis fernando castaño Jaramillo pp. 59

¹⁴ Parte 2 est. luis fernando castaño Jaramillo pp. 10-11

¹⁵ Parte 3 est. luis fernando castaño Jaramillo pp. 6

¹⁶ fis. 21 vto y 124

¹⁷ Parte 2 est. luis fernando castaño Jaramillo pp. 15-17

¹⁸ Parte 2 est. luis fernando castaño Jaramillo pp. 10-11

hizo entrega del mismo, momento en el cual depositan la muestra; finalmente, se tapaba el frasco frente a los donantes, se ubicaba un sticker en la tapa y se guardaba en una cava de icopor para su transporte, y posteriormente ser analizado por el profesional en bacteriología;

(iv) el patrullero Jhon Emerson Machado Rentería¹⁹, a quien también se le hizo la prueba de toxicología confirmó que antes de ingresar a la batería sanitaria fue confirmada su identidad, se les hizo entrega del recipiente, el cual marcaron con sus datos personales, depositaron la muestra y entregaron el frasco a al personal que acompañó la actividad.

§32. El 29 de noviembre de 2015 se cerró la investigación.²⁰

§33. Conforme al acta 1147 del 31 de agosto de 2015 de la reunión con la directora de la Clínica la Toscana, en los resultados de la prueba practicada el 24 de agosto de 2015 el estudiante Luis Fernando Castaño Jaramillo resultó positivo para Tetra Hidro Cannabidol - THC – marihuana.²¹

§34. En cuanto a la fiabilidad de la prueba de toxicología y la permanencia de la marihuana en el cuerpo no existe alguna contradicción en los declarantes, toda vez:

(i) el perito Víctor Hugo Hernández Muñoz²² de Medicina Legal aclaró que en estas pruebas se habla de confiabilidad del resultado y no de certeza, que depende del buen estado de los equipos del laboratorio. Agregó que la sustancia de la marihuana Tetrahidrocanabinol -THC no se encuentra en ninguna otra planta conocida. Y permanece de dos a tres días en el cuerpo para el consumidor no habitual, en tanto para el consumidor habitual hasta dos o tres meses;

(ii) el Doctor Samuel Augusto Ángel Blanco²³ -Jefe del Grupo de Gestión del Riesgo Ocupacional y Ambiental de Dirección de Sanidad – aseveró que las pruebas iniciales (denominada prueba rápida) tienen una certeza del 96% que después llega al 100%, toda vez que los resultados positivos se verifican por el Hospital Central.

§35. El 31 de agosto de 2015 se dio apertura a la investigación disciplinaria 022/2015 por presunta comisión de una falta disciplinaria por el estudiante Luis Fernando Castaño Jaramillo.²⁴ En este auto se ordenó como prueba solicitar a Medicina Legal un examen al investigado para determinar la presencia de sustancias psicoactivas. En la misma fecha se notificó al estudiante esta apertura.

§36. El 7 de octubre de 2015 Medicina legal tomó una prueba de orina al estudiante para el laboratorio de toxicología forense.²⁵

¹⁹ Parte 3 est. luis fernando castaño Jaramillo pp. 6

²⁰ Parte 2 est. luis fernando castaño Jaramillo pp. 19-22

²¹ Parte 1 est. luis fernando castaño Jaramillo pp. 12-13

²² fis. 21 vto y 124

²³ Parte 2 est. luis fernando castaño Jaramillo pp. 10-11

²⁴ Parte 1 est. luis fernando castaño Jaramillo pp. 16- 20, 22

²⁵ Parte 1 est. luis fernando castaño Jaramillo pp. 34

§37. El 27 de noviembre de 2015 el estudiante Luis Fernando Castaño Jaramillo allegó al trámite disciplinario el resultado de un examen de toxicología practicado en la ciudad de Armenia, con resultado negativo para marihuana.²⁶

§38. **En cuanto a que no se tuvieron en cuenta pruebas de laboratorio a favor del demandante**, estas no invalidan los resultados de la primera muestra tomada el 24 de junio de 2015 porque:

(i) el perito Víctor Hugo Hernández Muñoz de Medicina Legal precisó que el THC de la marihuana permanece de dos a tres días en el cuerpo para el consumidor no habitual, en tanto para el consumidor habitual se acumula en el tejido graso, se va liberando lentamente y varias semanas después puede ser posible que se detecte;

(ii) la prueba que dio resultado positivo y fue base de la sanción se efectuó el 24 de junio de 2015, y las otras que dieron negativo se practicaron el 27 de noviembre de 2015²⁷ y el 19 de enero de 2016, que superaron el período de dos meses y medio señalado por el perito, por lo que los últimos exámenes a favor del actor no invalidan la muestra tomada el 24 de junio de 2015 y que dio positivo para THC.

§39. El proceso disciplinario culminó con el fallo de primera instancia del 23 de febrero del 2016²⁸ emitido por el Subdirector de la Escuela Alejandro Gutiérrez que le impuso la sanción disciplinaria de expulsión al señor Luis Fernando Castaño Jaramillo.

§40. Esta decisión fue confirmada por el fallo de segunda instancia del 16 de marzo de 2016.²⁹

§41. Mediante la resolución 000114 del 18 de marzo de 2016, la Policía Nacional retiró al estudiante Luis Fernando Castaño Jaramillo de la escuela de Carabineros “Alejandro Gutiérrez”.³⁰

§42. **En conclusión** y como se relató, la parte actora no demostró los cargos de la apelación pues:

§42.1. **No existió violación del debido proceso respecto al consentimiento informado del actor para tomar la muestra de laboratorio**, porque los testimonios recaudados y de la misma versión libre dada en el trámite disciplinario, son coherentes en que el día en que se practicó la prueba el actor completó y firmó el consentimiento informado, a pesar de la fecha colocada en el mismo.

§42.2. **Se respetó la cadena de custodia de la muestra tomada al demandante** y el apelante no demostró su violación.

²⁶ Parte 1 est. luis fernando castaño Jaramillo pp. 57-58

²⁷ Parte 1 est. luis fernando castaño Jaramillo pp. 57-58

²⁸ C1. Fl 9 a 26/154.

²⁹ C1. Fl 27 a 35/154.

³⁰ C1. Fl 6 a 8/154.

§42.3. **No existe incongruencia acerca de si la muestra tomada al demandante tiene certeza o confiabilidad**, entre las declaraciones de Samuel Augusto Ángel Blanco, Erika Maryeth Devia Suárez y el perito de Medicina Legal.

§42.4. **Las pruebas toxicológicas negativas para THC favorables al demandante no invalidan la muestra tomada el 24 de junio de 2015**, porque entre ellas existió un lapso superior a los tres meses, en que el THC desaparece del cuerpo.

§43. De la siguiente manera, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS

§44. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

§45. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§46. El Consejo de Estado consideró:

“(...) 50. La jurisprudencia de la Sala en materia de costas procesales, ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, la cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

51. En el caso, la Sala haciendo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echa de menos alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, quien dentro de sus facultades hizo uso de su derecho de acción. Por ello, esta sentencia se abstendrá de condenar al vencido. (...)”

§47. De esta manera, se condenará en costas y agencias en derecho a la parte demandante a favor de la demandada, cuya liquidación se hará conforme al artículo 366 del CGP, por aplicación del artículo 188 del CPCACA.

§48. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable 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 Segundo Administrativo del Circuito de Manizales del 29 de octubre de 2019, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Luis Fernando Castaño Jaramillo** contra la **Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional**, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante a favor de la parte demandada, cuya liquidación se hará conforme al artículo 366 del CGP, por aplicación del artículo 188 del CPCACA.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA SEXTA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: PUBLIO MARTÍN ANDRÉS
PATIÑO MEJÍA**

Sentencia de Segunda Instancia

Radicado: 1700133330012018-00281-02
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Laboral
Demandante: Magola Franco Pérez
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP
Acto judicial: Sentencia 19

Manizales, trece (13) marzo dos mil veintitrés (2023).

Proyecto discutido y aprobado en Sala ordinaria de la fecha.

§01. **Síntesis:** La demandante pretende se reliquide la pensión gracia con todos los factores percibidos el último año de servicios antes del estatus. El juzgado de primera instancia accedió a las pretensiones porque en el ingreso base de liquidación no se tuvo en cuenta un factor que había percibido la parte demandante el año anterior a la consolidación del estatus. La UGPP apeló porque la actora no tiene derecho a la reliquidación pues la pensión se liquidó con los factores certificados por la entidad territorial, y solicitó se revoque la condena en costas. La sala confirma la sentencia de primera instancia.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora **Magola Franco Pérez**, demandante, contra la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP**, demandada. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la demandante en contra de la sentencia proferida por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, el 23 de agosto de 2021 que accedió las pretensiones.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda que solicita la reliquidación de pensión gracia.¹

§03. La señora Magola Franco Pérez pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones **RDP 043350 del 20 de noviembre de 2017, RDP 03839 del 02 de febrero de 2018, RDP 06068 del 15 de febrero de 2018** expedidas por la UGPP, que le negaron la reliquidación de la pensión gracia en sedes administrativa, de reposición y apelación.

§04. A título de restablecimiento del derecho, solicitó reliquidar, ajustar y pagar la pensión gracia incluyendo en el monto, la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior en que adquirió el status pensional.

§05. La demandante mediante Decreto D0117F del 25 de febrero de 1976 fue nombrada como docente en propiedad en el municipio de Manizales desde el 04 de marzo de 1976.

§06. Al cumplir los requisitos de ley solicitó el reconocimiento de una pensión gracia, la cual fue concedida mediante Resolución 1285 del 24 de enero de 2008; no obstante, no se tuvieron en cuenta el promedio de todos los factores salariales devengados los 12 meses anteriores al cumplimiento del estatus.

§07. Afirmó que, solicitó a la UGPP el reajuste de su pensión gracia con inclusión de algunos factores salariales que no fueron tenidos en cuenta al momento de la liquidación de la prestación, la cual fue negada por los actos demandados.

§08. Como fundamentos de derecho invocó los artículos: 1, 25, y 53 de la Constitución Política; 127 del Código Sustantivo del Trabajo; 1 y 4 de la ley 114 de 1913; 4 de la ley 4ª de 1996; 5º del Decreto 1743 de 1966, y la Ley 50 de 1990.

§09. Como concepto de violación expuso que la pensión gracia no se adquiere por haber hecho aportes sino como una prestación por el cumplimiento de los años de labores, por lo que se debe tener en cuenta todos los factores devengados el último año de servicios antes de adquirir el estatus.

1.2. Contestación de la UGPP²

§10. Solicitó que se nieguen las pretensiones. Sobre los hechos admitió la expedición de los actos demandados, e insistió que la pensión se reconoció conforme al certificado expedido por el municipio de Manizales, donde consta que la parte demandante percibió el último año de servicios antes del estatus, los factores de: asignación básica, sobresueldo, prima de vacaciones y navidad..

§11. **Propuso y sustentó como medios exceptivos los siguientes:**

¹01Demanda.Pdf

² 01 Demanda. pág. 162/171 Pdf

§11.1. **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido:** Precisó que una vez revisado el acto administrativo que reconoció la prestación se advierte que se incluyeron todos y cada uno de los factores certificados por la Secretaria de Educación de Manizales, asignación básica, sobresueldo, prima de vacaciones y prima de navidad.

§11.2. **Buena fe:** Los actos administrativos fueron emanados de conformidad a los preceptos legales

§11.3. **Prescripción:** Solicitó que se aplique la prescripción prevista para las acciones laborales y prestaciones periódicas contempladas en los artículos 488 del CST y 151 del C.P del T.

§11.4. **Genérica.**

1.3. La Sentencia que accedió a las pretensiones³

§12. El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales profirió sentencia en los siguientes términos:

“PRIMERO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora MAGOLA FRANCO PÉREZ en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL – UGPP conforme a los motivos expuestos.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de las resoluciones RDP 043350 del 20 de noviembre de 2017, RDP 3839 del 02 de febrero de 2018 y RDP 06068 del 15 de febrero de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL - UGPP reliquide la pensión gracia de la señora Magola Franco Pérez, según los postulados expuestos en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: Declarar no probada las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y buena fe propuestas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL – UGPP

QUINTO: Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL – UGPP de conformidad con los motivos expuestos.

SEXTO: La diferencia de los valores dejados de percibir y lo que se pagó, deberá ser indexado desde la fecha de su causación hasta la ejecutoria de la sentencia, mediante la fórmula financiera establecida por el Consejo de Estado, la cual se aplicará mes a mes, al ser una prestación periódica.

(...)OCTAVO: Se condena en costas a la parte demandada las cuales se liquidarán por la Secretaría del Despacho en su debida oportunidad, y en las que se tendrán en cuenta las Agencias en Derecho a favor del demandante y a cargo de la demandada,

³ 18Sentencia.Pdf

las cuáles se fijan en el 6% de las pretensiones reconocidas y que corresponde a la sumas de: un millón cuatrocientos treinta y ocho mil treinta y ocho pesos (\$ 1.438.038). ...”

§13. En desarrollo de la audiencia inicial, conforme al trámite procesal previsto en el artículo 180 del CPACA y relacionadas las pruebas obrantes en el proceso sub examine, abordó el siguiente problema jurídico:

¿La demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión gracia teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado durante el año de servicios anterior a la adquisición del status con la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos en ese mismo lapso?

§14. La primera instancia efectuó un recuento normativo respecto de la regulación de la pensión de gracia que trata la Ley 114 de 1913, para precisar que se constituye como un privilegio que ostentan los docentes territoriales frente a la remuneración de los docentes nacionales.

§15. El juzgado realizó un análisis de las pruebas practicadas para concluir que la asignación adicional 2J 1000 25% no se tuvo en cuenta para la liquidación, devengada entre el 29 de noviembre del 2005 al 28 de noviembre del 2006, según certificación consecutivo 5513 -2021 del 03 de agosto de 2021 allegada por el Municipio de Manizales, y expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§16. De esta forma, se concedieron las pretensiones de la demanda.

1.4. De la apelación de la demandada⁴

§17. La accionada solicitó que sea revocada la sentencia, con los siguientes fundamentos:

§17.1. La pensión fue concedida inicialmente conforme al certificado expedido por el municipio de Manizales de los factores percibidos el último año de servicios antes del estatus, donde solo figuran: asignación básica, sobresueldo, prima de vacaciones y prima de navidad.

§17.2. Solicitó se revoque la condena en costas, porque “... *la demandada no ha obrado en forma temeraria, y su actuación ha sido siempre en derecho y procurando la protección del recurso del Estado*”.

1.5. Actuación y Alegatos

§18. El 21 octubre de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto y se corrió traslado de alegatos⁵.

⁴ 27 Apelación Pdf

⁵ 02 Cuaderno de Apelación . Pdf

§19. La parte demandante y el Ministerio Público permanecieron silentes.

§20. La parte demandada, reiteró los argumentos invocados en el recurso de alzada relativos a la improcedencia de acceder a la reliquidación de la pensión gracia.

2. Competencia

§21. Este Tribunal es competente para conocer de la controversia, en concordia con el artículo 153 del CPACA.

2.1. Problema Jurídico

§22. *¿La señora Magola Franco Pérez tiene derecho a que se reliquide y pague la pensión gracia con el promedio de salario y los factores salariales devengados en el año anterior al status pensional?*

§23. *¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?*

2.2. La Pensión Gracia se liquida con todos los factores salariales percibidos el año anterior a la consolidación del estatus

§24. La pensión gracia fue creada por la Ley 114 de 1913, la cual en su artículo 1° fijo los presupuestos requeridos para acceder a la misma, inicialmente dirigido a los maestros de escuelas primarias oficiales servidos al Magisterio, por un término no menor de 20 años; posteriormente las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 fue extendida a los empleados y profesores de las escuelas normales, a los inspectores de instrucción pública y a los maestros de secundaria.

§25. Posteriormente la Ley 4 de 1966, en su artículo 4, dispuso: “*A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.*”

§26. La anterior normativa fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966 en el artículo 5°, donde precisó el monto de liquidación de las pensiones de jubilación y de invalidez de los trabajadores de las entidades de Derecho Público, sería con base el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios,.

§27. Por su parte la Ley 91 de 1989, en su artículo 15, numeral 2°, literal a), limitó la vigencia temporal del derecho al reconocimiento de la pensión gracia para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980.

§28. En cuanto a la liquidación de la pensión gracia, la sentencia del Honorable Consejo de Estado del 16 de octubre de 2020⁶ recalcó que se liquida con todos los factores percibidos el último año de servicios anterior al estatus:

“3.4.2 Liquidación de la pensión gracia. En lo que se refiere a la liquidación de la pensión gracia se debe observar lo reglado en el artículo 2 de la Ley 114 de 1913, según el cual «[l]a cuantía de la pensión será la mitad del sueldo que hubieren devengado en los dos últimos años de servicio. Si en dicho tiempo hubieren devengado sueldos distintos, para la fijación de la pensión se tomará el promedio de los diversos sueldos».

Luego, el artículo 1 de la Ley 24 de 1947, «por la cual se adiciona el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945 y se dictan otras disposiciones de carácter social», dispone:

Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo, en relación con la jubilación y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de aquellas. Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales con aporte a varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial.

[...]

PARAGRAFO 2. *Cuando se trate de servidores del ramo docente, las pensiones de jubilación se liquidarán de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante el último año [destaca la Sala].*

Cabe advertir que si bien la anterior norma determinó que las pensiones de jubilación de los docentes se liquidarían con base en el promedio de lo devengado en el último año, lo cierto es que el legislador omitió precisar si esa anualidad era la precedente al retiro del servicio o si, por el contrario, era menester tener en cuenta la fecha de adquisición del estatus pensional.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 4.ª de 1966 preceptúa:

A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

La anterior Ley no discriminó ninguna pensión de las recibidas por los servidores oficiales y su Decreto reglamentario 1743 de 1966 estableció en su artículo 5:

A partir del veintitrés de abril (23) de 1966 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público.

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN “B”- Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER- Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil veinte (2020).Radicación número: 13001-23-33-000-2014-00286-01(0752-19)

De lo anterior se colige que la base de liquidación de las pensiones de que gozaban los servidores públicos estaba constituida por el 75% del salario recibido por el empleado en último año de servicios.

El Decreto 224 de 1972, «por el cual se dictan normas relacionadas con el ramo docente», prescribe:

El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad.

La norma citada permitió la compatibilidad entre la prestación del servicio docente y el disfrute de la pensión de jubilación, incluida la gracia, hasta cuando el maestro cumpliera la edad de 65 años, cuando se le retiraría forzosamente de sus labores.

A su vez, las Leyes 33¹¹ y 62¹² de 1985 determinaron los requisitos de tiempo de servicio, edad y monto de la pensión de jubilación de los servidores públicos, así:

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) 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.

*Sin embargo, el inciso 2 del referido artículo 1 de la Ley 33 de 1985 señaló que «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**» (se destaca), razón por la cual no resultan aplicables a la pensión gracia los aspectos previstos en el régimen general de pensiones, al comportar esta una prestación especial que cuenta con una normativa específica respecto de su liquidación.*

Sobre el particular, el Consejo de Estado, en sentencia de 12 de julio de 2012, discurrió así:

*Ahora, en el año de 1985, con la expedición de la Ley 33 se conservó el quantum del valor pensional en el 75%, **se modificó la edad para otorgar las pensiones generales y los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación**, ya que se dispuso que el monto del 75% de la asignación se calcularía sobre el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.*

Sin embargo, esta normatividad exceptuó de su aplicación expresamente en su artículo 1, a aquellos empleados que por Ley disfrutaran de un régimen especial de pensiones.

[...]

La norma es suficientemente clara al respecto, y lógico es deducir, que pensiones de régimen especial como la que nos ocupa, no podrían ser liquidadas al abrigo del ordenamiento invocado, pues el mismo Legislador las excluyó de su ámbito de aplicación al consagrar expresamente tal excepción, como se infiere del aparte transcrito; así, tampoco puede atenderse a lo dispuesto en la Ley 62 de 1985 pues ésta tan solo modificó el artículo 3 de la citada Ley 33, por lo que se mantuvo

incólume lo dispuesto en su artículo 1 en cuanto al régimen de excepción en su aplicación.

*Ahora, si se tiene en cuenta que la pensión gracia, no obstante estar a cargo del Tesoro Nacional se **causa sin que se requieran aportes a ésta, mal podría liquidarse con base en el valor de los aportes realizados durante el último año de servicios, en tanto estos resultan inexistentes frente a dicha prestación.***

En este sentido, el aspecto neurálgico que ha generado mayor controversia entre los beneficiarios de la pensión gracia, corresponde precisamente a la forma como se debe liquidar por parte de la Caja Nacional de Previsión, en virtud a que dicha Entidad ha adoptado para tal efecto las normas anteriormente mencionadas -Ley 33 y 62 de 1985- sin consultar su adecuada aplicación, procedimiento con el cual quedan excluidos de la liquidación de esta prestación especial, una serie de factores salariales que sin duda alguna afectan los intereses económicos y patrimoniales de los pensionados, quienes en forma injusta ven menguada su prestación, debido a una errónea interpretación y aplicación de la Ley.

Al respecto, resulta claro que la excepción analizada anteriormente, consagrada en la Ley 33 de 1985, impide la aplicación de las disposiciones generales allí contenidas frente a la liquidación pensional de la pensión aludida, por lo que se habilita la observancia de lo dispuesto en éste sentido en el régimen anterior contenido en la Ley 4ª de 1966 y en su Decreto Reglamentario -1743 de 1966- referenciados inicialmente, ya que no discriminó ni excluyó de su aplicación pensión alguna de las percibidas por los servidores oficiales. Así, la pensión gracia al tenor de estas disposiciones debe liquidarse en la forma allí señalada, esto es, tomando como base el promedio mensual de los salarios obtenidos en el último año de servicios; sin embargo debe precisarse que a diferencia de las pensiones ordinarias, ese último año de servicios refiere el año anterior a la adquisición o consolidación del derecho pues es el momento a partir del cual empieza efectivamente a devengarse en tanto su carácter especial admite su compatibilidad con el salario, de manera que para su percepción no es necesario el retiro definitivo del servicio, es decir, que el derecho se perfecciona con el cumplimiento de la totalidad de requisitos establecidos por el Legislador para su otorgamiento, lo que hace improcedente su reliquidación con base en los factores salariales devengados en el año anterior al retiro [negrilla de la Sala].

DE ACUERDO CON LA JURISPRUDENCIA ARRIBA TRANSCRITA LA PENSIÓN GRACIA DEBE SER LIQUIDADADA CON EL 75% DE LA TOTALIDAD DE LOS FACTORES SALARIALES DEVENGADOS POR EL DOCENTE EN EL AÑO ANTERIOR A LA ADQUISICIÓN DEL ESTATUS PENSIONAL, de conformidad con la Ley 4.ª de 1966 y el Decreto 1743 de ese año, por cuanto expresamente el artículo 1 (inciso 2) de la Ley 33 de 1985 excluyó las pensiones especiales del régimen ordinario allí previsto.

Así las cosas, la Sala encuentra necesario determinar ahora, qué factores son los que vienen a integrar el concepto de salario, pues sobre él es que se entra a precisar la base líquida para el 75%, que corresponde al monto final de la pensión.

La remuneración o salario equivale a todo lo devengado por el empleado o trabajador como consecuencia directa o indirecta de su relación laboral; comprende entonces, los sueldos, primas, bonificaciones y demás reconocimientos que se hagan directa o indirectamente por causa o por razón del trabajo o empleo sin ninguna excepción.

En torno al tema, el Decreto 1160 de 1947, en su artículo 6 (párrafo 1), prevé que salario es «[...] todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique

directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones [...]».

Y es que lo dispuesto en este Decreto también lo tiene previsto el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, que aunque aplicable al régimen laboral individual de carácter privado, bien merece traerlo a colación por tratarse de una consagración de derechos mínimos, pues prescribe que constituye salario «[...] todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones».

En conclusión, el salario está constituido por todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por su labor.”-versalita resaltada fuera del texto-

2.3. Lo demostrado en el proceso y caso concreto

§29. La parte demandante nació el **28 de noviembre 1956**, de tal manera que cumplió la edad de 50 años el **28 de noviembre de 2006**⁷.

§30. Mediante **Resolución 01285 del 13 de febrero de 2008**, expedida por CAJANAL E.I.C.E, se le reconoce una pensión gracia a favor de la señora Magola Franco Pérez en cuantía de \$ 2.113.062.92, equivalente al 75% sobre el promedio mensual devengado durante el último año del status, a partir del **28 de noviembre de 2006**.

§31. En la liquidación se tuvieron en cuenta los siguientes elementos salariales: asignación básica-2005, asignación básica 2006, prima de navidad, prima de vacaciones 2005, sobresueldo 30% 2005 y Sobresueldo 30% -2006.

§32. Sin embargo, en la etapa de pruebas del proceso, se allegó certificado de los factores salariales percibidos por la demandante, expedido por la Secretaría de Educación del municipio de Manizales – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, donde señaló que también había percibido el factor salarial “AA-Asignación Adicional 2J>1000 25%”, por \$461.497 en 2005 y \$484.572 en 2006.⁸

§33. La parte demandante solicitó en diciembre de 2017 la reliquidación de la pensión con todos los factores percibidos que no fueron tenidos en cuenta en el reconocimiento de la prestación.

§34. A través de las Resoluciones **RDP 043350 del 20 de noviembre de 2017**⁹, **RDP 003839 de 02 de febrero de 2018**¹⁰, **RDP 006068 del 15 de febrero de 2018**¹¹, la entidad negó la solicitud, porque la peticionaria no reúne los requisitos señalados por la Ley para acceder a la reliquidación de la pensión gracia.

⁷ 68-70/171. 01Cuaderno. Pdf

⁸ 22RespuestaOficioMunicipioManizales

⁹ 43/171. 01Cuaderno. Pdf

¹⁰ 30/171. 01Cuaderno. Pdf

¹¹ 23/171. 01Cuaderno. Pdf

§35. Es claro que la entidad no tuvo en cuenta un factor salarial percibido por la demandante el año anterior a la prestación de servicios antes de consolidar el estatus, entre 2005 a 2006, por lo que la parte demandante tiene derecho a la reliquidación, y se confirmará la sentencia de primera instancia.

2.4. La condena en costas de primera instancia

§36. La parte apelante solicita se revoque la condena en costas de primera instancia, porque no incurrió en conductas de mala fe o temeridad.

§37. La sección segunda del Consejo de Estado¹² especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo - valorativo para la condena en costas:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

§38. Sobre el particular la sentencia de primera instancia **sí** valoró la condena en costas:

“Con fundamento en el art. 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la parte demandada LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCAL – UGPP, en favor de la parte actora, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al CGP (Arts. 365 y 366). Lo anterior habida cuenta que para lograr el incremento prestacional la actora tuvo que acudir a los servicios profesionales de un abogado quien actuó efectivamente presentando la demanda y realizando todas las gestiones pre procesales y procesales para lograr el reconocimiento del factor salarial para ser incluido en su pensión.

Así las cosas por agencias en derecho se fijan las sumas correspondientes al 6% de las pretensiones en cada uno de los procesos, conforme lo estipulado en el artículo 5º numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.”

§39. En consecuencia, como se calificó valorativamente la conducta de la entidad demandada, se confirmará la condena en costas de primera instancia.

§40. En cuanto a las costas de segunda instancia, como no se causaron ni la parte demandante intervino en alegatos, no se hará condena en este aspecto.

§41. En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹² 21Consejo de Estado Sala de la Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A C.P. Dr. William Hernández Gómez Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01

SENTENCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 23 de agosto 2021, proferida por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MAGOLA FRANCO PÉREZ**, contra **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP**.

SEGUNDO: No condenar en costas a la parte apelante.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, háganse las anotaciones respectivas y remítase al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

**República de Colombia
Rama Judicial**



**Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Eduardo Antonio Vásquez Méndez
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP
Radicado: 17-001-33-39-008-2018-00322-02
Acto judicial: Sentencia 22

Manizales, trece(13) de marzo dos mil veintitrés (2023).

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de Decisión de la presente fecha.

Asunto

§01. **Síntesis:** La parte demandante solicita la sustitución de la pensión gracia que devengaba su **cónyuge** fallecido. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones por no haberse demostrado la convivencia de la pareja los últimos cinco años de vida. La Sala confirma la sentencia.

§02. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 01 de diciembre de 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho** interpuesto por **Eduardo Antonio Vásquez Méndez**, demandante, en contra de la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social** – en adelante **UGPP**-, demandada. La sentencia de primera instancia negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sustitución de la pensión gracia¹

§03. El señor Eduardo Antonio Vásquez Méndez pretende la nulidad de la **Resolución PAP 013147** del 13 de septiembre de 2010 a través de la cual la Caja Nacional de Previsión Social – en adelante CAJANAL- negó el reconocimiento y el pago de la sustitución de la pensión gracia a la parte actora por fallecimiento de su cónyuge, la señora **María Adalgiza Díaz de Vásquez**. A título de restablecimiento del derecho, pidió se le reconozca y condene a la demandada al pago de la prestación y la indexación de los valores reconocidos.

§04. Como hechos precisó que entre la señora María Adalgiza Díaz de Vásquez, causante, y el señor Eduardo Antonio Vásquez Méndez, demandante, contrajeron matrimonio el 24 de enero de 1972 en la Dorada/Caldas. Fruto del matrimonio procrearon a Adriana, Mauricio, Eduardo, Rosa Helena y Cristhian Andrés Vásquez Díaz.

§05. La señora María Adalgiza Díaz de Vásquez se desempeñó como docente en la Dorada/Caldas en la I.E. Marco Fidel Suarez, desde el 17 de julio de 1978.

§06. CAJANAL mediante la resolución 019196 del 07 de septiembre de 2000 reconoció la pensión gracia a la señora María Adalgiza Díaz de Vásquez, con efectos fiscales a partir del 01 de noviembre de 1998. Dicha pensión fue reliquidada a través de la resolución 23849 del 11 de noviembre de 2004.

§07. La señora María Adalgiza Díaz de Vásquez falleció el 07 de septiembre de 2006.

§08. A causa del fallecimiento, el señor Eduardo Antonio Vásquez Méndez, solicitó a CAJANAL el reconocimiento de la sustitución de la pensión gracia que devengaba la señora María Adalgiza Díaz de Vásquez, la cual fue negada a través de resolución PAP 013147 del 13 de septiembre de 2010.

§09. Invocó como normas violadas la Ley 71 de 1988, el Decreto 1160 de 1989 y la Ley 100 de 1993.

§10. Como fundamento de la violación señaló que la Ley 71 de 1988 establece los derechos mínimos para las sustituciones pensionales en forma vitalicia al cónyuge superviviente, al compañero o compañera permanente, por lo que el actor tiene derecho a la sustitución.

¹ ExpJ8 Esc. 03

1.2. La UGPP contestó que el actor no demostró la convivencia con la causante los últimos cinco años de vida ²

§11. Se opuso a las pretensiones y solo aceptó los hechos concernientes a los actos administrativos citados en la demanda.

§12. Propuso las siguientes excepciones.

§12.1. **Falta de agotamiento de la reclamación administrativa**, porque la parte actora en ningún momento ha presentado reclamaciones ante la UGPP, o sea, no agotó la vía administrativa ante la demandada.

§12.2. **Proceder legal de la entidad demandada:** Argumenta que CAJANAL aplicó la Ley 797 de 2003, vigente al momento del fallecimiento de la causante, que exige probar la existencia de una real convivencia entre la pensionada y el cónyuge, lo que no demostró el actor.

§12.3. **Buena fe:** Los actos administrativos demandados se expidieron conforme a los preceptos legales y constitucionales.

§12.4. **Prescripción:** Según lo previsto en el artículo 488 del C.S. del T. y el 151 del C.P. del T.

§12.5. **Genérica.**

1.3. La sentencia que negó las pretensiones³

§13. El Juez Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de “PROCEDER LEGAL DE LA ENTIDAD DEMANDADA”; propuesta por la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control y nulidad y restablecimiento del derecho instauró el señor EDUARDO ANTONIO VÁSQUEZ MÉNDEZ en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.”

§14. El Juez de primera instancia definió los siguientes problemas jurídicos:

¿Establecer si hay lugar a declarar la nulidad de la Resolución PAP 013147 del 13 de septiembre de 2010, a través de la cual la Caja Nacional de Previsión Social EICE en liquidación negó la sustitución de la pensión gracia solicitada por el señor Eduardo

² ExpJ8 Esc. 08

³ ExpJ8 Esc. 35

Antonio Vásquez Méndez, correspondiente a la docente María Adalgiza Díaz de Vásquez?

¿Determinar si el señor Eduardo Antonio Vásquez Méndez tiene derecho al reconocimiento y pago de la Sustitución de la Pensión Vitalicia de Jubilación de la docente fallecida María Adalgiza Díaz de Vásquez, como cónyuge supérstite?

§15. En cuanto a la normativa aplicable, el juzgado consideró que por ser la pensión gracia una prestación exceptuada por el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, en principio, se le aplica el régimen de sustitución de la Ley 71 de 1988, salvo en lo que sea más beneficiosa la primera.

§16. El juzgado señaló que la parte actora no probó la convivencia con el causante durante los últimos 5 años, porque: **(i)** se allegaron documentos de la existencia de un vínculo matrimonial de la causante y el actor; **(ii)** solamente un testigo de la parte demandante confirmó que hubo una convivencia de la permanente pareja desde 1972 hasta la muerte de la causante en 2006; **(iii)** en el expediente administrativo aparecen declaraciones extrajuicio que atestiguan que en los últimos años de vida de la causante la pareja no tuvo convivencia; **(iv)** en el mismo expediente aparece documento suscrito por los hijos de la pareja donde afirmaron que el demandante los abandonó desde 1978; **(v)** en dicho expediente aparece documento suscrito por la causante ante la alcaldía de Icononzo del 25 de enero de 1978, donde denunció que se separaba del hogar junto con sus hijos por maltrato y se iría a vivir en el municipio de La Dorada – Caldas; **(vi)** tampoco el actor allegó documentación como fotografías y/o videos de cumpleaños, fiestas, fechas especiales y demás, que respaldara la convivencia de la pareja los últimos cinco años de vida.

§17. Por lo que se tuvo por no demostrada la convivencia y se negaron las pretensiones.

1.4. La apelación del demandante reitera el cumplimiento del requisito de convivencia con la causante⁴

§18. Solicitó que se revoque la sentencia, y se acceda a las pretensiones, con los siguientes fundamentos: **(i)** se demostró que la pareja convivió desde los primeros años de matrimonio al procrear cinco hijos al menos en diez años; **(ii)** la sociedad conyugal estaba vigente al igual que los efectos civiles del matrimonio católico, condición que es suficiente para que el señor VASQUEZ MEDNEZ, tenga derecho a la sustitución pensional; **(iii)** como la señora MARIA ADALGIZA DIAZ DE VASQUEZ falleció en vigencia de la ley 797 de 2003, es esa norma la que se aplica y no otra, por el principio de la condición más beneficiosa; **(iv)** en pronunciamiento del 17 de julio de 2020 del Consejo de Estado se unió a la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde indicó que los últimos cinco años de convivencia que se exigen al cónyuge pueden demostrarse en cualquier tiempo; **(v)** el Consejo de Estado en sentencia del 21 de enero de 2021 afirmó que la convivencia solo se exige de la compañera, más no del cónyuge separado de cuerpos sin liquidación de la sociedad conyugal.

⁴ ExpJ8 Esc. 37

1.5. Actuación de segunda instancia⁵

§19. El 14 de febrero de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y se corrió traslado de alegatos de conclusión, donde no se pronunciaron las partes ni el Ministerio Público.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§20. Conforme al artículo 153 del CPACA este Tribunal es competente para conocer del presente asunto.

2.2. Problemas Jurídicos

§21. ¿El señor Eduardo Antonio Vásquez Méndez en calidad de CÓNYUGE tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de la pensión de gracia de la señora María Adalgiza Díaz de Vásquez?

2.2.1. Sentencia de unificación sobre la sustitución de la pensión gracia por causa de muerte, donde se aplica la norma vigente al fallecimiento

§22. En la sentencia de unificación del 11 de agosto de 2022, el Consejo de Estado⁶ consolidó los criterios acerca de las normas que regula la sustitución de la pensión gracia, de la siguiente manera:

§22.1. La pensión gracia fue creada y regulada por las leyes 114 de 1913 -arts. 1 y 4-, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989 – art. 15.2.a)-, con estas características: **(i)** es una recompensa para los maestros que prestaban sus servicios docentes en la primaria, normalistas, los inspectores de instrucción pública, y quienes completaran los servicios en secundaria, de carácter territorial; **(ii)** se reconoce a los docentes que fueron vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980; **(iii)** se consideraba gratuita porque no existía la noción de aportes o cotizaciones, sino el cumplimiento de 20 años de servicios y 50 años de edad.

§22.2. La norma que regula la sustitución de pensión gracia es la vigente para la fecha del fallecimiento del pensionado o del maestro, a saber: los artículos 10 de la Ley 22 de 1945, la Ley 171 de 1961, la Ley 33 de 1973, la Ley 71 de 1988, o los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

§22.3. La sentencia de unificación dictó las siguientes conclusiones y regla de unificación, donde destaca que, si el causante de la pensión falleció después de la

⁵ Exp. Esc. 02

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Sentencia de unificación jurisprudencial SUJ -029- CE-S2 de 2022. Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil veintidós (2022) Radicado: 23001-23-33-000-2014-00444-01 555 N° Interno: 1655-2017

vigencia del nuevo Sistema de Seguridad Social Integral, el requisito de convivencia de los beneficiarios no se rige por la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, sino la Ley 100 de 1993 y las normas complementarias:

“127. La pensión gracia es una prestación especial, gratuita, no requiere afiliación ni aportes. Por tanto, visto que no contiene una regulación propia sobre la sustitución pensional, la jurisprudencia ha aplicado las normas generales.

128. La norma aplicable en materia de sustitución pensional es la vigente para la fecha del fallecimiento del maestro o del docente pensionado.

129. Acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005 los requisitos de los beneficiarios de la sustitución pensional y pensión de sobrevivientes, en cuanto a la convivencia, son los previstos en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, contenidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, si son las normas vigentes para la fecha del fallecimiento del causante.

130. El Acto Legislativo 01 de 2005 dispone que “En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”, lo que se debe leer en armonía con el criterio según el cual la norma aplicable en materia de sustitución pensional es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante.

131. En todo caso, la aplicación de la Ley 100 de 1993 y complementarias, respecto a los requisitos que deben demostrar los beneficiarios, si es la norma vigente para la fecha del fallecimiento del maestro o del pensionado, se aplica en tanto sea compatible con la pensión gracia, como pensión especial.

132. Por ende, para reconocer la sustitución de la pensión gracia al cónyuge supérstite o al compañero permanente, se aplican las normas del Sistema General de Pensiones sobre convivencia en materia de pensión de sobrevivientes, si son los preceptos vigentes para la fecha del fallecimiento, sin perjuicio de los derechos adquiridos bajo normas anteriores. En el caso de estar vigente el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se exige al cónyuge o al compañero acreditar no menos de 5 años de convivencia con el docente o el pensionado.

133. En consecuencia, la Sala establece la siguiente regla de unificación:

La norma aplicable sobre el requisito de convivencia para el cónyuge supérstite o el compañero permanente en materia de sustitución de pensión gracia es la vigente para la fecha del deceso del causante, en armonía con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, que remite a las leyes del Sistema General de Pensiones, sin perjuicio de los derechos adquiridos bajo normas anteriores. En el caso de estar vigente el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se exige al cónyuge o al compañero acreditar no menos de 5 años de convivencia con el docente o el pensionado.”-sft-

§23. En este caso específico, las leyes 71 de 1988 y 797 de 2003 señalan:

La Ley 71 de 1988:

“Artículo 3o.- Extiéndase las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma

vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tenga extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.” -sft.

Y la Ley 797 de 2003 precisa para este caso específico de reclamo del cónyuge sin convivencia simultánea con un compañero:

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte:...

b) ... inc.3°. En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...”-sft-

§24. Como la causante, señora María Adalgiza Díaz de Vásquez falleció el 07 de septiembre de 2006, la convivencia se regula por el artículo 13, literal a) de la Ley 797 de 2003, previamente citado.

§25. La Sentencia C-1094 de 2003 de la Corte Constitucional, declaró exequible el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. O sea, cuando la pensión de sobreviviente solamente la reclama el cónyuge que tenga más de 30 años de edad, debe acreditar la convivencia de no menos de cinco años continuos con anterioridad a la muerte del causante pensionado: *“El hecho de establecer algunos requisitos de carácter cronológico o temporal para que el cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite sea beneficiario de la pensión, no significa que el legislador haya desconocido o modificado la legislación civil sobre derechos y deberes de los cónyuges emitida en desarrollo del artículo 42 de la Constitución, pues la seguridad social representa un área autónoma frente al ordenamiento civil (CP, arts. 42 y 48).”*

§26. En cuanto al argumento del demandante que la convivencia con la causante puede demostrarse en cualquier tiempo, se refiere al artículo 13, literal b), inciso 3 ídem, que

se aplica cuando hay conflicto de reclamación entre cónyuge y compañero(a), como lo expresa literalmente esta norma: *“Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;”*

§27. Ciertamente, distinto a este caso que se trata de la reclamación solamente del cónyuge superviviente, cuando el matrimonio se separó de hecho y al proceso concurren el cónyuge y el(a) compañero(a), las Altas Cortes sí son acordes que el cónyuge puede probar los cinco años de convivencia en cualquier tiempo: *“... cuando convergen a reclamar la pensión de sobrevivientes tanto la cónyuge superviviente del causante, con vínculo matrimonial vigente, como la compañera permanente, es oportuno, como lo adoptó la Corte Constitucional en sentencia T-128 de 2016, referirse al criterio esgrimido por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 41.821 de 20 de junio de 2012, sobre el alcance del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, modificadorio del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante 5 años en cualquier tiempo...*”⁷

§28. Se repite, como en este caso solamente reclama el cónyuge sobreviviente la sustitución de la pensión, debe probar una convivencia mínima de cinco años antes de la muerte de la causante.

§29. Y esta convivencia no se demuestra solamente con el solo acto matrimonial, como lo señala la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 31 de enero de 2007⁸: *“... En este sentido es pertinente anotar que la simple vigencia formal del vínculo matrimonial no es una circunstancia que conduzca forzosamente a la configuración de la vocación para percibir la pensión de sobrevivientes, pues si no está acompañada de la convivencia real al momento de la muerte o desde cuando el pensionado alcanzó los requisitos para la pensión ... Ciertamente se es cónyuge por virtud del matrimonio, pero no basta con la formalidad solemne de su celebración para conformar el grupo familiar protegido por la seguridad social. ...”-sft-*

§30. A reglón seguido, en la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia se aclara que la calidad de cónyuge familiar protegido por la seguridad social *“sólo se puede predicar de quienes, además, han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales.”-sft-*

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA SUBSECCION B- Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ- Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciséis (2016)- Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01576-00(AC)

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA DE CASACIÓN LABORAL- Magistrado Ponente: CARLOS ISAAC NADER- RADICACIÓN No. 29601- Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de enero de dos mil siete (2007).

§31. En cuanto a la convivencia, el artículo 176 del CC precisa como obligaciones entre los cónyuges “... *a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida.*” El artículo 178 ídem precisa la obligación de cohabitación: “... *Salvo causa justificada los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos y cada uno de ellos tiene derecho a ser recibido en la casa del otro.*” Y el artículo 179 ídem exige que “*Los cónyuges deberán subvenir a las ordinarias necesidades domésticas, en proporción a sus facultades.*”

§32. En suma: (i) la sustitución de la pensión gracia por muerte de la causante se rige por la norma vigente al fallecimiento; (ii) en este caso, el artículo 13.a de la Ley 797 de 2003, que exige al cónyuge sobreviviente que reclama la sustitución pensional de un pensionado, sin convivencia simultánea con otro compañero(a), sí debe demostrar cinco años de convivencia antes del fallecimiento del causante; (iii) el simple vínculo familiar no es suficiente sino que debe demostrarse la convivencia; y, (iv) la convivencia está compuesta por: un vínculo de auxilio mutuo, acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común.

2.2.2. De la relación matrimonial del señor Eduardo Antonio Vásquez Méndez con la señora María Adalgiza Díaz de Vásquez

§33. De las pruebas allegadas están demostrados los siguientes hechos:

§34. El 1º de noviembre de 1948 nació la señora María Adalgiza Díaz.⁹ El 27 de junio de 1946 nació el señor Eduardo Antonio Vásquez Méndez. El 24 de enero de 1972 contrajeron matrimonio¹⁰. En distintos documentos del proceso se anuncia que la pareja tuvo cinco hijos, pero no se allegaron los registros civiles de nacimiento.

§35. El 25 de enero de 1978, la señora María Adalgiza Díaz presentó un acta suscrita en la Alcaldía de Icononzo – Tolima, donde declaró que a partir de dicha fecha dejaba el hogar con sus hijos por abandono y maltrato del señor Eduardo Antonio Vásquez Méndez:

“... es su voluntad retirarse de este municipio y del lado de su esposo Eduardo Antonio Vásquez Méndez, agente de la Policía Nacional de ficción” en Melgar en la actualidad, por el motivo de darle mal trato en cuanto a lo moral y verbal se refiere y mantenerla retirada de su residencia, pues la deja sola con los niños en la vereda y el trabajando en Melgar, razón por la cual se le ha creado complejo a ella. En cuanto al mal trato moral que le da consiste en despedirla de la casa donde la tiene a incriminarla que se maneja mal con él. Le dice a los niños mayores que si ella se llega a ir del lado de él le quita los niños mayores y les dirá que la madre era una cualquiera. Preguntada que fue sobre si es su voluntad retirarse por los motivos antes expuestos, que por eso deja constancia en este Despacho, que se lleva a sus cuatro niños ADRIANA, cinco años, MAURICIO cuatros años, EDUARDO dos años, y ROSA ELENA VÁSQUEZ de quince meses, que se va a residir a casa de sus padres en la Dorada y para constancia se encuentra presente la señora madre MELVA OSORIO... DIAZ y su hermano ARIOSTO DE JESÚS DIAZ OSORIO, quienes son los

⁹ 4-Registro civil de nacimiento-Causante

¹⁰ 28-Registro%20Civil%20de%20Matrimonio-Conyuge.PDF

que la coayudan en el traslado. Manifiesta que hace de dejar constancia para que su esposo ni demás juzguen diferente a las reales circunstancias y para efectos de las diligencias penales que el pueda instaurar posteriormente. Manifiesta que en la Dorada va a residir en la dirección Barrio Los andes Cl. 10 No. 1-48 (la Dorada Caldas). Manifiesta también la señora Adalgiza Díaz que se retira para donde sus padres en vista, repitiendo del mal trato moral que su esposo le da y para procurar que él se enmiende en esa forma de vida que hasta ahora lleva y que cualquier duda contra ella se pueda cerciorar en la Dorada...”

§36. Después de la separación, el 11 de agosto de 1978 la señora María Adalgiza Díaz se vinculó como docente al servicio del Departamento de Caldas, hasta el 31 de diciembre de 1998.¹¹

§37. El 7 de septiembre de 2000 CAJANAL reconoció la pensión gracia a la señora María Adalgiza Díaz de Vásquez, por la resolución 019196, efectiva a partir del 1º de noviembre de 1998.

§38. El 07 de septiembre de 2006 murió la señora María Adalgiza Díaz de Vásquez.

§39. El 30 de noviembre el señor Eduardo Antonio Vásquez Méndez solicitó la sustitución de la pensión gracia de la señora María Adalgiza Díaz de Vásquez. Mediante la Resolución PAP 013147 del 13 de septiembre de 2010 CAJANAL negó el reconocimiento de la sustitución de la pensión gracia a la parte actora por fallecimiento de su cónyuge, la señora María Adalgiza Díaz de Vásquez.¹² El motivo de negación fue: *“Que si bien el peticionario allega con su solicitud Registro Civil de Matrimonio, y declaraciones extraproceso personal y de terceros, estas no son claras en establecer el tiempo real de convivencia con la causante, ya que el señor EDUARDO ANTONIO VASQUEZ, en su declaración, asegura haber convivido los últimos 5 años de vida con la señora MARIA ADALGIZA DIAZ DE VASQUEZ, y en las declaraciones de los terceros, estos afirman "que los esposos tenían una excelente -sic- relación y comunicación, encontrándose de manera esporádica", pero no establecen un periodo real de convivencia.”*

2.2.3. De las pruebas de convivencia de la pareja

§40. Como antes se señaló, en el régimen del artículo 13.a de la Ley 797 de 2003, el cónyuge que solicita la sustitución pensional, sin controversia de un compañero(a), debe demostrar que, en los últimos cinco años de vida de la causante, hubo una convivencia efectiva, esto es: un vínculo de auxilio mutuo, acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común.

§41. Para demostrar la convivencia, en el trámite administrativo reposan las declaraciones extraprocesales juramentadas depuestas ante la Notaría Cuarta de Manizales – Caldas-, el 23 de junio de 2008, donde se señaló¹³:

¹¹ 5-Certificado%20de%20factores%20salariales-Causante.PDF

¹² 41-Resoluciones%20que%20resuelve%20de%20fondo%20la%20petici%C3%B3n-Causante.PDF

¹³ 32- 33-Decraracion%20extrajuicio%20de%20terceros-Otro.PDF

§41.1. El señor José William Carmona Hernández indicó: *“Manifiesto que EDUARDO ANTONIO VASQUEZ, siempre tuvo una excelente relación y comunicación con su esposa MARIA ADALGIZA DIAZ, quien laboraba en La Dorada (Caldas), y manifiesto -sic- que ellos se encontraban en Manizales, Honda, La Dorada y Pereira hasta el momento de la muerte de la señora MARIA ADALGIZA DIAZ.”*

§41.2. El señor Álvaro Antonio Vásquez Cartagena precisó: *“Manifiesto bajo la gravedad del juramento que conocí de vista y trato a la señora MARIA ADALGIZA DIAZ DE VASQUEZ, ya fallecida, esposa de mi primo EDUARDO ANTONIO VASQUEZ MENDEZ. TERCERO. Manifiesto que ella se desempeñaba como profesora en el municipio de La Dorada (Caldas), y quien al momento de su muerte conservaba una excelente relación con su esposo EDUARDO ANTONIO VASQUEZ MENDEZ., quien ha laborado en los últimos años en la ciudad de Pereira como sastre y músico. CUARTO: Manifiesto que a pesar de la distancia entre los dos por razones laborales, se encontraban permanentemente en mi casa acá en Manizales, al igual que en Pereira y La Dorada (Caldas) y además nunca los vi distanciados en su relación matrimonial.”*

§42. La parte actora presentó el siguiente testimonio del señor José Esaú García Díaz¹⁴, quien dijo: **(i)** es amigo del actor desde la infancia; **(ii)** que la parte actora ingreso a la policía en el año de 1971; **(iii)** en el año 1972 se casó con la señora María Adalgiza Díaz de Méndez, la cual era docente; **(iv)** la señora María Adalgiza renunció como docente para acompañar al señor Eduardo Antonio a los lugares donde era trasladado; **(v)** en el año 1978 la señora Díaz volvió a desempeñarse como docente en la Dorada, Caldas hasta el momento de su fallecimiento; **(vi)** que procrearon 5 hijos; y, **(vii)** específicamente sobre la convivencia el declarante detalló:

“... la residencia realmente la formalizaron en el municipio de la Dorada Caldas, porque cuando a ella la nombraron de docente allá, era lógico que tenía que tener la residencia allá y el pues si iba a todos los sitios donde lo trasladaban y regresaba allá porque allá era la residencia porque ella trabajaba allá en la Dorada. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho cual fue el último lugar de domicilio o residencia del matrimonio Vásquez Díaz hasta el momento del fallecimiento de la señora Diaz. CONTESTADO: La dirección de la casa exactamente pues no la sé, pero fue en el Municipio de la Dorada porque ella era docente allá, allá estuvo hasta el día de su muerte, porque ella murió de cáncer si no estoy mal el 07 de septiembre de 2006, por la enfermedad la remitieron para Manizales, pero de todas maneras la residencia era allá en la Dorada.”

§43. El actor en el interrogatorio de parte¹⁵ refirió sobre la convivencia en los últimos años de vida de la causante que: *“... PREGUNTADO: Hasta que año convivió con la señora Adalgisa Diaz. CONTESTÓ: Hasta los últimos años de su vida, yo estuve trabajando en Manizales en un mariachi y ahí nos veíamos ahí, la convivencia siempre fue en la Dorada Caldas Barrio los Andes.”*

¹⁴ 32Audiencia de Pruebas

¹⁵ 32Audiencia de Pruebas

§44. Las pruebas allegadas no son coherentes para demostrar que el demandante y la señora María Adalgiza Díaz de Vásquez tuvieron alguna convivencia efectiva desde el matrimonio, ni en los últimos cinco años de vida de la causante.

§45. En efecto, en el expediente consta: (i) aunque la pareja se casó el 24 de enero de 1972, no se demostró debidamente que hayan procreado hijos al no allegar los registros civiles de nacimiento; (ii) el 25 de enero de 1978 se separó la pareja; (iii) la declaración extrajuicio de José William Carmona Hernández explicó que la pareja se encontraban en Manizales, Honda, La Dorada y Pereira; (iv) el declarante extra juicio Álvaro Antonio Vásquez Cartagena expuso que se “...*encontraban permanentemente en mi casa acá en Manizales, al igual que en Pereira y La Dorada (Caldas)*”; (v) el testigo José Esaú García Díaz explicó sobre el sitio de residencia de la pareja: “: *La dirección de la casa exactamente pues no la sé, pero fue en el Municipio de la Dorada porque ella era docente allá, allá estuvo hasta el día de su muerte, porque ella murió de cáncer si no estoy mal el 07 de septiembre de 2006, por la enfermedad la remitieron para Manizales, pero de todas maneras la residencia era allá en la Dorada.*”

§46. De estas pruebas no existe claridad en cuanto a la ciudad de residencia final de la pareja en los últimos cinco años de vida de la causante, ni de un vínculo de auxilio mutuo, acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico ni de una vida en común.

2.2.4. Conclusión

§47. De acuerdo con lo expuesto el accionante no acreditó la convivencia efectiva con la causante María Adalgiza Díaz de Vásquez, ni en los cinco años antes de su fallecimiento, por lo que no acreditó los requisitos para el reconocimiento de la sustitución pensional.

§48. **No se impondrán condena en costas de segunda instancia**, por no haberse generado. (art. 47 L. 2080/2021)

§49. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable 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 del Circuito de Manizales del 01 de diciembre de 2021, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Eduardo Antonio Vásquez Méndez** contra la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP**, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

República de Colombia
Rama Judicial



Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Acción:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Norman David Hernández Pinzón
Demandado:	Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Radicación:	17-001-33-33-004-2018-00347-02
Acto judicial:	Sentencia 23

Manizales, trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto aprobado en la sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** El demandante miembro del policía vinculado antes de la vigencia del Decreto 4433 de 2004, con más de 15 años de servicios, fue retirado por destitución y pretende se le conceda la asignación de retiro. La sentencia de primera instancia concedió las pretensiones. La entidad apeló porque la norma que se aplicó en la sentencia no se aplica al actor que estaba en el nivel ejecutivo, sino que debe ser es el Decreto 1212 de 1990 que está dirigido a Suboficiales. La sala confirma la sentencia de primera instancia.

§02. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 30 de junio del 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho** interpuesto por **Norman David Hernández Pinzón** en contra de la **Nación- Ministerio de Defensa – Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional** – en adelante **CASUR-**, que accedió a las pretensiones de la demanda.

Antecedentes

1.1. La demanda que solicita el reconocimiento de la asignación de retiro¹

§03. El actor pretende que se declare la nulidad del oficio E-00003-201813311-CASUR id: 340996 de 12 de julio de 2018 proferido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR, que negó el reconocimiento de la asignación mensual de retiro al señor INTENDENTE ® NORMAN DAVID HERNÁNDEZ PINZÓN.

§04. En restablecimiento del derecho, se ordene a CASUR: **(i)** que reconozca la asignación de retiro al demandante, equivalente al 50% de la mesada pensional por haber laborado 15 años, 3 meses y 22 días, con base en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 y la Ley 923 de 2004; **(ii)** que pague en forma indexada todas las sumas correspondientes a la asignación de retiro, primas, subsidios, aumentos legales, conforme al artículo 140 del Decreto 1212 de 1990, y las costas del proceso; **(iii)** se declare la excepción de inconstitucionalidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012.

§05. Como hechos describió que el señor Norman David Hernández Pinzón: **(i)** ingresó el 5 de febrero de 2003 a la Escuela de Carabineros Alejandro Gutiérrez en la ciudad de Manizales; **(ii)** el 31 de octubre de 2003 egresó de la escuela e ingresó a la policía como patrullero del Nivel Ejecutivo; **(iii)** luego de más de 15 años de servicios, alcanzó el grado de Intendente, y fue retirado por la sanción de destitución, ejecutada por la Resolución 01081 del 8 de marzo de 2018.

§06. Debido a la fecha de su vinculación, tiene derecho a una asignación de retiro de acuerdo al Decreto 1212 de 1990.

§07. Manifiesta que en razón a lo establecido en el artículo 12 del Decreto 132 del 13 de enero de 1995 y el artículo 9º del Decreto 1791 de 2000, el grado de Intendente es equivalente al grado de Sargento Segundo.

§08. Expone que al momento de ser retirado de la Policía Nacional, percibía un sueldo de \$3.018.000.

§09. Afirma que solicitó la asignación mensual de retiro, la cual fue negada por CASUR mediante la Resolución E-00003-201813331-CASUR id: 340996 del 12 de julio de 2018.

§10. Como normas violadas por el acto demandado pormenorizó los artículos: 1, 2, 4, 6, 13, 29, 48, 53, 58, 150.19.3, 209, 218, 220 y 228 de la Constitución Política, 137.2, 138, 148 del CPACA; 140, 144 del Decreto 1212 de 1990, 25 del Decreto 4433 de 2004, 51 del Decreto 1091 de 1993, 2 del Decreto 1858 de 2012; las leyes 62 de 1993, 180 de 1995, 923 de 2004, y el Decreto 2070 de 2000.

§11. Sustentó en el concepto de violación que los miembros de la Policía del nivel ejecutivo se les aplica el régimen de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, y no los decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003, 4433 de 2004, 1858 de 2012. Esto porque los

¹ Expediente digital. Archivo 01C1Fls1A100Expediente.pdf, páginas 7-63

últimos decretos extraordinarios sobrepasaron las facultades legales propias del Congreso, y de esta manera son inconstitucionales.

§12. Para el presente caso, el Decreto 1212 de 1990 otorga la asignación de retiro en varios eventos, entre ellos que, sin importar su vinculación, contarán con un mínimo de 15 años de servicio activo en el evento de retiro por disposición de la Dirección General.

§13. El artículo 2º de la ley 923 de 2004, marco del régimen pensional y de asignación de retiro de la fuerza pública, estableció el respeto de los derechos adquiridos. En este sentido, el artículo 3º ídem dispuso que en el reconocimiento de la asignación de retiro a los miembros activos no se exigiría un mayor tiempo de servicios que el estipulado en disposiciones vigentes, esto es el Decreto 1212 de 1990.

§14. Además, los decretos que trataron de aumentar el tiempo de servicios para el personal que ingresó al nivel Ejecutivo fueron declarados nulos: 1091 de 1995 y 4433 de 2004. En igual vicio incurre el actual artículo 2º del Decreto 1818 de 2012, motivo por el cual fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado.

1.2. Contestación de CASUR²

§15. La demandada se opuso a las pretensiones. Sobre los hechos aceptó las fechas y tiempos de servicios del actor, por 15 años, 03 meses y 22 días.

§16. Expresa que al señor Norman David Hernández no le es procedente el reconocimiento de la asignación mensual de retiro, ya que como miembro del nivel ejecutivo debe acreditar como mínimo 25 años de servicios, cuando la desvinculación del servicio activo, se produce por retiro absoluto o destitución, según los decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1058 de 2012.

§17. Propuso la excepción de **Inexistencia del derecho**, pues el demandante no cumple con los requisitos exigidos para reconocerle la asignación mensual de retiro

1.3. La sentencia que accedió a las pretensiones ³

§18. El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRESE NO PROBADA la excepción de INEXISTENCIA DEL DERECHO propuesta por CASUR.

SEGUNDO: DECLÁRESE LA NULIDAD del Oficio No. E-00003- 201813311-CASUR Id: 340996 de fecha 12 de julio de 2018, mediante el cual negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor Intendente ® NORMAN DAVID HERNANDEZ PINZÓN, establecida en el Decreto 1212 de 1990 en concordancia con la Ley Marco 923 de 2004, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

² Expediente digital. Archivo 02C1Fls101A176Expediente.pdf, páginas 65-91

³ Expediente digital. Archivo 09Sentencia104.pdf, páginas 1-19

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL” CASUR” a reconocer y pagar la asignación de retiro (pensión) al señor **NORMAN DAVID HERNANDEZ PINZÓN**, en un porcentaje del 50% en los términos de los arts. 140 y 144 del Decreto 1212 de 1990 a partir del 12 de marzo de 2018 en virtud que esa la fecha que se retiró del servicio.

CUARTO: Las sumas reconocidas con la reliquidación ordenada en el numeral anterior deberán ser actualizadas, con fundamento en el IPC certificados por DANE teniendo en cuenta para el efecto la fórmula: matemática financiera empleada por la jurisdicción de lo contencioso administrativa enunciada en la parte motiva.

QUINTO: CONDÉNESE en costas del proceso a la parte demandada y a favor de la parte actora, las que serán liquidadas por la Secretaría en la oportunidad de ley.

§19. La Juez de primera instancia definió como problema jurídico el siguiente:

¿Tiene derecho la parte demandante a que se les reconozca la asignación de retiro por los servicios prestados en la Policía Nacional en el nivel ejecutivo, de conformidad con el régimen establecido en el Decreto 1212 de 1990?

§20. El juzgado realizó un análisis normativo de lo indicado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 y el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990; así mismo, de lo preceptuado en la Ley 80 de 1995 y 923 de 2004. De la misma manera, lo expuesto por el Consejo de Estado frente a la anterior normatividad.

§21. Hizo énfasis en que el demandante al estar vinculado a la Policía Nacional como integrante del nivel ejecutivo activo al momento de la expedición de la Ley 923 de 2004, no le es exigible un tiempo superior al fijado en el Decreto 1212 de 1990 para acceder a la asignación de retiro, ello, en razón al respeto de los derechos de los vinculados previamente, según el artículo 3º ordinal 3.1 inciso segundo de la Ley 923 de 2004.

§22. Adujo que la norma citada, no diferenció para el nivel ejecutivo de la Policía Nacional entre el personal homologado o de vinculación directa para acceder a la asignación de retiro.

§23. Hizo alusión a que la causal de destitución de acuerdo a lo dicho por el Consejo de Estado, puede encuadrarse dentro de la causal de “mala conducta” contemplada en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990

§24. Explicó que el demandante al haber sido retirado por destitución, este motivo se asila a la mala conducta, y en razón a ello, se verificó el cumplimiento del tiempo de servicios para acceder a la asignación de retiro a la luz del artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

§25. Se dispuso la condena en costas, para lo cual fundamentó sus razones valorativas y objetivas.

1.4. La apelación de la demandada. ⁴

§26. CASUR solicitó se revoque la sentencia de primera instancia exponiendo los mismos argumentos de la contestación de la demanda.

§27. Así mismo, ilustró que si se aplican los decretos 1212 de 1990, 1313 de 1990 o 4433 de 2004 al actor, estaría vulnerando el principio de inescindibilidad normativa.

§28. Reiteró que el Decreto 1212 de 1990 cobija a los oficiales y suboficiales, y el Decreto 1213 de 1990 a los agentes, y como tal, ninguna de las anteriores normas aplica para los uniformados del nivel ejecutivo.

§29. Adujo que la normatividad que debe aplicarse en este caso al demandante, es el Decreto 1858 de 2012 y advirtió que el régimen prestacional y de asignación de retiro de la Fuerza Pública, incluida la Policía Nacional, se rige por las disposiciones especiales que se encuentran vigentes al momento del acaecimiento de los hechos, y son las que prevalecen sobre las disposiciones de carácter general.

1.5. Actuación de segunda instancia

§30. Mediante proveído del 23 de septiembre de 2021⁵, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora⁶. En la instancia de alegatos de conclusión solo la parte demandante manifestó expresa y extensamente que reafirmaba los argumentos de la demanda y solicitó se confirme la sentencia.⁷

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§31. Conforme al artículo 153 del CPACA este Tribunal es competente para conocer del presente asunto.

2.2. Problema Jurídico

§32. ¿El acto demandado es nulo, por exigir que el demandante cumpla con 25 años de servicios para tener derecho a la asignación de retiro, por causa de la destitución, a pesar que se vinculó antes de la vigencia del Decreto 4433 de 2004?

2.3. El demandante puede solicitar la asignación de retiro bajo el Decreto 1212 de 1990 por haberse vinculado antes de la vigencia del Decreto 4433 de 2004.

⁴ Expediente digital. Archivo 11RecursoDeApelacion14072021.pdf, páginas 1-19

⁵ Expediente digital. Archivo 17AutoAdmisiónyTraslado2018-00347-02.pdf, páginas 1-2

⁶ Expediente digital. Archivo 13Auto732ConcedeRecurso.pdf, páginas 1-3

⁷ 21AlegatosConclusión

§33. El nivel ejecutivo de la Policía Nacional se originó en el año de 1993, pues previamente, no había sido contemplado en la estructura de la institución, tal y como se observa en los artículos 144 del Decreto 1212 y 104 del Decreto 1213 de 1990, los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía podían acceder a la asignación de retiro, cumpliendo un tiempo “... *quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio*”.⁸

§34. Luego, el artículo transitorio de la Ley 62 del 12 de agosto de 1992 concedió facultades para que el Ejecutivo adoptara el régimen de pensiones para el personal del nivel ejecutivo.

§35. De esta manera, el Gobierno Nacional profirió el Decreto Ley 41 del 10 de enero de 1994, y en el artículo 1 incluyó el nivel ejecutivo en la estructura de la Policía Nacional y admitió el ingreso a ella a los suboficiales (art. 18) y a los agentes (art. 19). El Decreto Ley 41 de 1994 ya mencionado, fue declarado inexecutable por la sentencia C-417 de 1994 de la Corte Constitucional.

§36. En desarrollo del Decreto Ley 41 de 1994, el artículo 53 del Decreto 1029 de 1994 aumentó el tiempo de servicios para obtener la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo destituidos, entre 20 y 25 años. Este artículo fue declarado nulo en la sentencia del 16 de abril de 2020 de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁹

⁸ Decreto 1212 de 1990

«ARTÍCULO 144. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.[...]

Decreto 1213 de 1990

«ARTÍCULO 104. Asignación de retiro. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad. [...]

⁹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN - SEGUNDA – SUBSECCIÓN A Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D.C., dieciséis (16) de

§37. Seguidamente, el artículo 82 del Decreto Ley 132 de 1995 prohibió desmejorar a los integrantes de la policía por su ingreso al nivel ejecutivo, e incorporó al nivel ejecutivo a quienes habían sido agregados por el anulado Decreto Ley 41 de 1994.

§38. El artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 volvió a aumentar el tiempo de servicios para tener derecho a la asignación de retiro de los miembros destituidos, entre 20 a 25 años. Esta norma fue declarada nula por la sentencia del 14 de febrero de 2007 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

§39. El artículo 10° del Decreto Ley 1791 de 2000 señaló que el personal de suboficiales y agentes de la policía se sometería al régimen salarial y prestacional del nivel ejecutivo. Esto fue aclarado por la Corte Constitucional en la sentencia C-691 de 2003, en el sentido que no podía desmejorarse las condiciones salariales y prestacionales de quienes venían ya vinculados con la Policía y procedían a optar por el traslado al nivel Ejecutivo.

§40. Posteriormente, el artículo 25 del Decreto Ley 2070 de 2003 señaló un tiempo de entre 20 y 25 años para los oficiales y personal del nivel ejecutivo para acceder a la asignación de retiro. Esta norma fue declarada inexecutable por la sentencia C-432 de 2004 de la Corte Constitucional.

§41. El Decreto 4433 del 2004 volvió a imponer un tiempo de labor de 20 a 25 años, según la causa del retiro, para los oficiales y el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional. Esta previsión fue invalidada por las declaraciones de nulidad de los artículos 25, parágrafo 2°, 14, 15 -parágrafo, 24, 25 parágrafo 1° y 30 del Decreto 4433, en las sentencias del 12 de abril de 2012 y 23 de octubre de 2014 de la Sección Segunda del Consejo de Estado

§42. Pero para cuando se expidieron estas sentencias, el gobierno emitió el Decreto 1858 de 2012, base de la discusión de este proceso, y en su artículo 2° aumentó a 25 años el tiempo de servicios, para que un miembro destituido tuviera derecho a la asignación de retiro.¹⁰

§43. Este artículo fue declarado nulo por el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 03 de septiembre de 2018, radicado 11001-03-25-000-2013-00543-00 (1060-2013):

“En conclusión de esta primera disquisición, la Sala encuentra que por remisión expresa de la Ley 923 de 2004, a los miembros de la Policía Nacional, entre los

abril de dos mil veinte (2020) Referencia: NULIDAD Radicación: 11001-03- 25-000-2014-01107 00 (3494-2014)

¹⁰ “ARTÍCULO 2. Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la institución con veinte (20) años o más de Servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3o del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.”

cuales se hallan los que integran el nivel ejecutivo, que se encontraran activos al momento de la expedición de la Ley, esto es, al 31 de diciembre de 2004, no se les puede exigir un tiempo de servicio, para efectos de acceder a la asignación de retiro, superior al establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, por ser esta la normativa que se encontraba vigente para dicho momento, cuando quiera que la causal de retiro invocada sea la de solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando la desvinculación se produzca por cualquier otra causal.

(...)

Así las cosas, a partir de la integración normativa que por vía de remisión interpretativa se realiza entre las disposiciones contenidas en el artículo 3.1, inciso 2 de la Ley 923 de 2004 y las establecidas en los artículos 144 y 104 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, respectivamente, es posible realizar una lectura omnicomprendensiva del límite material establecido para acceder al derecho de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que se encontrara en servicio activo al 31 de diciembre de 2004; de tal manera que este quedaría literalmente precisado así:

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior a 20 años cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

(...)

En efecto, con la expedición del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 el Gobierno Nacional desconoció las provisiones normativas contenidas en la Ley marco 923 de 2004 al exigirle al personal vinculado con el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporado directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, requisitos más gravosos para acceder al derecho de la asignación de retiro, toda vez que al establecer como tiempos mínimos y máximos de retiro entre 20 y 25 años, según la causal, contravino los términos establecidos en la normativa superior que se restringen a los mínimos y máximos de 15 a 20 años de servicio.”

§44. En un caso individual similar al presente, el Consejo de Estado estimó que la norma aplicable al retiro de un miembro del nivel ejecutivo incorporado antes de 2004, era el Decreto 1212 de 1990:

“...la Sala considera que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial dado que desconoció la regla jurisprudencial establecida en la sentencia proferida por la Sección Segunda Subsección “B” del Consejo de Estado en donde se estableció que con la entrada en vigencia de la Ley 923 del 2004 para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro se debía aplicar el régimen de transición señalado en el artículo 3°, ordinal 3.1. Inciso segundo, teniendo en cuenta que el único condicionamiento, al momento de la entrada en vigencia de dicha norma, era que la persona se encontrara en servicio activo de la Fuerza Pública.

En ese orden de ideas, conforme al régimen de transición para el reconocimiento de la asignación de retiro resultaba entonces aplicable el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.”9 /Resaltado de la Sala/.

§45. Del mismo modo, **en el caso de retiro por destitución**, ha de tenerse en cuenta otro pronunciamiento de la Alta Corporación, que data del 19 de abril de 2018, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, radicado número 05001233300020130192201, en donde se deja consignado lo siguiente:

“Conforme al régimen de transición para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante le es aplicable el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 que señala para el caso concreto 15 años de servicios para el reconocimiento de la mencionada prestación, cuando el retiro se produjera por causa distinta a la voluntad propia, requisito que cumple el demandante toda vez que según la hoja de servicios al momento de su retiro del servicio contaba con un tiempo de servicio de 17 años, 3 meses y 28 días y su retiro se generó con ocasión de destitución (folio 2). /Negrilla del texto/

En consecuencia, el demandante al haber sido miembro activo de la Policía Nacional al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 del 2004 es beneficiario del régimen de transición del artículo 3° ordinal 3.1. ibídem y, en esa medida, para el reconocimiento de la asignación de retiro no se le puede exigir un tiempo de servicio superior al señalado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 (15 años), el cual le es aplicable teniendo en cuenta la condición que ostentaba al momento de su retiro como intendente de la institución.

De igual forma, es pertinente señalar que al demandante no se le puede aplicar el Decreto 1858 del 2012 para el reconocimiento de la asignación de retiro, pues de hacerlo se desconocería que el régimen de transición garantizaba la expectativa para que la situación de quienes se encontraban en servicio activo de la Policía Nacional, continuara rigiéndose por el Decreto 1212 de 1990, en lo que tiene que ver con el tiempo de servicio. /Líneas de la Sala/

Así las cosas, el demandante tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro desde la terminación de los tres meses de alta del cargo que desempeñó en la Policía Nacional y que fue retirado de forma absoluta a través de la Resolución 02766 del 10 de agosto de 2011, a partir del 12 de agosto de 2011, por lo que los tres meses de alta terminarían el 12 de noviembre de 2011.

Para la liquidación de la asignación de retiro se tendrá en cuenta que el monto conforme el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 corresponderá al 50% de las partidas de que trata el artículo 140 ibídem, por los 15 primeros años de servicio y un cuatro por ciento 4% más por cada año que exceda a los quince (15), pero que el total no sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto y sin que opere la prescripción cuatrienal, en la medida que el demandante presentó la solicitud de reconocimiento de la asignación de retiro en el año 2013 (folio 6), es decir, dentro del término del artículo 174 del Decreto 1212 de 1990. /Líneas de la Sala/

§46. En antecedente de este Tribunal del 19 de julio de 2019, con ponencia del Doctor JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA se siguió la anterior línea, de la siguiente manera:

“La jurisprudencia del Consejo de Estado, antes citada, establece de manera clara que para acceder a la asignación mensual de retiro por parte del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que al 31 de diciembre de 2004 se encontrara en servicio activo, no se puede exigir un tiempo de servicios superior al establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.”

§47. En igual sentido antecedentes de este Tribunal de 9 de julio de 2020, con ponencia del Dr. Dohor Edwin Varón Vivas, radicado 17-001-33-33-001-2015-00257-02.

2.4. Lo demostrado en el proceso

§48. A través de Resolución 52 del 24 de febrero de 2003, el señor Norman David Hernández Pinzón, se posesiono en la Escuela de Carabineros Alejandro Gutiérrez como alumno de dicha institución¹¹.

§49. El 27 de octubre de 2003, el demandante se posesionó como Patrullero en la Policía Nacional¹².

§50. Bajo la Resolución 01081 del 8 de marzo de 2018 “*Por la cual se ejecuta una sanción disciplinaria impuesta a un intendente de la Policía Nacional*”, se resolvió retirar del servicio activo de la Policía Nacional por destitución al señor Intendente Norman David Hernández Pinzón¹³.

§51. En constancia expedida por el Administrador Sistema de Información Grupo Talento Humano Decal el 12 de marzo de 2018, se denota que el ultimo ascenso que obtuvo el demandante fue el de Intendente el 30 de septiembre de 2017¹⁴

§52. A través del Formato Hoja de Servicio de la Dirección de Talento de la Policía Nacional, se observa que el señor Norman David Hernández prestó sus servicios a la institución por un periodo de 15 años, 3 meses y 22 días¹⁵.

§53. El 12 de marzo de 2018, el señor Norman David Hernández Pinzón a través de apoderado judicial, solicitó al Director de CASUR el reconocimiento y pago de la asignación mensual de retiro conforme a lo establecido en el Decreto 1212 de 1990¹⁶.

§54. CASUR negó la concesión de la asignación de retiro a través del oficio E-00003-201813311-CASUR id: 340996 de 12 de julio de 2018¹⁷, argumentando que bajo el Decreto 4433 de 2004 no cumple con el requisito de los 25 años de servicio requerido para acceder a la asignación de retiro, y, que, en cuanto a la normatividad establecida en el Decreto 1212 de 1990, solo es aplicable frente a la carrera de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional. Por tal razón, adujo que al actor le es aplicable los Decretos 4433 de 2004 y el Decreto 1858 de 2012 artículo 2 teniendo en cuenta que el retiro se produjo el 12 de marzo de 2018.

§55. Conforme a lo anterior, el actor ingresó al nivel ejecutivo antes del 31 de diciembre de 2004, específicamente el 27 de octubre de 2003¹⁸, y prestó sus servicios

¹¹ Expediente digital. Archivo 01C1Fls1A100Expediente.pdf, página 70

¹² Expediente digital. Archivo 01C1Fls1A100Expediente.pdf, página 71

¹³ Expediente digital. Archivo 01C1Fls1A100Expediente.pdf, páginas 72-74

¹⁴ Expediente digital. Archivo 01C1Fls1A100Expediente.pdf, página 75

¹⁵ Expediente digital. Archivo 01C1Fls1A100Expediente.pdf, página 76

¹⁶ Expediente digital. Archivo 01C1Fls1A100Expediente.pdf, páginas 96-106

¹⁷ Expediente digital. Archivo 01C1Fls1A100Expediente.pdf, páginas 64-65

¹⁸ Expediente digital. Archivo 01C1Fls1A100Expediente.pdf, página 71

por 15 años, 3 meses y 22 días¹⁹. Mediante Resolución No. 01081 de 8 de marzo de 2018²⁰ el actor fue retirado por destitución.

§56. Encuentra la sala que al señor Norman David Hernández Pinzón, le es aplicable lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, toda vez que el mismo se vinculó a la Policía Nacional en el año 2003. Aunado a ello, se observa que el demandante laboró por un tiempo de 15 años, 3 meses y 22 días, con el que da cumplimiento al término previsto por el Decreto 1212 de 1990 para obtener la asignación de retiro.

§57. En consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia de primera proferida por la señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales.

COSTAS

§58. La sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

§59. el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§60. Se analiza que, en la segunda instancia, la parte demandante sí actuó en los alegatos de segunda instancia, por lo que se generaron costas, en la modalidad de agencias en derecho, que serán liquidadas conforme al artículo 366 del CGP, por aplicación del artículo 188 del CPCACA.

§61. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de junio de 2021 por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por Norman David Hernández Pinzón en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR.

Segundo: COSTAS y agencias en derecho en segunda instancia a cargo de la parte apelante, cuya liquidación se hará conforme al artículo 366 del CGP, por aplicación del artículo 188 del CPCACA.

¹⁹ Expediente digital. Archivo 01C1FIs1A100Expediente.pdf, página 76

²⁰ Expediente digital. Archivo 01C1FIs1A100Expediente.pdf, páginas 72-74

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de la sentencia a la Agencia para la Protección Jurídica del Estado.

Cuarto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

República de Colombia
Rama Judicial



Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Acción:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	José Gregorio Escobar Álzate
Demandado:	Ministerio de Defensa- Policía Nacional
Radicación:	17-001-33-33-001-2018-00362-02
Acto judicial:	Sentencia 20

Manizales, trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto aprobado en la sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** El demandante solicita el reajuste de la asignación básica, por los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, conforme el incremento anual del IPC por ser más favorable frente al aumento gubernamental. El juzgado no accedió a las pretensiones porque el incremento solicitado se reconoce a las asignaciones de retiro. El actor solicitó que se revoque la sentencia porque lo que pidió fue el reajuste de la asignación de retiro, y se revoque la condena en costas. La sala confirma la sentencia porque se demanda el incremento de la asignación básica y no de retiro, aunque revoca la condena en costas.

§02. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 22 de julio del 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho** interpuesto por **José Gregorio Escobar Álzate** en contra del **Ministerio de Defensa- Policía Nacional-Secretaria General**, que negó las pretensiones de la demanda.

Antecedentes

1.1. El demandante pretende el reajuste del salario y las prestaciones sociales de los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 de acuerdo al IPC que le era más favorable ¹

§03. Se pretende la nulidad del acto administrativo **S-2018-023146/ ANOPA-GRULI-1.10 del 26 de abril de 2018**, emitido por Nación – Ministerio de Defensa- Policía Nacional, que negó la reliquidación del salario y prestaciones sociales del actor.

§04. A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada que reajuste y reliquide el salario, los elementos salariales y las prestaciones, que el demandante devengó en los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, cuando el incremento anual del IPC era más favorable que el aumento salarial dispuesto por el gobierno, con sus intereses e indexación, a partir del 1º de enero de 2005.

§05. En los hechos la parte demandante relató que ingresó a la Policía Nacional en el año de 1996 y para los años 1997 a 2004 se encontraba en servicio activo.

§06. El incremento anual que dispuso el gobierno de su asignación básica fue inferior al IPC entre los años 1997 a 2004.

§07. Como fundamentos de derecho invocó la Ley 4 de 1992, los artículos 13, 25, 53 y 150 de la Constitución Política; 127, 134 del Código Sustantivo del Trabajo, 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el Convenio 095 de 1949 de la OIT.

§08. Como sustento del concepto de violación refirió que el acto administrativo demandado vulnera las normas constitucionales señaladas, toda vez que no se está aplicando la condición más favorable al trabajador. Manifestó que la base salarial debe ser reajustada con los porcentajes del IPC establecido en los años 1997 a 2004, cuando le era más favorable, con el fin de cumplir con el objetivo de la Ley 4 de 1992, pues el salario no puede perder poder adquisitivo. (art. 127 CST)

1.2. Contestación de la Policía Nacional²

§09. La demandada se opuso a las pretensiones y adujo que el acto administrativo demandado se expidió con base en los requisitos de ley.

§10. Argumentó que el Gobierno nacional fija anualmente los sueldos básicos para el personal uniformado y no uniformado, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4 de 1992.

§11. Expuso que el demandante no puede pretender un reajuste de su salario con base al IPC para los años 1997 a 2004, ya que aún se encontraba como miembro activo de

¹ Expediente digital. Archivo 02DemandaAnexos.pdf, páginas 1-40

² Expediente digital. Archivo 01Cuaderno.pdf, páginas 99-103

la Policía y uno de los requisitos para el reajuste solicitado es que estuviera gozando de la asignación de retiro.

§12. Propuso los siguientes medios excepcionales:

§12.1. **Presunción de legalidad:** Ya que el acto administrativo fue expedido bajo los requisitos de ley y goza de presunción de legalidad.

§12.2. **Cobro de lo debido:** En razón a que al demandante se le cancelaron los haberes propios del régimen especial vigente.

1.3. La sentencia que negó las pretensiones ³

§13. El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales resolvió:

“PRIMERO: NO ACCEDER a las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor **JOSÉ GREGORIO ESCOBAR ALZATE** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL** de conformidad con los motivos expuestos.

SEGUNDO: SE DECLARAN PROBADAS las excepciones de **PRESUNCION DE LEGALIDAD** y **COBRO DE LO NO DEBIDO**, conforme a las razones expuestas.

TERCERO: Se condena en costas a la parte **demandante**, las cuales se liquidarán por la Secretaría del Despacho en su debida oportunidad, y en las que se tendrán en cuenta las Agencias en Derecho a favor de los **demandantes** y a cargo de la **demandada**, las cuáles se fijan en el 6% de las pretensiones conforme lo estipulado en el artículo 5° numeral 1° del Acuerdo PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”, derogatorio del Acuerdo 1887 de 2003, que corresponden a la suma de: Ochocientos noventa y un mil quinientos cincuenta y nueve pesos m/cte (\$891.559)

§14. El Juez de primera instancia definió como problema jurídico el siguiente:

¿La asignación salarial del señor Escobar Alzate puede ser objeto reajuste con base en el índice de precios al consumidor del año certificado por el DANE para los años 1997 a 2004 o por el contrario los incrementos salariales conforme a los decretos del Gobierno Nacional están debidamente aplicados?

§15. El juzgado realizó un análisis normativo, en especial la orden del artículo 1° y 13 de la Ley 4ª de 1992, la cual dispuso los principios del régimen salarial de la policía, incluso la nivelación de la remuneración. A partir del Decreto 107 de 1996 el gobierno ordenó el incremento anual de las asignaciones básicas de los miembros de la Policía.

§16. Destacó la sentencia 25000-23-42-000-2015-06050-01(3602-17) del 26 de noviembre de 2018 del Consejo de Estado, en la cual se analiza el tema de los aumentos salariales de los miembros de la fuerza pública y con base en ella, estudió el caso concreto.

³ Expediente digital. Archivo 14ActaAudienciaInicialSentencia.pdf, páginas 1-21

§17. Manifestó que el reajuste salarial del demandante para los años 1997 a 2004 se hizo conforme a la normatividad vigente y aplicable y que, además, el señor Gregorio Escobar Álzate no devengó menos de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes por lo que era posible efectuarle los incrementos salariales de los años en mención, por debajo del IPC.

§18. Sostuvo frente al tema de la pérdida de poder adquisitivo del salario, que los incrementos hechos al salario del demandante en los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 no fueron inferiores al 50% de la inflación causada en el año anterior y en razón a ello, no se cumplen las condiciones establecidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional para suponer dicha pérdida de adquisición.

§19. Se dispuso la condena en costas, para lo cual se hizo con razones valorativas y objetivas.

1.4. La apelación del demandante⁴

§20. El actor solicitó que se revoque la sentencia, con los siguientes fundamentos:

§20.1. Se solicitó el reajuste de la asignación de retiro: *“La pretensión económica del medio de control judicial radica única y exclusivamente en el reajuste de la asignación de retiro que percibe el actor, esto por cuanto su salario se reajustó por debajo del IPC en algunas anualidades en servicio activo, en otras palabras, si bien es cierto el problema jurídico se centra en observar si el salario debía ser reajustado conforme al IPC, las pretensiones giran en entorno de la reliquidación de la asignación de retiro ya que esta se liquidó con base en el último salario percibido por el actor.”*

También el juzgado erró al dar aplicación las Leyes 100 de 1993 y 238 de 1995.

Puntualizó que la Corte Constitucional estructuró línea jurisprudencial por medio de la cual definió la necesidad u obligatoriedad de reajustar anualmente los salarios de los empleados públicos teniendo en cuenta como base la inflación (IPC).

§20.2. No debió condenarse en costas: El juzgado debió tener en cuenta la interpretación trazada por el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 20 de septiembre del año 2018, donde se exigió para dicha condena la prueba que el actor haya incurrido en conductas temerarias o en mala fe.

1.5. Actuación de segunda instancia

§21. El 23 de septiembre de 2021⁵ se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.⁶ No se presentaron alegatos de conclusión ni concepto del Ministerio Público.

⁴ Expediente digital. Archivo 16RecursoApelacionSentenciaDemandante.pdf, páginas 1-11

⁵ Expediente digital. Archivo 21AutoAdmisiónyTraslado.pdf, páginas 1-2

⁶ Expediente digital. Archivo 16RecursoApelacionSentenciaDemandante.pdf, páginas 1-11

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§22. Conforme al artículo 153 del CPACA este Tribunal es competente para conocer del presente asunto.

2.2. Problema Jurídico

§23. ¿El señor José Gregorio Escobar Álzate, tiene derecho al reajuste anual de la **asignación básica, los elementos salariales y prestacionales** devengados entre 1997 a 2004, conforme al IPC cuando le hubiera sido más favorable, a partir del 01 de enero de 2005?

§24. ¿Debió condenarse en costas a la parte demandante?

2.3. Lo demostrado en el proceso

§25. Según la hoja de vida que obra en el expediente⁷, el señor José Gregorio Escobar Álzate ingresó a la Escuela de Carabineros Alejandro Gutiérrez el 12 de febrero de 1996 a través de la Resolución 000001 como alumno nivel ejecutivo⁸. A la presentación de la demanda era su “*Estado Laboral: LABORANDO*”.

§26. El 4 de abril de 2018, el actor solicitó al Director General de la Policía Nacional el reajuste de la asignación básica, elementos salariales y prestaciones por los años 1997 a 2004, cuando el incremento anual era más favorable con el IPC del año anterior⁹

§27. El 26 de abril de 2018, la entidad accionada negó dicha solicitud mediante acto administrativo **S-2018-023146/ ANOPA-GRULI-1.10**¹⁰

2.4. Primer problema jurídico: el incremento conforme al IPC en condición de favorabilidad solo se concede a las asignaciones de retiro devengadas entre 1997 a 2004

§28. Como se verá más adelante, la línea establecida por el Consejo de Estado solamente reconoce el incremento igual al IPC del año anterior, de las asignaciones de retiro de los miembros de la policía entre los años 1997 a 2004, cuando sea inferior al ajuste anual hecho por el gobierno. Pero no lo ha reconocido para la asignación básica de los miembros en actividad.

§29. A partir de la expedición de la Constitución de 1991, la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos se establece en forma concurrente entre el Legislador y el Ejecutivo, conforme lo prevé el artículo 150 numeral 19 literal

⁷ Expediente digital. Archivo 02DemandaAnexos.pdf, páginas 93-98

⁸ Expediente digital. Archivo 02DemandaAnexos.pdf, página 28

⁹ Expediente digital. Archivo 02DemandaAnexos.pdf, páginas 27-29

¹⁰ Expediente digital. Archivo 02DemandaAnexos.pdf, página 30

e) de la Constitución Política: «*ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública.*».

§30. El legislador establece el marco de las normas generales, y el Gobierno Nacional fija el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, según el artículo 1° de la Ley 4ª de 1992.

§31. Por su parte, el artículo 4° ibídem, consagra que «*Con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2° el Gobierno Nacional, de cada año, modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados enumerados en el artículo 1° literal a), b) y d) aumentando sus remuneraciones. Igualmente, el Gobierno Nacional podrá modificar el régimen de viáticos, gastos de representación y comisiones de los mismos empleados*».

§32. Conforme a lo anterior, el Gobierno nacional fija anualmente las asignaciones básicas, primas, cesantías, la escala gradual porcentual de los empleados públicos de orden nacional, incluidos los miembros de la Fuerza Pública.

§33. La Corte Constitucional en la sentencia C-1433 de 2000¹¹ declaró inexecutable la Ley 547 de 1999, del presupuesto del año 2000, en lo relativo al ajuste salarial de los servidores públicos por el año 2000, al no tener en cuenta el incremento equivalente al IPC del año anterior de quienes devengaban hasta dos salarios mínimos:

“2.9. Conviene recabar que el proyecto de ley de presupuesto para la vigencia de 2000, se concibió ajustado a una serie de criterios macro-económicos, dentro de los cuales tuvo un peso determinante la necesidad de restringir los aumentos salariales. Es así como la ley acusada, reconoce dos franjas de servidores públicos en relación con el incremento, o mejor, con el ajuste del salario: quienes devengaban hasta dos salarios mínimos mensuales, que lo recibieron, y los demás que fueron excluidos del beneficio de tal derecho.

Lo anterior implica, sin duda, un tratamiento discriminatorio en perjuicio de un vasto sector de servidores públicos, bajo el criterio de que la mayoría de los trabajadores deben hacer un sacrificio como contribución al saneamiento de las finanzas públicas.

Dicho tratamiento rompe el principio de igualdad en la medida en que la situación de todos los trabajadores está igualmente afectada por la situación económica y, en especial, por el fenómeno inflacionario. Y si el Estado debe preservar el valor real del salario, como se ha visto, no existe fundamento razonable para que solamente en relación con determinados servidores se logre este propósito y en cambio se desatienda con respecto a otros.

Si, como lo ha expresado la Corte, no es admisible que se congelen los salarios dejando de hacerse incrementos periódicos que permitan asumir el deterioro de los ingresos, menos resulta aceptable que se niegue a un gran sector de trabajadores del Estado el "ajuste" de sus asignaciones para que al menos conserven su valor real.”

¹¹ Citada por el Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B en sentencia 25000- 23-42-000-2015-06050-01(3602-17) del 26 de noviembre de 2018

§34. En torno a si es viable que la asignación básica de los miembros activos de la Fuerza Pública deba ser incrementada en el porcentaje igual al IPC del año anterior, cuando el aumento reconocido por el gobierno nacional sea inferior, el Consejo de Estado estableció:

§34.1. En sentencia del 19 de abril de 2019¹² el Consejo de Estado precisó que el reajuste con fundamento en el IPC solamente procede para las asignaciones de retiro, no para el sueldo en actividad, para el período comprendido entre 1997 a 2004, de acuerdo con las Leyes 100 de 1993 y 238 de 1995.

§34.2. El reajuste reconocido para las asignaciones de retiro conforme al IPC, se liquida hasta la vigencia del Decreto 4433 de 2004, toda vez que tal norma retoma el principio de oscilación como método de reajuste, esto es, conforme a la oscilación de las asignaciones del personal en actividad.

§34.3. El artículo 279 de la ley 100 de 1993, adicionado por la Ley 238 de 1995, consagra que el régimen de la seguridad social integral no se aplica a los miembros de las fuerzas militares ni a la Policía Nacional. Pero “... *no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.*”

§34.4. El artículo 14 de la Ley 100 de 1993 establece que las pensiones “... *se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.*”

§34.5. La sentencia del 17 de mayo de 2007¹³ del Consejo de Estado indicó que “... *a partir de la vigencia de la ley 238 de 1995, el grupo de **pensionados** de los sectores excluidos de la aplicación de la ley 100 de 1993, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibídem.*”

§34.6. Según las sentencias del Consejo de Estado del 8 de abril de 2021¹⁴, 5 de mayo de 2016, 27 de enero de 2011, 4 de marzo de 2010 y 17 de mayo de 2007, solo se aplica el incremento más beneficioso del IPC para las asignaciones de retiro y no las percibidas en actividad:

“1.- Con la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995 (26 de diciembre de 1995 fecha de su publicación), las excepciones consagradas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 presentaron una modificación consistente en que a LOS PENSIONADOS de los sectores allí contemplados, entre ellos los de las Fuerzas Militares y Policía

¹² Ver entre otras la sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda de 19 de abril de 2018, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01491-01(2388-14) y del 27 de septiembre de 2018. Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00845-01(0772-15)

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia 17 de mayo de 2007, número interno: 8464-2005.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ- Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de dos mil veintiuno (2021).- Radicación número: 25000-23-42-000-2017-03063-01(4831-19)

Nacional¹⁵, en virtud del principio de favorabilidad¹⁶ y conforme a los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993 se LES PODÍA REAJUSTAR LA ASIGNACIÓN DE RETIRO conforme al índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior certificado por el DANE y la mesada 14, respectivamente, siempre que el incremento realizado por el Gobierno Nacional en los decretos anuales de las asignaciones en actividad de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional sea inferior.

2.- En vigencia de la Ley 238 de 1995 EL REAJUSTE POR FAVORABILIDAD DE LAS ASIGNACIONES DE RETIRO de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional conforme al índice de precios al consumidor señalado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en cada caso concreto, aplica desde el año de 1996 hasta el 2004, toda vez que a partir del 1.º de enero de 2005 se implementó nuevamente el principio de oscilación a través de la expedición del Decreto 4433 de 2004.

3.- El reajuste conforme al IPC, incide directamente en la base de la respectiva prestación pensional y debe servir para la liquidación de los incrementos que a partir del año 2005 se efectuaran sobre dicha prestación.

En otras palabras, los incrementos que se realicen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública retirado a partir de la entrada en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es, el 1.º de enero de 2005 deben tener en cuenta el incremento de la variación porcentual del índice de precios al consumidor de los años 1996 a 2004.” -VERSALITA fuera de texto-

§35. En cuanto al incremento de las asignaciones del personal en actividad, la sentencia del 8 de abril de 2021¹⁷ del Consejo de Estado estableció un test de igualdad para determinar si es posible lo solicitado en demandas parecidas a la actual:

“El artículo 13 de la Constitución Política regula dos dimensiones del derecho a la igualdad: (i) la formal o ante la ley, que se fundamenta en que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y por ende deben recibir la misma protección y trato de las autoridades, y gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna clase de discriminación; y (ii) la material o de trato, según la cual el Estado debe adoptar medidas positivas para superar las desigualdades de grupos que históricamente han sido discriminados, y de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta¹⁸.

Con el objetivo de determinar cuándo existe una vulneración del derecho a la igualdad, bien sea en su modalidad formal o material, es necesario precisar si ante situaciones iguales se otorga un trato diferente, sin justificación alguna, o por el contrario, si a personas o circunstancias distintas se les brinda un trato igual.

Para el efecto, la jurisprudencia constitucional¹⁹ ha diseñado el test integrado de igualdad, compuesto por tres etapas de análisis a saber: (i) determinación de los criterios de comparación, esto es, si se trata de sujetos de la misma naturaleza, (ii)

¹⁵ La Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004 afirmó que la asignación de retiro se asimilaba a las pensiones de vejez o de jubilación.

¹⁶ Frente a la aplicación del Decreto 1211 de 1990.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ- Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de dos mil veintiuno (2021).- Radicación número: 25000-23-42-000-2017-03063-01(4831-19)

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-629 del 13 de agosto de 2010. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Referencia: expediente T-2384611.

¹⁹ *ibidem*.

definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y, (iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente.

Igualmente, la Corte Constitucional ha precisado que el derecho a la igualdad es un mandato complejo, bajo los siguientes términos:

«[...] De acuerdo con el artículo 13 Superior, comporta un conjunto de mandatos independientes y no siempre armónicos, entre los que se destacan (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales. [...]»²⁰

§36. Para el caso concreto se tienen los siguientes razonamientos, siguiendo las premisas del test de igualdad señalado en la citada sentencia²¹:

§36.1. Las decisiones judiciales respecto de los oficiales retirados antes del año 2004, en las cuales se reajustaron las asignaciones de retiro con base en el IPC correspondiente a los años 1997 a 2004, se fundamentaron en que la entidad pagadora en algunos de esos años incrementó la mesada pensional en un porcentaje inferior al IPC, es decir, no hace alusión al personal activo de la institución.

§36.2. La parte demandante detenta una situación fáctica diferente a los demás retirados que refiere, pues ellos obtuvieron el reconocimiento de su asignación de retiro antes del año 2004, y la parte demandante a la presentación de la demanda tenía el “Estado Laboral: LABORANDO”.

§36.3. La base de liquidación es una sola y su cálculo se realiza al momento en que se reconoce la prestación según el salario que percibían al momento del retiro. Una vez reconocida la asignación de retiro, esta es incrementada cada año en un porcentaje igual a la del personal en actividad para cada grado.

§36.4. No está acreditado que a otra persona en la misma situación a la que se encuentra la parte demandante se le hubiese brindado un trato diferente. Lo cual supone, a su vez, la imposibilidad de determinar “*la tercera parte de la comparación*” [*tertium comparationis*] que menciona la Corte Constitucional²², como una de las etapas para definir la vulneración alegada.

§36.5. No está en discusión si al actor se le realizó el reajuste salarial por fuera de los decretos que regían la asignación básica por los años 1997 a 2004 conforme a

²⁰ Sentencia C-178 del 6 de marzo de 2014. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Referencia: expediente D-9874.

²¹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ- Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de dos mil veintiuno (2021).- Radicación número: 25000-23-42-000-2017-03063-01(4831-19)

²² Corte Constitucional. Sentencia C-862 del 3 de septiembre de 2008. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: expediente D-7166

los Decretos 122 de 1997, 62 de 1999, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003 y 4158 de 2004.

§36.6. Como lo indicó la sentencia de primera instancia, la parte demandante devengó entre los años 1997 a 2004 asignaciones básicas superiores a los 2 salarios mínimos legales mensuales, a saber:

Año	Asignación Básica	Grado	2 smlmv
1997	\$400.395	Patrullero	\$344.010
1998	\$551.741	Patrullero	\$472.920
2001	\$827.774	Subintendente	\$572.000
2002	\$868.995	Subintendente	\$618.000
2003	\$921.744	Subintendente	\$664.000
2004	\$970.597	Subintendente	\$716.000

§37. En conclusión: la parte accionante no se encuentra en una situación igual a la de los oficiales a quienes les fue reconocida la asignación de retiro antes del año 2004, toda vez que a la presentación de la demanda estaba en actividad. Por ende, es claro que tanto a la parte demandante como a aquellos se les aplicó la base de liquidación que correspondía, según el momento en que se les otorgó la asignación básica, motivo por el cual no se vulneró el derecho a la igualdad del libelista.

§38. De esta manera, este cargo contra la sentencia no puede prosperar.

2.5. Segundo problema jurídico: se revocará la condena en costas de primera instancia

§39. Sobre la inconformidad del apelante sobre las costas asignadas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.”

§40. Sobre el particular la sentencia de primera instancia sí hizo un análisis objetivo valorativo de la siguiente manera:

“Finalmente, y con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condenará en costas en contra de la parte demandada, en el proceso la cual será liquidada conforme al Código General del Proceso. Para el efecto, se tendrán en cuenta las Agencias en Derecho a cargo de la demandante y a favor de la parte”

²³ Consejo de Estado Sala de la Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A C.P. Dr. William Hernández Gómez Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01

demandada, el 6% de las pretensiones SOLICITADAS en cada proceso, conforme lo estipulado en el artículo 5º numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”, derogatorio del Acuerdo 1887 de 2003, que corresponden a la suma de:

- Ochocientos Noventa y Un Mil Quinientos Cincuenta y Nueve pesos m/cte (\$891.559)

Esta condena se hace toda vez que en virtud de la reforma establecido en la Ley 1437 de 2011 las costas se obtienen con un criterio objetivo valorativo por lo que no se comparte lo dicho por la parte demandante.

§41. Sin embargo, el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§42. Se analiza que la demanda, a pesar de no salir adelante, se fundamentó nutridamente de argumentos de principios, normativos y jurisprudenciales, su falta de comprobación en la primera instancia, y su imposición no depende necesariamente de haber resultado vencido en el proceso.

§43. Lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, en un caso donde revocó la condena en costas impuesta por este Tribunal así:

“(…) 50. La jurisprudencia de la Sala⁵⁵ en materia de costas procesales, ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, la cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

51. En el caso, la Sala haciendo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echa de menos alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, quien dentro de sus facultades hizo uso de su derecho de acción. Por ello, esta sentencia se abstendrá de condenar al vencido. (…)”

§44. Así, no se condenará en costas de segunda instancia.

§45. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

Primero: Revocar el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales del 22 de julio de 2021, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido

por el señor **José Gregorio Escobar Álzate** contra la **Nación -Ministerio de Defensa-Policía Nacional**.

Segundo: Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia.

Tercero: No se impondrá condena en COSTAS.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de la sentencia a la Agencia para la Protección Jurídica del Estado.

Quinto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

**República de Colombia
Rama Judicial**



**Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de primera instancia

Medio De Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	José Jahir Giraldo González
Demandado:	Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones
Radicación:	170012333000218-00460-00
Acto Judicial:	Sentencia 18

Manizales, trece(13) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto discutido y aprobado en sala.

Síntesis: La parte demandante pretende que se reliquide la pensión teniendo en cuenta los factores realmente devengados en los años 1993 y 1995. La sala accede a las pretensiones respecto de los años 1993 y 1994.

La Sala dicta sentencia en el medio de control de **nulidad y restablecimiento del derecho** interpuesto por **José Jahir Giraldo González**, demandante, en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, demandada.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la reliquidación de una pensión por no haberse tenido en cuenta los valores realmente devengados entre los años 1993 a 1995

§01. Por su importancia y para efectos de la decisión, se transcribirá y subrayarán las pretensiones de la demanda:

“PRETENSIONES Y DECLARACIONES

1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución N° 0268 del 28 de enero del año 2000, modificada por la Resolución No. 01286 de junio del 2000, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional reconocida a mi mandante, por cuanto no tuvo en cuenta los salarios efectivamente devengados por el demandante entre la entrada en vigencia del

Sistema General de Pensiones y el momento de adquirir el derecho, al resultar más beneficioso para el mismo, conforme a lo establecido en el art. 36 de la Ley 100/93.

2. Declarar que mi representado(a) tiene derecho a que LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA COLPENSIONES, le reconozca y pague una reliquidación de la pensión de vejez, a partir de la actualización anual con base en la variación del índice de precios al consumidor según certificación que expida el DANE, de cada uno de los salarios devengados durante la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y el momento de adquirir el derecho y que determinan el Ingreso Base de Liquidación, aplicando los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa.

PRETENSIONES PRINCIPALES A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SIRVASE:

1. Que se ordene a COLPENSIONES, modificar la Resolución que concedió la pensión de vejez teniendo en cuenta la nueva liquidación e incluir en la nómina mensual los valores y conceptos aquí reconocidos.

2. Que se ordene a COLPENSIONES, aplicar los reajustes anuales de Ley.

3. Que se ordene a COLPENSIONES, que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

4. Que se ordene a COLPENSIONES, reconocer y pagar 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 tomando como base la variación del índice de precios al consumidor de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A.

5. Ordenar a COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A.

6. Condenar en costas a COLPENSIONES, teniendo en cuenta la omisión en el acatamiento del precedente jurisprudencial, de conformidad con el art. 188 del C.P.A.C.A.”

§02. La demanda en los hechos precisó que el señor **José Jahir Giraldo González nació el 1 de junio de 1937**, la última entidad en la cual laboró fue el municipio de Manizales, y el 01 de junio de 1997 cumplió la edad de 60 años, requisito para obtener la pensión por aportes.

§03. Como su último empleo fue de empleado territorial, la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 fue el 30 de junio de 1995.

§04. El **Instituto de Seguros Sociales- ISS** reconoció una pensión a favor del señor Grisales por medio de la Resolución 000268 del 28 de enero de 2000, conforme el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 758 de 1990, con un ingreso base de liquidación de \$ 2.461.575. A se modificó la pensión a partir del 01 de junio de 1997, en vía gubernativa, tomando un ingreso base de liquidación de \$1.642.621, aplicando la tasa de reemplazo del 90% por tener 1283 semanas cotizadas.

§05. Mediante la Resolución 013 del 11 de julio de 2002, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, impuso multa al municipio de Manizales, por no reportar oportunamente las novedades laborales de cambio de salario ni realizar los pagos de aportes o cotizaciones con base en el salario realmente devengado, entre los años 1993 y 1994.

§06. El actor aduce que la pensión fue liquidada de manera incorrecta, porque se debía tomar como ingreso base de liquidación, la sumatoria de lo realmente devengado por el demandante entre el 01 de marzo de 1993 y el 30 de marzo de 1995.

§07. Se invocaron como violados los artículos 6, 53 y 58 de la Constitución Política; 19, 78 del decreto 3063 de 1989; 17, 18 y 22 de la Ley 100 de 1993; 45 del decreto 1045 de 1978; 1º del decreto 1158 de 1994; 1º del decreto 691 de 1994; y 6 del decreto 691 de 1994.

§08. El concepto de violación resaltó que “... *el ente empleador debió efectuar la cotización sobre el salario efectivamente devengado por el actor más los factores salariales a partir de 1 de enero de 1994 ... Pese a los esfuerzos del Municipio de Manizales, por pagar los aportes sobre el salario realmente devengado por el actor, el ISS, argumentando que existían normas que impedían recibir los aportes reales devengado por el actor se negó a recaudar y recibir el pago de los aportes a pensión al que estaba dispuesto efectuar el Municipio de Manizales*”.

§09. Además, al actor se le debe aplicar el numeral ii) del artículo 20 del Decreto 758 de 1990, o sea, que la pensión se liquide con los parámetros aplicables a la acumulación de aportes privados y públicos al ISS, con las últimas 100 semanas cotizadas, entre otros aspectos.

1.2. Colpensiones contestó la demanda señalando que la pensión fue legalmente liquidada¹

§10. La Administradora aceptó los hechos referidos a los actos administrativos expedidos en el trámite y se opuso a las pretensiones.

§11. Como normas aplicables enunció el Decreto 3063 de 1989, los artículos 17, 18, 21 y 22 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

§12. Propuso como excepciones:

§12.1. **Inepta demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa:** La parte demandante no solicitó la reliquidación de la pensión ante COLPENSIONES, por lo que no se agotó frente a ella la vía gubernativa.

§12.2. **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** las pretensiones de la demanda están encaminadas a reliquidar la pensión de vejez, con la inclusión de salarios devengados durante la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, sin existir recaudo efectivo de los aportes dejados de cancelar por el empleador, en este caso, el municipio de Manizales.

¹ 03. Exp Esc 39/51

§12.3. **Ausencia del derecho reclamado – aplicación normativa y reliquidación pensional.** Hizo alusión al artículo 20 del Decreto 758 de 1990 y 21 de la Ley 100 de 1993, y expuso que la liquidación efectuada se realizó con 1260 semanas, promediando los últimos 10 años cotizados, aplicando una tasa de reemplazo del 90%.

§12.4. **Cobro de lo no debido:** Con apoyo en el Acuerdo legislativo 01 de 2005, explicó que no se le puede endilgar responsabilidad a la entidad por las omisiones en las que incurrió el municipio de Manizales al dejar de cotizar los reales salarios devengados por el actor.

§12.5. **Prescripción del reajuste de la mesada pensional.** Con apoyo en la jurisprudencia de las Honorables Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, en cuanto a la prescripción respecto a las bases salariales sobre las cuales se determina el monto de la pensión.

§12.6. **Prescripción:** Solicitó la prescripción de conformidad con lo dispuesto en los decretos 1848 de 1969 y 3135 de 1968.

§12.7. **Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento a la sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.** Preciso sobre lo dispuesto en el inciso 5 del referido al artículo, en cuanto a la reclamación ante la entidad, para la causación de los intereses.

§12.8. **Buena fe.** Afirmó que las actuaciones de la entidad han sido diligentes respecto de las reclamaciones por parte del actor y resueltas conforme a las normas vigentes.

§12.9. **Declarables de oficio.**

§13. La parte accionante se pronunció en contra de las excepciones propuestas por la parte demandada².

1.3. Trámite del proceso y alegatos

§14. Por auto del 21 de septiembre de 2020, se negó la excepción de inepta demanda, y se dispuso que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, y prescripción, fueran estudiadas en la sentencia

§15. En la instancia de alegatos la parte demandante precisó que el señor GIRALDO GONZÁLEZ es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de ley 100 de 1993, y devengó en los años 1993 a 1995 salarios superiores a los reportados ante el ISS, por lo que el IBL con el que se debe liquidar la pensión del actor es el devengado es en el tiempo que le hiciere falta como lo estipula el inciso 3 de la ley de 1993.

² 01. Exp Esc 5-12/34

§16. Colpensiones alegó que no es la entidad llamada a satisfacer pretensión, pues no le asiste legitimación material por pasiva, al no existir ninguna relación jurídico sustancial con el demandante.

§17. El ministerio público manifestó que respecto a los hechos probados en el proceso se debe acceder a las pretensiones del demandante, porque efectivamente en los años 1993 a 1995 devengó factores salariales superiores a los reportados por el municipio de Manizales al ISS.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§18. Conforme al artículo 152 del CPACA este Tribunal es competente para decidir el presente medio de control.

2.2. Consideraciones previas sobre los actos demandados

§19. Al demandante se le concedió la pensión por la **Resolución 00268 del 28 de enero de 2000**, modificada por la **Resolución 01286 del 13 de junio de 2000**, que son aquí demandadas.

§20. A pesar de que el demandante solicitó en dos ocasiones ante la entidad lo que actualmente solicita, aquellos otros actos no pueden demandarse aquí, porque:

§20.1. El 26 de febrero de 2007³ el actor solicitó la reliquidación de la pensión con los salarios realmente devengados, que fue negada por la **Resolución 772 del 05 de septiembre de 2007**. Este acto no otorgó los recursos porque consideró que con él no se revivían los términos de la vía gubernativa;

§20.2. El 26 de enero de 2018 se volvió a solicitar la reliquidación de la pensión en los mismos términos aquí demandados, que fue negada por la **Resolución 46045 del 23 de febrero de 2018**, la cual señaló que contaba con el recurso de apelación. Pero el mismo no se interpuso.

§21. Por lo anterior, se encuentra que la demanda acierta en los actos que ataca, o sea, aquellos que reconocieron y modificaron la pensión.

2.3. Problemas Jurídicos

§22. Conforme a las pretensiones de la demanda trascritas inicialmente, se formulan los siguientes problemas jurídicos:

³ Exp. Adtivo Arc 03 fls 1-2/67 GEN-REQ-IN-2018_913382-20180215052220.pdf p.34-47 GEN-REQ-IN-2018_913382-20180215052223.pdf p. 1 a 4

§23. *¿En el presente caso, tiene legitimación en la causa la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones?*

§24. *¿El señor José Jahir Giraldo Gonzales percibió salarios y factores salariales superiores a los que se hicieron los aportes por parte del municipio de Manizales al ISS, por los que se debe reliquidar su pensión?*

§25. *¿Se presentó la prescripción?*

2.4. Excepción de falta de legitimación en la causa

§26. La entidad sustenta la falta de legitimación en la causa porque no puede reliquidar la pensión, ya que el municipio de Manizales no efectuó el pago de los aportes en forma completa para la pensión en los años 1994 a 1995.

§27. Inicialmente, se estima que la pensión fue reconocida por el Instituto de Seguros Sociales al actor, y Colpensiones sucedió al ISS en cuanto a las obligaciones pensionales. En efecto, el Instituto de Seguros Sociales- ISS se extinguió como persona jurídica desde el 31 de marzo de 2015, como consecuencia del proceso de supresión y liquidación ordenado en el Decreto 2013 de 2012, por lo que el mismo decreto dispuso que Colpensiones asumiera las obligaciones que le correspondían al Instituto de Seguros Sociales frente a los pensionados.

§28. En cuanto a la falta del pago completo de los aportes para pensión que no habría efectuado el municipio de Manizales, consta en el expediente que el ISS se negó a recibir la corrección de los aportes que ofreció la entidad territorial, según constan en el oficio DSF.SC.1385 del 7 de diciembre de 2000, donde el ISS le contestó al municipio de Manizales: “... *de conformidad con las normas vigentes no es procedente aceptar su solicitud de corregir los salarios bases de liquidación y reliquidar los aportes para ustedes efectuar el pago de la diferencia.*”⁴

§29. De esta manera, no está demostrada la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por Colpensiones.

2.5. La pensión por aportes al ISS y por aportes entre sistemas públicos y privados⁵

§30. En el modelo de prestaciones sociales y de seguridad social anterior a la Constitución de 1991, el sistema pensional aplicable a los trabajadores del sector privado era diferente al aplicable a los servidores públicos, al punto de que por regla general no era posible, para efectos de la pensión, sumar el tiempo servido en una u otra calidad.

§31. Para salvar esta dificultad, se establecieron dos sistemas:

⁴ GEN-ANX-CI-2018_913382-20180126102817.pdf p. 4

⁵ ONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B”- Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE- Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil once (2011).-Radicación número: 25000-23-25-000-2005-05520-01(1117-09)

§31.1. El primero, el régimen en que fue liquidada la pensión del demandante, para afiliados al antiguo Instituto de Seguros Sociales, donde el Decreto 758 de 1990 estableció: **(i)** las condiciones para obtener la pensión eran tener 60 años en el caso de los hombres o 55 en el de las mujeres; y haber cotizado al menos 500 semanas en los 20 años previos al cumplimiento de la edad, o 1000 semanas en cualquier tiempo, sin importar si eran del sector público o privado -art. 12-; y, **(ii)** el valor de la pensión podrá superar el **90% del salario mensual de base** -art. 20-.

§31.2. La Pensión de jubilación por acumulación de aportes, estipulado en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, el cual: **(i)** se obtiene sumando los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado; **(ii)** accedían a la pensión los empleados oficiales y los trabajadores particulares que acrediten, 55 años si es mujer y 60 años si es varón y, 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o las que hagan sus veces, con los efectuados en el Seguro Social; **(iii)** conforme al artículo 8° del Decreto 2709 de 1994, *“El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación.”*; **(iv)** según el artículo 22 del Decreto 1474 de 1997, *“El ingreso base de liquidación se establecerá de acuerdo con el tercer inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”*, o sea, *“... el 75% del promedio de los factores salariales sobre los cuales cotizó durante (i) el tiempo que le hiciera falta entre la entrada en vigor de la Ley 100 (1° de abril de 1994) y la adquisición del estatus pensional, si fuere inferior a 10 años, (ii) durante los últimos 10 años o (iii) todo el tiempo, si el monto es superior...”*, según sentencia del 13 de junio de 2019 del Consejo de Estado⁶.

§32. Tradicionalmente, y según criterio de la Honorable Corte Suprema de Justicia⁷, la diferencia entre ambos sistemas se consideraba que en el primero solamente se tenían en cuenta las cotizaciones efectuadas al ISS, públicas o privadas, en tanto que el segundo permitía la a sumatoria de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (ISS) con tiempos de servicios públicos a efectos de conceder la pensión de vejez.

§33. Sin embargo, este criterio varió por el principio de favorabilidad, permitiendo en el sistema para afiliados del ISS, pudieran acumularse tiempos y cotizaciones hechos por fuera del ISS. Así lo hizo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de julio

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B"- Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER- Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01252-01(3181-13)

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia SL-19472020 (70918), Jul. 1/20.

de 2021⁸, el Consejo de Estado en sentencia de tutela del 1º de abril de 2019⁹, y la Corte Constitucional en la sentencia T-222/2018¹⁰, que se citan a pie de página.

§34. Toda vez que la pensión del actor fue concedida con las normas que regularon el ISS, el Decreto 758 de 1990, y se tuvieron en cuenta todos los aportes hechos solo al ISS, y la tasa de reemplazo es del 90%, no se entrará a estudiar la aplicación prevista en la Ley 71 de 1988, toda vez que en esta última la tasa de reemplazo es menor, del 75%.

2.6. Forma de liquidación en el régimen de transición de la ley 100, incluso para los beneficiarios del Decreto 758 de 1990

§35. La parte actora en los fundamentos de violación insiste que la reliquidación de la pensión se realice conforme al numeral ii) del artículo 20 del Decreto 758 de 1990, o sea, que la pensión se liquide con los parámetros aplicables a la acumulación de aportes privados y públicos al ISS, con las últimas 100 semanas cotizadas, entre otros aspectos que se pasan a citar:

“ARTÍCULO 20. INTEGRACION DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y DE VEJEZ. *Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así:*

(...)

II. PENSIONES DE VEJEZ.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO SL3275-2021 Radicación n.º 79656: “En efecto, en sentencia reciente de la CSJ SL, 5987-2016, 4 may. 2016, rad. 44603, al respecto se puntualizó que desde el punto de vista legal, en una misma persona puede concurrir varios regímenes pensionales, situación que le permite seleccionar el que más le convenga, y no aplicarle de manera inexorable e irrestricta el «régimen anterior al cual se encuentran afiliados al momento en que empezó en vigor el sistema general de pensiones, como lo entendió el fallador, en la medida en que el régimen de transición "busca mantener unas condiciones de favorabilidad para un conjunto de beneficiarios"» (ver sentencias CSJ, SL 27 may. 2009, rad. 33140, y SL 14 jul. de igual año, rad. 34143). Entonces, es viable jurídicamente contar con dos o más regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, como, por ejemplo, los estatuidos en la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 o el Acuerdo 049 de 1990.”

⁹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER- Bogotá, D. C., primero (1) de abril de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 11001-03-15-000-2018-04519-01(AC) : “Debe advertirse que en este caso, la verificación de la edad y tiempo de servicios para que el fallecido señor Flautero Dávila accediera a la pensión de vejez, se debió efectuar en consideración a los requisitos del régimen al cual se encontraba afiliado al momento de la entrada en vigor del Sistema de Seguridad Social Integral (1.º de abril de 1994), y en todo caso, si satisfacía las exigencias de varios de ellos, le asistía la prerrogativa de que se le aplicara el que le resultara más beneficios, lo que significa que si para esa época tenía las semanas de cotización requeridas por el acuerdo 49 de 1990, aprobado por medio del Decreto 758 de esa anualidad, resultaba indispensable estudiar su favorabilidad frente a las demás normativas que se ajustaban a su situación, estos es, las Leyes 71 de 1988 y 100 de 1993, y no solamente analizar las más viable entre estas dos.”

¹⁰ “25. Los requisitos para acceder a la pensión de vejez previstos en el Decreto 758 de 1990 han sido reconocidos y reiterados en diferentes oportunidades por esta (...)

26. La jurisprudencia ha advertido que existen dos interpretaciones sobre el presupuesto de exclusividad de la cotización⁵². La primera, según la cual las semanas requeridas deben ser cotizadas de forma exclusiva ante el ISS y, la segunda, que admite la acumulación de semanas cotizadas al ISS y a otras entidades administradoras de pensiones. 27. Sin embargo, esta Corporación ha admitido la acumulación de semanas cotizadas al ISS y a otras entidades administradoras de pensiones en múltiples ocasiones. Lo anterior, en atención a: i) el principio de favorabilidad; ii) el tenor literal de la norma; iii) los principios mínimos fundamentales que gobiernan el régimen laboral del artículo 53 Superior; y iv) las previsiones del régimen de transición, establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que permiten la acumulación de las cotizaciones efectuadas tanto al Instituto de Seguros Sociales, como a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado.”

a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,

b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

PARÁGRAFO 1o. El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.

El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.

PARÁGRAFO 2o. La integración de la pensión de vejez o de invalidez de que trata este artículo, se sujetará a la siguiente tabla:

NUMERO SEMANAS	% INV. P.TOTAL	% INV.P. ABSOLUTA	% GRAN INV.	VEJEZ
500	45	51	57	45
550	48	54	60	48
600	51	57	63	51
650	54	60	66	54
700	57	63	69	57
750	60	66	72	60
800	63	69	75	63
850	66	72	78	66
900	69	75	81	69
950	72	78	84	72
1.000	75	81	87	75
1.050	78	84	90	78
1.100	81	87	90	81

1.150	84	90	90	84
1.200	87	90	90	87
1.250 o más	90	90	90	90

Número de semanas: Número de semanas cotizadas.

% Inv. P. Total: Porcentaje Invalidez Permanente Total.

% Inv. P. Absoluta: Porcentaje Invalidez Permanente Absoluta.

% Gran Inv.: Porcentaje Gran Invalidez.”

§36. En cuanto al ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, específicamente frente a los beneficiarios de la Ley 33 de 1985, la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018¹¹ del Honorable Consejo de Estado promulgó las siguientes reglas:

“1. 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.

2. 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.

- 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.

3. 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.”

§37. Y estos parámetros son los mismos para los beneficiarios del Decreto 758 de 1990, según la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia del 1º de marzo de 2017¹²:

¹¹ CONSEJO DE ESTADO- SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018)- Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01-

¹² FERNANDO CASTILLO CADENA Magistrado ponente SL2689-2017 Radicación 52320 Bogotá, D. C., primero (1) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

“... la Sala de tiempo atrás tiene definido que en torno al régimen de transición previsto en la Ley de Seguridad Social, el legislador les respetó a sus beneficiarios solo 3 aspectos: (i) la edad; (ii) el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y (iii) el monto, que consignara la disposición anterior por aplicarles.

(...)

El descontento del recurrente estriba, en estrictez, en lo que debe entenderse por «monto» de la pensión, toda vez que, en su sentir, la prestación a que tiene derecho debió liquidarse con el promedio «de las últimas cien semanas cotizadas», dando por sentado que ese concepto, en rigor, contiene dos componentes: la tasa de reemplazo y la base de liquidación. De ahí que acuse a la sentencia de haberse cimentado en una interpretación errónea del artículo 36 del estatuto de la seguridad social, pues el Colegiado debió aplicar de manera íntegra e inescindible el numeral II del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990...

(...)

De suerte que, en lo que atañe al ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas con venere en el régimen de transición, esta Corporación ha sido enfática en que este- IBL- se define a la luz de lo determinado expresamente por la Ley 100 de 1993, y no con lo estipulado en la regulación precedente.”-sft-

§38. Como hay coincidencia jurisprudencial, los beneficiarios del régimen de transición de la ley 100 de 1993, aunque se les aplique el Decreto 758 de 1990 respecto a la edad, tiempo de servicios y monto (90%), la liquidación se hace conforme a lo precisado en el artículo 36 de la ley 100.

2.7. Lo demostrado y caso concreto

§39. El señor José Jahir Giraldo González nació el 01 de junio de 1937¹³, y el último lugar de prestación de servicios fue en el municipio de Manizales. Así, a la vigencia de la Ley 100 de 1993 para entidades territoriales que es 30 de junio de 1995¹⁴, contaba con más de 58 años de edad.

§40. Al 31 de marzo de 1995, último día de servicios del demandante, y conforme a la **Resolución 01268 del 13 de junio de 2000**, el accionante tenía cotizados al ISS **8993** días laborados, o sea, 24 años, 8 meses y 13 días, de la siguiente manera: **(i)** del 20 de diciembre de 1968 hasta el 04 de noviembre de 1981 en el ICSS SECCIONAL CALDAS; **(ii)** del 31 de diciembre de 1987 al 09 de noviembre de 1990 en el Hospital Infantil Universitario Cruz Roja; **(iii)** del 17 de junio de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1994 en el municipio de Manizales; y, **(iv)** desde el 01 de marzo de 1995 hasta el 31 de marzo de 1995 en el municipio de Manizales.

§41. La pensión se concedió bajo el amparo del Decreto 758 de 1990, que exige tener 60 años en el caso de los hombres, y haber cotizado al menos 500 semanas en los 20

¹³ Exp Esc Cuaderno Principal fl 22

¹⁴ Decreto 1296 de 1994 “Artículo 2º.- Creación. Autorízase la creación de fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas, que se denominarán "Fondos de Pensiones Territoriales", a más tardar el 30 de junio de 1995, en concordancia con lo establecido en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

años previos al cumplimiento de la edad, o 1000 semanas en cualquier tiempo, con una tasa de reemplazo de hasta el **90% del salario mensual de base** -art. 20-.

§42. Luego, el acto que concedió la pensión del actor fue modificado por la **Resolución 01268 del 13 de junio de 2000**, reconociendo la mesada en \$1.138.321 a partir del 1° de junio de 1997.

§43. El accionante estaba amparado bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, porque: (i) tenía más de 40 años de edad y 15 años de servicios a la entrada en vigencia de dicha ley; (ii) como todavía le faltaba la edad para adquirir el estatus pensional, no se le pueden aplicar plenamente las normas anteriores según el último inciso del artículo 36 de la ley 100: *“Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.”*-sft-

§44. Se recuerda que la controversia gira principalmente en torno de que en el ingreso base de liquidación, no se tuvieron en cuenta los factores salariales realmente devengados entre el 01 de marzo de 1993 y el 30 de marzo de 1995.

§45. De las pruebas se demuestra que realmente entre 1993 y 1994 el demandante devengó factores salariales para la pensión superiores a los reportados por el municipio de Manizales al ISS, a saber:

§45.1. Por requerimiento del despacho ponente, el municipio de Manizales dio constancia que el demandante devengó entre 1993 y 1994 los elementos salariales, cuyos factores para pensión se subrayan a continuación, según el Decreto 1158 de 1994¹⁵:

Salario Enero a Diciembre 1993: \$ 387.988.00
Gastos de Representación 1993: \$ 581.982.00
Prima Junio 1993: \$ 484.985.00
Prima Vacaciones 1993: \$ 711.311.00
Prima Semestral Diciembre 1993: \$ 969.969.00
Prima de Navidad 1993: \$ 969.969.00

Salario Enero a Mayo 1994: \$ 469.812.00
Gastos de Representación 1994: \$ 704.718.00
Salario Junio 1994: \$2,684,640.00
Gastos de Representación: \$4,026,961.00
Salario Julio a Diciembre de 1994: \$ 838.950.00
Gastos de Representación 1994: \$ 1.258.426.00
Prima Junio 1994: \$ 1.048.688.00
Prima de Vacaciones 1994: \$ 1,538,075.00

¹⁵ Artículo 1°. 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;

Prima Semestral Diciembre 1994: \$ 2.097.375.00

Prima de Navidad 1994: \$2,097,375.00

§45.2. El 9 de noviembre de 2000, en el oficio UP988¹⁶, el municipio de Manizales aceptó expresamente que hubo una diferencia entre los aportes hechos al ISS por pensión y lo realmente devengado por el actor entre 1993 y 1994 de la siguiente manera.

“Al ser confrontados los documentos allegados, se ha llegado a la siguiente conclusión con los reportes efectuados al ISS, dentro del proceso de facturación de los años 1993 y 1994.

REPORTE DE NOVEDADES

AÑO	MES	SALARIO DEVENGADO	SALARIO BASE FACTURADO I.S.S.	DIFERENCIA
1993	Enero	969,969	626,790	343,179
	Febrero	969,969	626,790	343,179
	Marzo	969,969	626,790	343,179
	Abril	969,969	626,790	343,179
	Mayo	969,969	626,790	343,179
	Junio	969,969	626,790	343,179
	Julio	969,969	626,790	343,179
	Agosto	969,969	626,790	343,179
	Septiembre	969,969	626,790	343,179
	Octubre	969,969	626,790	343,179
	Noviembre	969,969	626,790	343,179
	Diciembre	969,969	626,790	343,179
1994	Enero	1,174,530	626,790	547,740
	Febrero	1,174,530	626,790	547,740
	Marzo	1,174,530	626,790	547,740
	Abril	1,174,530	626,790	547,740
	Mayo	1,174,530	1,174,530	0
	Junio	6,711,601	1,174,530	5,537,071
	Julio	2,097,375	1,174,530	922,845
	Agosto	2,097,375	1,174,530	922,845
	Septiembre	2,097,375	1,174,530	922,845
	Octubre	2,097,375	1,174,530	922,845
	Noviembre	2,097,375	1,174,530	922,845
	Diciembre	2,097,375	1,974,000	123,375

§45.3. Se observa que el municipio de Manizales tuvo en cuenta para el cálculo de los factores salariales para aportes, el salario básico y los gastos de representación, en concordancia con el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

§45.4. Sin embargo, según el actual reporte de semanas cotizadas informado por COLPENSIONES¹⁷, el actor hizo aportes por los siguientes valores devengados: (i) **\$626.790** del 1992/06/17 al 1994/03/31; (ii) **\$1.174.530** del 1994/04/01 al 1994/11/30; (iii) **\$1.974.000** del 1994/12/01 al 1994/12/31.

§45.5. Salta a la vista que todavía Colpensiones tiene en sus archivos los mismos valores por los cuales erróneamente se hicieron los aportes para pensión de los años 1993 y 1994.

§45.6. Además, conforme al oficio DSF.SC.1385 del 7 de diciembre de 2000, el ISS negó la solicitud del municipio de Manizales de completar los aportes

¹⁶ 04Anexos.pdf p. 30-35

¹⁷ GEN-RES-CO-2017_4562914-20170510054325.pdf . p.3

incompletos, porque “... de conformidad con las normas vigentes no es procedente aceptar su solicitud de corregir los salarios bases de liquidación y reliquidar los aportes para ustedes efectuar el pago de la diferencia.”¹⁸

§45.7. Adicionalmente, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social por la Resolución 013 del 11 de julio de 2002¹⁹ impuso multa al municipio de Manizales, por no reportar oportunamente las novedades laborales de cambio de salario ni realizar los pagos de aportes o cotizaciones con base en el salario realmente devengado.

“Las anteriores variaciones se desprenden de las siguientes pruebas que obran en el expediente:

Certificaciones del Jefe de Archivo del MUNICIPIO DE MANIZALES, donde relaciona los salarios devengados por el trabajador JAHIR GIRALDO GONZALEZ (folio 56) y el cuadro denominado “REPORTE DE NOVEDADES” (...)

Las anteriores constancias no corresponden ni con la constancia expedida por la GERENCIA DE PENSIONES DEL SEGURO SOCIAL SECCIONAL CALDAS, de 1º de noviembre de 2001 (folio 57) sobre los salarios reportados por el MUNICIPIO DE MANIZALES para los años 1993 y 1994 ...”

§46. No sucede lo anterior con los aportes para pensión hechos para el año 1995, porque la demanda indica que los factores salariales a tenerse en cuenta debían ser por de \$2.097.375, *que coincide* con el valor con el cual se calculó la pensión del actor según el archivo GEN-REQ-IN-2018_913382-20180215052223.pdf p.66.

§47. Así, está demostrado que: **(i)** el actor entre los años 1993 y 1994 devengó factores salariales superiores a los reportados y por los cuales se hicieron aportes al ISS para la pensión; **(ii)** el municipio de Manizales aceptó dichos hechos y adelantó trámites al efecto; **(iii)** el ISS y COLPENSIONES se niegan a aceptar el pago del reajuste de los aportes en forma correcta y reliquidar la pensión del actor.

§48. De esta manera, se negarán las excepciones de “Ausencia del derecho reclamado – aplicación normativa y reliquidación pensional, Cobro de lo no debido y Buena fe” propuestas por COLPENSIONES.

§49. Se declarará la nulidad parcial de la Resoluciones 0268 del 28 de enero del año 2000 y 01286 de junio del 2000 expedidas por el ISS.

§50. En cuanto al ingreso base de liquidación, se hará conforme a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018²⁰ del Consejo de Estado, respaldada por la

¹⁸ GEN-ANX-CI-2018_913382-20180126102817.pdf p. 4

¹⁹ 02Anexos.pdf p.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO- SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018)- Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01-

sentencia del 1º de marzo de 2017²¹ de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, antes citadas:

“- 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.

(...)

3. 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.”

§51. En caso que la nueva reliquidación sea inferior a la pensión devengada actualmente por el actor, se mantendrá la más favorable.

§52. Colpensiones, debe solicitar el recobro de los aportes incompletos hechos por el municipio de Manizales, conforme a la sentencia C-895 de 2009 de la Honorable Corte Constitucional, que indica: *“En efecto, la prescripción del derecho al recobro de ciertas mesadas –las no reclamadas oportunamente- de ninguna manera extingue la obligación de concurrir al pago de las demás mesadas, ni libera a las entidades de su obligación futura de concurrencia en el pago.”*

§53. Se ordenará la indexación de conformidad con los parámetros establecidos por el Consejo de Estado²², ordenando a COLPENSIONES actualizar las diferencias en las mesadas pensionales, que resulten de la reliquidación aquí ordenada, desde la causación de la pensión, con base en la fórmula que a continuación se indica.

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

§54. En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es la diferencia en la mesada pensional, que resulte de la reliquidación aquí ordenada²³, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

§55. Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

²¹ FERNANDO CASTILLO CADENA Magistrado ponente SL2689-2017 Radicación 52320 Bogotá, D. C., primero (1) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Magistrado Ponente Tarsicio Cáceres Toro; sentencia 8 de agosto 2003, radicación 2500-23-25-000-1999-6516-01.

²³ Esto es, las diferencias de mesadas que surjan entre la pensión pagada y la que se calcule con fundamento en la reliquidación.

§56. **En cuanto a la prescripción**, toda vez que la demanda fue propuesta el 14 de septiembre de 2018 y la última solicitud de reliquidación del actor fue elevada el 26 de enero de 2018, se declararán prescritas las mesadas reliquidadas anteriores al 26 de enero de 2015, conforme a los decretos 1848 de 1969 y 3135 de 1968²⁴.

§57. Colpensiones deberá pagar la diferencia entre las mesadas devengadas por el actor y las mesadas reliquidadas a partir del 26 de enero de 2015.

§58. **No se accederá a la excepción de “prescripción de la acción para reclamar la inclusión de nuevos factores salariales”** propuesta por Colpensiones, ya la Corte Suprema de Justicia en la sentencia S. CL. 1640 del 2018 recordó que en la sentencia CSJ SL, del 15 julio 2003 (rad. 19557) se fijó el criterio jurisprudencial, según el cual las acciones encaminadas al reajuste de las pensiones por inclusión de factores salariales, son susceptibles de verse afectadas por el fenómeno de la prescripción extintiva, de conformidad con los arts. 151 del CPTSS y 488 del CST. Al revisar nuevamente el tema objeto de debate, el anterior criterio jurisprudencial varió, para en su lugar establecer la imprescriptibilidad del derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales.

2.8. Costas

§59. Conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A., se condenará en costas y agencias en derecho a la parte demandada, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso, pues se evidencia la gestión realizada por el actor como el municipio de Manizales para corregir los aportes a pensión inexactos, pero la demandada fue reacia en aceptarlos.

§60. La Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: DECLÁRANSE INFUNDADAS las excepciones de “FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA Y COBRO DE LO NO DEBIDO, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA RECLAMAR LA INCLUSIÓN DE NUEVOS FACTORES SALARIALES”, propuestas por **COLPENSIONES. DECLARAR PARCIALMENTE FUNDADA** la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, de las mesadas causadas con anterioridad al 26 de enero de 2015.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de las Resoluciones 00268 del 28 de enero de 2000 y 01268 del 13 de junio de 2000 expedidas por INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho **SE ORDENA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**

²⁴ ARTÍCULO 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

PENSIONES- COLPENSIONES, reliquidar la pensión de vejez del señor JOSÉ JAHIR GIRALDO GONZALES, teniendo en cuenta el promedio de los factores salariales previstos en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 realmente devengados por el señor GIRALDO GONZALES, en los años 1993 y 1994 en el municipio de Manizales. Como al actor le hacían falta menos de 10 años para adquirir el derecho, la entidad deberá evaluar cuál es el tiempo de promedio de aportes más beneficioso: el que faltaba para la pensión o lo cotizado durante todo el tiempo. En caso que la nueva reliquidación sea inferior a la pensión devengada actualmente por el actor, se mantendrá la más favorable.

Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del C.P.A.C.A., debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de este acto judicial y la forma como deberá hacer esos ajustes.

CUARTO: CONDÉNESE, a LA ADMINITRADORA COLOMBIANA DE COLPENSIONES, en costas en primera instancia, las cuales serán liquidadas conforme a lo establecido en el art 366 del C.G.P.

QUINTO: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, realícense las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Acción: Acción Popular
Demandante: Juan Carlos Meza Morales y otros
Demandados: Empocaldas S.A. ESP y Municipio de Salamina Caldas
Radicado: 17001-33-33-004-2019-00494-02
Acto judicial: Sentencia 16

Manizales, trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sala Ordinaria de Decisión de la presente fecha.

Síntesis: Se pretende que las demandadas realicen las obras de mantenimiento de la malla vial y alcantarillado de una vía municipal. El juzgado accedió a las pretensiones. Los apelantes impugnaron la sentencia en razón a que no se demostró la vulneración de los derechos colectivos, así como no se generaron costas. La sala confirma la sentencia, debido a que sí se hizo la demostración del riesgo a los intereses colectivos, pero revoca la condena en costas de primera instancia.

§01. Esta Sala de Decisión procede a dictar sentencia de segundo grado, para decidir el recurso de apelación interpuesto por Empocaldas y el Municipio de Salamina- Caldas, contra la sentencia del 1 de marzo de 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

§02. La parte accionante pretende la protección de los derechos colectivos al acceso a servicios públicos, a la vivienda en condiciones dignas, la prevención de desastres previsibles técnicamente, el desarrollo en un ambiente sano, a la calidad de bienes y servicios y a la moralidad administrativa.

§03. En consecuencia, se ordene a Empocaldas S.A. ESP, realizar: **(i)** las labores de mitigación y adecuación de las redes del alcantarillado de la calle 3 entre carreras 4 y 5 del barrio El Alto del municipio de Salamina –Caldas; **(ii)** los

¹ Expediente digital. Pág. 2 a 6, c1.

estudios técnicos y financieros para la ejecución de las obras; y, **(iii)** se retorne la malla vial en su estado inicial.

§04. La parte demandante indicó que: **(i)** la red de alcantarillado en la calle 3 entre carrera 4 y 5 del barrio El Alto del municipio de Salamina está en malas condiciones y no ha sido intervenido; **(ii)** la tubería es deficiente y genera riesgos de estabilidad en el terreno y problemas sanitarios, **(iii)** la comunidad solicitó la revisión del acueducto, alcantarillado y la malla vial, pero la municipalidad y EMPOCALDAS señalan que las obras pueden intervenir en el futuro, sin que a la fecha se hayan incluido la realización de las obras en el presupuesto.

§05. Invocó como fundamentos de derecho los artículos 25, 39 y 40 de la Ley 472 de 1998.

1.2. Contestación del Municipio de Salamina - Caldas²

§06. Se opuso a las pretensiones de la demanda, y esgrime que no es la entidad territorial la encargada de prestar el servicio de acueducto y alcantarillado, sino que a Empocaldas S.A. E.S.P. le corresponden las reparaciones pretendidas como prestador del servicio. Aclaró que la vía se encuentra en condiciones aptas para el tránsito vehicular y peatonal.

§07. Propuso como medios exceptivos los siguientes: **(i) Inexistencia de la vulneración a los derechos colectivos invocados por parte del Municipio de Salamina:** Aduce que Empocaldas S.A. E.S.P. como prestador del servicio y el operador de las redes le corresponden lo pretendido en la demanda; **(ii) La pavimentación de la Calle 3 entre Carreras 4 y 5 del Municipio de Salamina, no es una pretensión de la acción popular;** **(iii) El juez administrativo no puede vaciar de competencia a la autoridad administrativa y por tanto no puede coadministrar al asignarle destinación al recurso público,** para la priorización de realización de obras en las vías urbanas; **(iv) Inexistencia de prueba de la presunta vulneración de los derechos colectivos en relación con el pavimento de la referida vía;** y, **(v) Innominada o genérica.**

1.3. Contestación de Empocaldas S.A E.S.P.³

§08. Se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que no existe un daño que amerite su intervención.

§09. Expresó que: **(i)** a los entes territoriales y al operador del servicio público, les corresponde el mantenimiento de las redes principales y a los suscriptores las acometidas domiciliarias; **(ii)** dentro de sus funciones no se encuentra la reparación de la malla vial; **(iii)** las redes que deben ser cambiadas no afectan de manera directa las viviendas; **(iv)** si se han presentado daños es debido al tráfico vehicular; y, **(v)** la entidad se encuentra en la consecución de los recursos económicos para la ejecución de las obras requeridas.

² Expediente digital.c1Pág. 33 a 41, c1.

³ Expediente digital.c1Pág. 60 a 68, c1.

§10. Propuso como medios exceptivos los siguientes: **(i) Responsabilidad de los usuarios en el mantenimiento de las instalaciones domiciliarias**, de conformidad al artículo 21 del Decreto 302 de 2000; **(ii) Responsabilidad del Municipio de Salamina en la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado**, en cumplimiento a las responsabilidades directas del artículo 5.6 de la ley 142 de 1994; **(iii) Ausencia de prueba demostrativa de responsabilidad de afectación de la vía objeto de la acción popular**, respecto al estado de la malla vial; y, **(iv) Inexistencia de vulneración de los derechos e intereses colectivos**, porque no existe prueba alguna de la supuesta vulneración de derechos colectivos.

1.4. La Sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones⁴

§11. El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales declaró la vulneración de los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos, a su prestación eficiente y oportuna; asimismo, al derecho al goce del espacio público, la utilización y la defensa de los bienes de uso público.

§12. Por ello ordenó tomar medidas preventivas ordenando a los demandados:

§12.1. Al Municipio de Salamina-Caldas: *“Deberá adelantar las gestiones de carácter legal, administrativo, financiero y presupuestal para la apropiación de los recursos necesarios a efectos de realizar las obras de intervención, mantenimiento y/o pavimentación de la Calle 3 entre Carreras 4 y 5 del barrio, obras que deberán ser ejecutadas dentro de los seis meses siguientes, lo cual, en todo caso, deberá coordinarse con las obras que en el mismo sector va a adelantar EMPOCALDAS S.A E.S.P., para la optimización de los recursos”* ,

§12.2. Y a la entidad Empocaldas ESP: *Deberá continuar de manera diligente con los trámites legales, presupuestales y financieros que ya ha iniciado para efectos de contratar la obra civil que tendrá como objeto la reposición de las redes de acueducto y alcantarillado de la calle 3 entre carreras 4 y 5 barrio El Alto del municipio de Salamina-Caldas, obras que deberán ser ejecutadas dentro de los seis meses siguientes, lo cual, en todo caso, deberá coordinarse con las obras que en el mismo sector va a adelantar el MUNICIPIO DE SALAMINA-CALDAS, para la optimización de los recursos. Y advirtió ante un eventual reposición o reparación de las acometidas éstas se encuentran a cargo de los suscriptores.*

§13. El juzgado precisó los aspectos normativos y jurisprudenciales frente al alcance de los derechos colectivos invocados. A su vez, refirió a la competencia constitucional y legal en materia de prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado frente a los municipios y empresas de servicios públicos.

§14. Del análisis probatorio aportado al plenario, concerniente a los registros fotográficos allegados por la Personería Municipal de Salamina y las visitas técnicas efectuadas por Planeación de dicho municipio, se evidenció que la vía pública de la calle 3 entre carreras 4 y 5 presentan hundimientos de la calzada,

⁴ Expediente digital. 13Sentencia17.pdf

desgastes, abrasión, fisuras, agrietamientos, faltantes en el acabado de la malla vial y en general se encuentran en mal estado.

§15. En este sentido, advirtió la comprobación de la existencia de la vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados por el accionante por parte del municipio de Salamina, Caldas y Empocaldas S.A. E.S.P., y condenó en costas a los demandados.

1.5. La apelación del Municipio de Salamina⁵

§16. La entidad solicitó que se revoque la sentencia en su contra, por los siguientes motivos: **(i)** existe falta de legitimación en la causa por pasiva, basado en que conforme al artículo 8 del Decreto 302 de 2000, reglamentario de la Ley 142 de 1994, los constructores y/o urbanizadores se encuentran obligados a la construcción de redes locales de servicios públicos; **(ii)** no es la competente para la reposición de servicios de acueducto y alcantarillado sino las empresas de servicios públicos; **(iii)** Empocaldas S.A. adelanta la reposición y alcantarillado en el sector, con lo que se restablecerá la malla vial, deteriorada por el tiempo, pero es transitable vehicularmente y peatonalmente; **(iv)** no se comprobó la existencia de un peligro inminente para la vida y la salud de la comunidad.

1.6. La apelación de Empocaldas S.A. E.S.P.⁶

§17. Solicitó que se revoque la sentencia en su contra, con base en los siguientes argumentos: **(i)** efectuó la ejecución de la reposición para la red de alcantarillado del sector, con el contrato de suministros 084 de 2021, para la reposición y optimización del acueducto y alcantarillado del sector; **(ii)** de las pruebas aportadas no se evidenció ni comprobó que la infraestructura de alcantarillado no es la causa de la problemática; **(iii)** no se acreditó técnicamente que se hubiesen presentado daños, fugas o filtraciones; **(iv)** el estado actual de la malla vial le corresponde **sino al** municipio de Salamina, conforme al artículo 76.4.1. Ley 715 de 2.001.

§18. Por ello, solicitó la declaratoria de carencia de objeto por hecho superado.

§19. También discrepó de la condena en costas impuestas en la decisión recurrida.

1.7. Trámite procesal surtido en segunda instancia

§20. Mediante auto del 5 de mayo de 2021, se ordenó dar traslado de alegatos a las partes y al Ministerio Público⁷.

§21. El Municipio de Salamina y Empocaldas ESP, presentaron alegatos de conclusión, la parte actora y el Ministerio Público permanecieron silentes.⁸

⁵ Expediente digital. 16Recurso Apelación Salamina pdf

⁶ Expediente digital. 15RecursoApelaciónEmpocaldas.pdf

⁷ Expediente digital. 22AutoAdmisiónRecursoyTrasladoAlegatos.pdf

⁸ Expediente digital. 28ConstanciaSecretarial.pdf

§22. **El municipio de Salamina- Caldas** insistió en los argumentos expuestos en el recurso de apelación concernientes a la inexistencia de la vulneración de los derechos colectivos en base a las pruebas practicadas.⁹

§23. **Empocaldas S.A. E.S.P.** esgrimió los argumentos expuestos en el recurso de apelación, e insiste en los aspectos de valoración probatorios que conducen a demostrar el cumplimiento de las obligaciones legales¹⁰.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§24. Esta decisión corresponde a este tribunal, conforme al artículo 16 de la Ley 472 de 1998³³ y 152 numeral 14 del CPACA modificado por el artículo 28 de la Ley 2080 de 2021.

2.2. Problemas Jurídicos

§25. ¿Se presentó la vulneración de los derechos colectivos demandados, por el estado de la red de acueducto y alcantarillado de la Calle 3 entre Carreras 4 y 5 del Barrio El Alto del municipio de Salamina –Caldas?

§26. ¿Era procedente la condena en costas ordenadas en primera instancia?

2.3. Marco Dogmático

§27. Los derechos humanos, incluidos los colectivos, reconocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fueron adoptados en los artículos 78 a 82 de la Constitución Política de Colombia en 1991, y son protegidos por la acción popular, de índole pública, altruista y preventiva, cuando estos resulten amenazados o vulnerados, por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares que actúen en desarrollo de funciones administrativas que enfatizó en sus caracteres. (art. 88 CP, L.472/1998)

§28. El Honorable Consejo de Estado¹¹ indicó los siguientes supuestos sustanciales requeridos para la procedencia de las acciones populares: “*A) Una acción u omisión de la parte demandada. B) Un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; peligro o amenaza que no es en modo alguno la que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana. Y, C) La relación de causalidad entre la acción, la omisión, y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses.*”

§29. En cuanto a los derechos involucrados, la **Seguridad y salubridad pública** implica “... *La importancia del cuidado de las salud de las personas y de una adecuada gestión de su entorno, son aspectos esenciales para la efectividad del*

⁹ Expediente digital. 24AlegatosConclusiónSalamina.pdf

¹⁰ Expediente digital. 24AlegatosConclusiónEmpocaldas.pdf

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010), Radicación número: 54001-23-31-000-2001-01920-01(AP).

derecho a la vida y de otros postulados cardinales del Estado social de derecho como la dignidad humana o la libertad, ello se evidencia en lo previsto por el artículo 366 de la Carta, que además de señalar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida como fines sociales del Estado, define como objetivo fundamental de su actividad la solución de necesidades básicas insatisfechas en materia de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable. Su carácter primordial se plasma también en el artículo 49 Constitucional, que encomienda al Estado la responsabilidad de asegurar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, al tiempo que impone a todos el deber de “procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad”. Reflejo de esta última previsión es lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 95 de la Ley Fundamental, que erige en deber ciudadano, expresión del principio de solidaridad, responder con acciones humanitarias “ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”. -sft-¹²

§30. Por ello, el derecho a la salubridad pública debe ser garantizado desde la prestación de los servicios públicos de una manera eficiente y garantizando a los ciudadanos la infraestructura necesaria para gozar de estos sin que su salud se vea afectada, el cual puede ser invocado para ser protegido como derecho colectivo, que debe ser analizado a la luz del concepto de orden público como obligación del Estado respecto de la comunidad.

§31. El **Ambiente sano** como derecho colectivo es importante, “[...] ya que los derechos colectivos y del ambiente no sólo se le deben a toda la humanidad, en cuanto son protegidos por el interés universal, y por ello están encuadrados dentro de los llamados derechos humanos de 'tercera generación', sino que se le deben incluso a las generaciones que están por nacer”, toda vez que “la humanidad del futuro tiene derecho a que se le conserve, el planeta desde hoy, en un ambiente adecuado a la dignidad del hombre como sujeto universal del derecho [...]”.¹³

§32. La **Seguridad y Prevención de Desastres** previsibles técnicamente es un derecho colectivo orientado a precaver desastres y calamidades de origen natural o humano, busca garantizar por vía de la reacción -ex ante- de las autoridades la efectividad de los derechos y bienes jurídicos reconocidos por la Constitución a las comunidades y a las personas y la conservación de las condiciones normales de vida en un territorio.¹⁴ “Por esto demanda de los entes públicos competentes la adopción de las medidas, programas y proyectos que resulten necesarios y adecuados para solucionar de manera efectiva y con criterio de anticipación (y no solo de reacción posterior a los desastres, como es habitual en las actuaciones de policía administrativa) los problemas que aquejan a la comunidad y que amenazan su bienestar, integridad o tranquilidad y que resultan previsibles y controlables ...”¹⁵

¹² Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 17001-23-00-000-2011-00337-01(AP)

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-699 de 18 de noviembre de 2015, M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, D. C., 26 de marzo del dos mil quince (2015). Rad. Núm.: 15001-23-31-000-2011-00031-01.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, D. C., 26 de marzo del dos mil quince (2015). Rad. Núm.: 15001-23-31-000-2011-00031-01. Actor:

§33. La existencia de una **Infraestructura de servicios que garanticen la salubridad pública y el acceso a los servicios públicos de manera eficiente y oportuna**, “... se trata también de un derecho o interés colectivo de origen constitucional; (...) En lo que respecta a los servicios públicos domiciliarios de manera particular, se establece (artículo 9.3 de la Ley 142 de 1994) sobre derechos de los usuarios, el derecho de éstos a “obtener los bienes y servicios ofrecidos en calidad o cantidad superior a las proporcionadas de manera masiva, siempre que ello no perjudique a terceros y que el usuario asuma los costos correspondientes.”. El derecho de acceso a los servicios públicos en este sentido, está esencialmente constituido por la capacidad que detentan los miembros de una comunidad de convertirse en usuarios o receptores o beneficiarios de aquellas actividades susceptibles de catalogarse como servicios públicos. Esta sola condición, sin embargo, no basta; a esta capacidad debe agregársele el cumplimiento de unos requisitos que deben cumplir los prestadores de estos servicios: eficiencia y oportunidad. Por eficiencia, que como se anotó es un imperativo constitucional de los servicios públicos, debe entenderse la prestación de estos utilizando y disponiendo del mejor modo posible los instrumentos o recursos necesarios para cumplir los fines propuestos; por oportunidad, en cambio, se debe entender la respuesta dentro de un plazo razonable que debe tener un usuario cuando requiera estos servicios, así como la permanencia de la prestación de los mismos. La vulneración de este derecho colectivo entonces se manifiesta cuando se lesione el interés subjetivo de la comunidad a que le presten servicios públicos de manera eficiente y oportuna”-sft-.¹⁶

2.4. Competencia en la prestación de los servicios públicos

§34. Según el artículo 365 de la CP: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.” -sft-

§35. De esta manera:

§35.1. El Estado interviene en la prestación de los servicios públicos domiciliarios (arts. 2, 5 L.142/1994).

§35.2. A los municipios les corresponde: **(i)** garantizar su prestación eficiente, a través de las empresas de servicios públicos o directamente. (arts. 2, 5 L.142/1994); **(ii)** “Garantizar la prestación del servicio de agua potable y saneamiento básico a los habitantes de la jurisdicción de acuerdo con la normatividad vigente en materia de servicios públicos domiciliarios.” (art. 60 L.1551/2012, 3.19 L.136/1994); **(iii)** “Realizar directamente o a través de terceros en materia de servicios públicos además de las competencias establecidas en otras normas vigentes la construcción, ampliación

José Amado López Malaver. Demandado: Ministerio de Vivienda y Desarrollo Rural, Ministerio de Medio Ambiente, CORPOBOYACÁ y Otros.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C – 041 de 2003, Jaime Córdoba Triviño”. Ob. Cita.

rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de servicios públicos”. (art. 76.1 L.715/2001)

§35.3. Las empresas de servicios públicos tienen como objeto la prestación de los servicios públicos. (art. 18 L.142/1994).

§36. En el presente caso, la sociedad EMPOCALDAS S.A. E.S.P. tiene como objeto principal la prestación de uno o más servicios públicos domiciliarios, entre los cuales están los de acueducto y alcantarillado, según el certificado de existencia y representación allegado.

2.5. Imputación en la reparación de las redes de alcantarillado

§37. Como se explicará, las reparaciones y mantenimiento de la red interna o domiciliaria de alcantarillado son responsabilidad de los usuarios o propietarios de los inmuebles que se sirven de ella; al paso que el mantenimiento y las adecuaciones que sean necesarias en la red local de alcantarillado deben ser asumidas por la empresa prestadora de servicios públicos, o por municipio cuando preste directamente el servicio.

§38. La Ley 142 de 1994, régimen de servicios públicos domiciliarios, entre los que se incluye el de acueducto y alcantarillado, en su artículo 14 prevé las siguientes definiciones de importancia en el presente debate:

“14.1. ACOMETIDA. Derivación de la red local del servicio respectivo que llega hasta el registro de corte del inmueble. En edificios de propiedad horizontal o condominios, la acometida llega hasta el registro de corte general. Para el caso de alcantarillado la acometida es la derivación que parte de la caja de inspección y llega hasta el colector de la red local.

(...)

14.16. RED INTERNA. Es el conjunto de redes, tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de suministro del servicio público al inmueble a partir del medidor. Para edificios de propiedad horizontal o condominios, es aquel sistema de suministro del servicio al inmueble a partir del registro de corte general cuando lo hubiere.

14.17. RED LOCAL. Es el conjunto de redes o tuberías que conforman el sistema de suministro del servicio público a una comunidad en el cual se derivan las acometidas de los inmuebles. La construcción de estas redes se regirá por el Decreto 951 de 1989, siempre y cuando éste no contradiga lo definido en esta Ley.

(...)

14.23. SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ALCANTARILLADO. Es la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conductos. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos” /Subrayado de la Sala.

§39. El artículo 28 ídem, sobre redes, ordena que *“Las empresas tienen la obligación de efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales, cuyos costos serán a cargo de ellas.”*

§40. El Decreto 302 de 2000, reglamentario de los servicios de acueducto y alcantarillado, modificado por el Decreto 229 de 2002, define las “*Instalaciones interna (sic) de alcantarillado del inmueble: Conjunto de tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de tratamiento, evacuación y ventilación de los residuos líquidos instalados en un inmueble hasta la caja de inspección que se conecta a la red de alcantarillado*”.

§41. En los preceptos 21 y 22 de este Decreto señalan la responsabilidad por las redes: **(i) internas por cada usuario:** “*El mantenimiento de las redes internas de acueducto y alcantarillado no es responsabilidad de la entidad prestadora de los servicios públicos, pero ésta podrá revisar tales instalaciones y exigir las adecuaciones y reparaciones que estime necesarias para la correcta utilización del servicio. Cada usuario del servicio deberá mantener en buen estado la instalación domiciliaria del inmueble que ocupe*”; **(ii) las redes públicas por la prestadora del servicio:** “*La entidad prestadora de los servicios públicos está en la obligación de hacer el mantenimiento y reparación de las redes públicas de acueducto y alcantarillado.*”

§42. En igual sentido la sentencia del Consejo de Estado del 17 de julio de 2003¹⁷:

“... al usuario le corresponde construir o instalar la red domiciliaria y es de su cargo mantener, adecuar y/o repararla cuando sea necesario; que las redes secundarias pueden ser instaladas por los urbanizadores y/o constructores o por la entidad prestadora del servicio, pero el costo debe ser asumido por los beneficiarios o interesados en el servicio y una vez construidas se entregan a la empresa prestadora del servicio para su manejo, operación, mantenimiento y uso dentro de sus programas de prestación del servicio, con excepción de “aquellas redes que no se encuentren sobre vía pública y que no cuenten con la servidumbre del caso”; y que la malla principal está a cargo de la empresa prestadora del servicio...”¹⁸ /sft/.

2.6. El mantenimiento de la malla vial urbana

§43. Los municipios tienen bajo su responsabilidad “*Construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias, fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, en la medida que sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos directa o indirectamente.*” (arts. 76.4.1 L.715/2001; 86 D.1421/1993, D.1504/ 1998)

§44. El Consejo de Estado¹⁹ estableció la responsabilidad colectiva de los municipios: “*...cuando incurra en omisión de sus tareas de conservación y mantenimiento rutinario y periódico de la infraestructura vial, responsabilidad que acarreará mayor exigencia si se demuestra que los daños u obstáculos permanecieron sobre una carretera durante un tiempo razonable para actuar, sin*

¹⁷ Sección Cuarta, sentencia de diecisiete (17) de julio de dos mil tres (2003), radicación número: 25000-23-26-000-2002-01286-01(AP), C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

¹⁸ Sección Cuarta, sentencia de diecisiete (17) de julio de dos mil tres (2003), radicación número: 25000-23-26-000-2002-01286-01(AP), C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

¹⁹ Consejo de Estado, sección tercera del 29 de enero de 2014.C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicado. 76001-23-31-000-1999-02042-01(30356).

que la entidad demandada hubiere efectuado las obras de limpieza, remoción, reparación o señalización, con miras a restablecer la circulación normal en la vía.”:

2.7. Lo probado

§45. Como se demostrará, Empocaldas al realizar los procesos de contratación para el mantenimiento de la red de alcantarillado aceptó que en el sector el estado de la vía y el alcantarillado presentan defectos que ponen en riesgo la estabilidad y la salubridad.

§46. El 22 de mayo de 2019 los accionantes solicitaron a Empocaldas, iniciar las labores tendientes a la adecuación de la red de alcantarillado en el barrio el Alto del municipio de Salamina Calle 3 entre Carreras 4 y 5²⁰, porque se presenta: hundimientos y agrietamientos de la vía, así como los malos olores que se desprenden de la red de alcantarillado, que afectan la salubridad.

§47. Mediante oficio del 18 de junio de 2019, Empocaldas respondió que el mencionado sector no se encuentra priorizado para ser intervenido, pero se considera la posibilidad financiera de ser incluido en proyectos futuros²¹.

§48. El 6 de febrero de 2020, se realizó el Acta de visita técnica y ocular²², donde se encontró: **(i)** la vía presenta desgaste, abrasión, fisuras, agrietamientos, faltantes, que obedecen al paso del tiempo, aunque aún permite el tránsito; **(ii)** las redes hidrosanitarias de las redes de alcantarillado no se han actualizado, y no se observaron fallas de funcionamiento que demuestren problemas de salubridad; **(iii)** se recomendó desarrollar las obras tendientes a la actualización de las redes de alcantarillado, en las zonas donde se requiere la ruptura de la malla vial.

§49. El testimonio del Ingeniero Humberto Lopera Proaños, adscrito a Empocaldas indicó²³: **(i)** la falla en el pavimento podría estar asociado al deterioro de la malla vial como al mal estado de las acometidas domiciliarias; **(ii)** explicó que se está realizando un proceso de contratación para intervenir la tubería, que incluye la reposición de las redes de acueducto y alcantarillado como las franjas que se afecten; **(iii)** recomendó la actualización de las redes de alcantarillado y adelantar una repavimentación total de la vía; y, **(iv)** explicó que no se han realizado acercamientos con la administración municipal, para efectos de coordinar el trabajo integral.

§50. Se allegó un video y material fotográfico tomado por la Personería, donde se observa que el pavimento de la vía se encuentra con desniveles, fisuradas y desgastes marcados, aunque permite el flujo de tránsito vehicular y peatonal.²⁴

²⁰ Expediente digital archivo 01ExpedienteCompleto.pdf, páginas 7-9

²¹ Expediente digital archivo 01ExpedienteCompleto.pdf, página 12

²² Expediente digital archivo 01ExpedienteCompleto.pdf, páginas 124-128

²³ Expediente digital archivo 08ActaAudienciaPruebasTrasladoAlegatos.pdf

²⁴ Expediente digital archivo 02PruebaOficio.pdf

§51. Para constatar la existencia de alguna contratación para la pavimentación y mantenimiento del alcantarillado de la zona, se consultó la página web del SECOP II²⁵, donde se encontró:

§51.1. Para el mejoramiento de la red de alcantarillado y acueducto de la calle 3 entre carreras 4 a 5 de Salamina, se han realizado cuatro procesos contractuales por EMPOCALDAS: C229 de 2021 en estado liquidado; C092 de 2022 en estado liquidado; C196 de 2021 **en estado de acta de inicio**; y C-170 de 2021 con acta final, pero sin liquidación.

§51.2. Además, EMPOCALDAS admitió la necesidad de realizar las obras por el riesgo de la estabilidad en el terreno, conforme al estudio de necesidad de la Contratación del 28 de enero 2021: “ (...) *La red de alcantarillado y acueducto en la calle 3 entre carreras 4 y 5 en el Municipio de Salamina, ya ha cumplido su vida útil, lo que genera un deficiente estado de la misma, generando un riesgo en la estabilidad en el terreno y un problema sanitario en el sector, como hundimiento de la malla vial, así mismo, mediante acción popular con radicado No. 17001333300420190049400 se ordena a Empocaldas a realizar obras de reposición de redes (...) se dará solución a la acción popular la cual viene solicitando por los usuarios desde el año 2019 y se prestará un mejor servicio a la población del sector (...)*”

§51.3. En cada uno de los procesos contractuales aparecen los informes de avance de obra, los cuales demuestran las labores que EMPOCALDAS ha realizado para mejorar el servicio, las cuales aún no han concluido.

§52. En este sentido, se encuentra demostrado que el estado de la vía como del alcantarillado del barrio sí representa un riesgo para la estabilidad del terreno y un problema sanitario, por lo que es razón suficiente para confirmar la vulneración de los derechos colectivos avistados por la sentencia de primera instancia.

§53. Con respecto a las órdenes dadas por el juzgado: (i) en cuanto a EMPOCALDAS, aunque se encuentra demostrado que ha realizado obras para la reposición del acueducto y alcantarillado, las mismas no han concluido, por lo que no es procedente declarar el hecho superado; (ii) el municipio no ha demostrado la realización de labores, pese a que el estado de la vía puede presentar riesgos de estabilidad, como lo aceptó EMPOCALDAS en la justificación para contratar.

2.8. Condena en costas

§54. La empresa Empocaldas S.A. ESP, recurre la orden de condena en costas impartida por la funcionaria judicial de primera instancia, basado en que las mismas no se causaron comoquiera que los actores populares, no adelantaron gestiones en las etapas del proceso concernientes asistir a la audiencia de pacto de cumplimiento y presentar alegatos de conclusión.

§55. El artículo 38 de la Ley 472 de 1998, dispone que “*El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al*

²⁵ <https://www.contratos.gov.co/consultas/resultadoListadoProcesos.jsp#>

demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar.”

§56. El Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 6 de agosto de 2019, estableció las siguientes reglas de unificación respecto de las costas y agencias en derecho en la acción popular:

“63. El artículo 38 de la Ley 472 de 1998 admite el reconocimiento de las costas procesales a favor del actor popular y a cargo de la parte demandada, siempre que la sentencia le resulte favorable a las pretensiones protectorias de los derechos colectivos, y la condena en costas, a la luz del artículo 361 del Código General del proceso, incorpora tanto el concepto de expensas y gastos procesales como el de las agencias en derecho.

164. También hay lugar a condenar en costas a la parte demandada, en los componentes de expensas y gastos procesales y de agencias en derecho, cuando haya con temeridad o mala fe. En este último evento, también habrá lugar a condenarlo al pago de la multa prevista en la disposición 38 ibídem.

(...)

166. Conforme lo dispone el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, armonizado con el artículo 361 del Código General del Proceso, en las acciones populares la condena en costas a favor del actor popular incluye las expensas, gastos y agencias en derecho con independencia de que la parte actora haya promovido y/o concurrido al proceso mediante apoderado judicial o lo haya hecho directamente.

167. En cualquiera de los eventos en que cabe el reconocimiento de las costas procesales, bien sea en cuanto a las expensas y gastos procesales o a las agencias en derecho, bien sea a favor del actor popular o de la parte demandada, la condena se hará atendiendo las reglas previstas en el artículo 365 del Código General del Proceso, de forma que sólo se condenará al pago de aquellas que se encuentren causadas y se liquidarán en la medida de su comprobación.

169. Para este efecto, se entenderá causada la agencia en derecho siempre que el actor popular resulte vencedor en la pretensión protectoria de los derechos colectivos y su acreditación corresponderá a la valoración que efectúe el tallador en atención a los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso, es decir, en atención a la naturaleza, calidad y duración del asunto, o a cualquier otra circunstancia especial que resulte relevante para tal efecto.

170. Las agencias en derecho se fijarán por el juez aplicando las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el actor popular, con independencia de si actuó directamente o mediante apoderado, u otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

§57. Considera la Sala que le asiste razón a la entidad Empocaldas S.A. ESP para solicitar que no se condene en costas de primera instancia, dado que la parte actora no realizó actuaciones o gestiones en el trámite procesal. Por tanto, se revocará la condena impuesta.

§58. De igual manera, no se condenará en costas y agencias en derecho en favor en esta instancia, ya que no se causaron.

§59. Por lo anteriormente expuesto, esta Sala de Decisión del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

SENTENCIA

PRIMERO: Revocar el numeral octavo de la sentencia dictada el 01 de marzo de 2021, proferida por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Acción Popular interpuesto por URÍAS GARCÍA SALAZAR Y OTROS, en contra del Municipio de Salamina – Caldas y EMPOCALDAS S.A. E.S.P.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás de la providencia recurrida.

TERCERO: No condenar en costas en esta instancia conforme a los argumentos expuestos en este proveído.

CUARTO: REMITIR copia de la presente decisión a la Defensoría del Pueblo (art. 80 Ley 472 de 1998).

QUINTO: Ejecutoriado el veredicto, remítase juzgado de origen, previas las anotaciones respectivas y archívese.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PABLO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Sentencia Segunda Instancia

Acción: Popular
Demandantes: Enrique Arbeláez Mutis
Demandado: Municipio de Manizales
Radicado: 17 001 33 39 006 2020-00163-02
Acto judicial: Sentencia 17

Manizales, trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha

§01. **Síntesis:** El demandante pretende que se ordene el mantenimiento del mobiliario urbano de los vendedores estacionarios, y se les devuelva los dineros que pagaron para dicho mantenimiento. La primera instancia accedió al mantenimiento. El actor apeló para que se ordene la devolución de los aportes efectuados por los vendedores, y el municipio solicitó que se ampliara el plazo para la ejecución de la sentencia. La sala confirma la sentencia, debido a que no se trata de la discusión de los derechos individuales de recobro de cada uno de los vendedores estacionarios, y los plazos ordenados son suficientes para su cumplimiento.

§02. Procede esta Sala a dictar sentencia de segunda instancia para decidir el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Manizales y por la parte demandante, contra la sentencia del 13 de abril de 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales en el asunto de la referencia.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

§02. La parte accionante pretende la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del bien público; en consecuencia, se ordene al municipio de Manizales: **(i)** realice el mantenimiento de los módulos metálicos de los vendedores estacionarios de Manizales; y, **(ii)** se restituya el dinero pagado por los vendedores para el mantenimiento de los módulos.

¹ ExpedienteJ6. Carpeta CDRN 1 ppal – 002ACCIONPOPULARYANEXOS.pdf

§03. En los hechos la parte demandante indicó que: **(i)** en la ciudad de Manizales se instalaron módulos metálicos, entre ellos para vendedores estacionarios, con el objetivo de recuperar el espacio público; **(ii)** el mantenimiento de los módulos metálicos se encontraba bajo contrato por parte de una empresa, el cual no se ha cumplido y renovado, porque han sido los ocupantes de los módulos quienes han llevado a cabo el mantenimiento de los mismos, y con ello se les generó un detrimento económico.

1.2. La contestación del Municipio de Manizales²

§04. Se opuso a las pretensiones de la demanda.

§05. Manifestó que a través de la Resolución 2611 de 2004, expedida por la Secretaría de Planeación Municipal, se otorgó licencia de uso, ocupación y administración de mobiliario urbano en el espacio público, a la empresa “Eucal S.A.”, para instalación de mobiliario urbano, como casetas de ventas, así como la administración y mantenimiento de los mismos.

§06. El mantenimiento de los módulos le corresponde a los ocupantes. No obstante, la Secretaría del Medio Ambiente analizará la propuesta de mantenimiento con base en los aportes de los ocupantes. Y se opuso a la devolución de los aportes, porque constituyen una manera de compensar los beneficios recibidos con la legalización de la venta informal.

§07. Propuso las excepciones de: **(i) Improcedencia de la acción popular frente a la pretensión de devolución de los recursos**, porque solo es procedente para buscar la protección de derechos colectivos, más no para solicitar restituciones de dinero; y, **(ii) Genérica**.

1.3. La Sentencia de primera instancia³

§08. El 13 de abril de 2021, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito, profirió sentencia de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLÁRASE probada la excepción de “IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN FRENTE A LA DEVOLUCIÓN DE LOS RECURSOS” propuesta por el Municipio de Manizales.

SEGUNDO: DECLÁRASE responsable al MUNICIPIO DE MANIZALES de la vulneración del derecho colectivo a la Defensa del Patrimonio Público contenido en el numeral e de la ley 472 de 1998, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: ORDENASE al MUNICIPIO DE MANIZALES, la realización de las labores de mantenimiento correctivo de cada uno de los módulos destinados a la venta informal en el espacio público de Manizales, los mismos que se encuentran ubicados en los siguientes lugares: LUGAR NUMERO DE MODULOS Chipre avenida 12 de octubre 32 Centro y Parque Ernesto Gutiérrez 76 Avenida Santander 33 Calle 19 entre carreras 22 y 23 40 Calle del arte 18 dobles Centro Galerías Plaza de Mercado 197

CUARTO. ORDENASE al MUNICIPIO DE MANIZALES, que se practiquen estudios de fondo que produzcan un diagnóstico respecto de la necesidad a cubrir y con base en

² ExpedienteJ6. Carpeta CDRN 1 ppal – 007CONTESTA_Municipio.pdf

³ ExpedienteJ6. Carpeta CDRN 1 ppal – 030sentencia.pdf

el mismo se proceda a las acciones ordenadas, teniendo en cuenta que cada persona que realiza su actividad como vendedor estacionario y es adjudicatario, debe realizar el mantenimiento interior del módulo, tal como fue aceptado en el acta de compromiso de uso temporal.

Parágrafo. Los mencionados estudios no deben tener una duración mayor a dos meses a partir de la notificación de esta sentencia, y una vez terminados y junto con las conclusiones adoptadas en relación con la problemática, deberán iniciarse las obras correspondientes, las cuales deberán culminar en un plazo máximo de 6 meses.

QUINTO: NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.”

§09. En el análisis jurídico resaltó la protección de los derechos e intereses colectivos, la procedencia de la acción popular y los derechos colectivos invocados.

§10. Del análisis probatorio aportado al expediente determinó lo siguiente: (i) el número de módulos instalados por el municipio de Manizales, y el lugar de ubicación, (ii) la construcción de los módulos se hizo a través de la firma Equipamientos Urbanos Nacionales De Colombia SS -Eucol SA, y actualmente son propiedad de la entidad territorial; (iii) el mismo Municipio manifestó no haber realizado las labores de mantenimiento y estar en trámites administrativos y/contractuales que le permitan culminar dichas labores; (iv) la responsabilidad del mantenimiento es del municipio, ya que en las actas de adjudicación temporal de los módulos se indicó que “*el adjudicatario deberá consignar en los primeros cinco (5) días de cada mes en la cuenta que establezca la Secretaría del Medio Ambiente la suma de treinta y dos mil pesos moneda corriente (32.000.00) para el mantenimiento preventivo*”.

§11. Por ello se dispuso que se realicen los correctivos para el mantenimiento de los módulos. Pero no se accedió a la devolución de los aportes porque: (i) el actor no demostró dichos pagos; (ii) “*.. la acción popular no tiene un carácter supletivo o residual frente a otras acciones judiciales, sino que se caracteriza por ser autónoma y principal dado que su objeto es la protección de derechos colectivos y no es el mecanismo para cuestionar la validez de acuerdos bilaterales o estudiar controversias que deben tramitarse a través de los medios de control ordinarios.*”

1.4. La apelación del demandante⁴

§12. Inconforme con la decisión, solicitó que se acceda a la devolución de los dineros que cancelaron los adjudicatorios por concepto de mantenimiento de los módulos metálicos. Lo anterior, porque se instalaron los módulos bajo la administración de un contratista en el año 2004, el cual recaudaba los dineros para el mantenimiento. Pero finalizado el contrato de administración, los adjudicatarios siguieron consignando los dineros para el mantenimiento, lo cual fue aumentando un fondo que todavía continúa a la fecha, sin manejo alguno, sin que se pueda identificar quienes hicieron los aportes, lo que va en contra de la moralidad administrativa.

1.5. La apelación del Municipio de Manizales⁵

⁴ ExpedienteJ6. Carpeta CDRN 1 ppal – 033ApelacionDte.pdf

⁵ ExpedienteJ6. Carpeta CDRN 1 ppal – 035ApelacionMcpio.pdf

§13. Solicitó se modifique la sentencia recurrida y se conceda un término más amplio para su cumplimiento, el cual fue fijado en dos meses para los estudios y seis para iniciarse los mantenimientos. Lo anterior, basado en que cualquier trámite contractual requiere de términos legales, que como fue ordenado en la sentencia no alcanzan para ser cumplidos.

1.6. Trámite procesal surtido en segunda instancia

§14. Mediante auto del 09 de junio de 2021, se ordenó dar traslado de alegatos a las partes y al Ministerio Público.⁶

§15. La parte demandante y el Ministerio Público no se pronunciaron.

§16. **El Municipio de Manizales** insistió con los argumentos presentados en el recurso de apelación.⁷

2. Consideraciones

§17. Esta decisión corresponde a este tribunal, conforme al artículo 16 de la Ley 472 de 1998⁸ y 152 numeral 16 del CPACA.

2.1. Problema jurídico

§18. ¿Se vulneraron los derechos colectivos a la moralidad administrativa y defensa del patrimonio público, por la omisión por parte del municipio de Manizales en efectuar la contratación para realizar el mantenimiento de los módulos metálicos, por lo que se deben restituir los dineros pagados por los adjudicatarios de los módulos, por concepto de mantenimiento de los módulos metálicos?

§19. ¿Debe aumentarse los tiempos para el cumplimiento de la sentencia, conforme lo solicitado por el municipio de Manizales?

2.4. Las acciones populares

§20. Los derechos colectivos son protegidos por las acciones populares cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, exista peligro, agravio o daño contingente, por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares que actúen en desarrollo de funciones administrativas. (arts. 78 a 82 Cp., L.472/1998)

§21. El Honorable Consejo de Estado⁹ indicó los siguientes supuestos para la prosperidad de las acciones populares: *“A) Una acción u omisión de la parte demandada. B) Un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de*

⁶ Expediente Digital 14AutoAdmisiónyTraslado.pdf

⁷ Expediente Digital 16AlegatosConclusionMunicipioManizales.pdf

⁸ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html#16

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010), Radicación número: 54001-23-31-000-2001-01920-01 (AP).

derechos o intereses colectivos; peligro o amenaza que no es en modo alguno la que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana. Y, C) La relación de causalidad entre la acción, la omisión, y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses”.

2.5. Los derechos colectivos que se pretende se protejan

§22. Sobre la **moralidad administrativa**, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha determinado los parámetros que deben ser analizados con el fin de examinar si se ha infringido: *“(i) Que la transgresión de la legalidad haya obedecido a la satisfacción de intereses particulares. (ii) Que existan irregularidades y/o mala fe por parte de la Administración en el ejercicio de las potestades públicas. (iii) Que se desconozcan los principios que guían la función administrativa.”*

§23. La moralidad administrativa también se infringe cuando se desconoce los principios de responsabilidad y legalidad: *‘El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa’ manifestó que el referido postulado, en el marco de la administración pública, podía entenderse en varios sentidos, a saber: a) toda actuación administrativa debe fundarse en ley material; b) opera como una restricción al ejercicio del poder público y, por ende, exige la existencia de ley formal o ley formal-material para aquellas actuaciones que interfieran en la libertad jurídica de los particulares.”.*

§24. El derecho colectivo a la **Defensa del Patrimonio Público** *“... se orienta a garantizar una administración eficiente y responsable que debe acompañarse con la buena fe y la transparencia que exige la moralidad administrativa. En ese sentido, el patrimonio público debe gestionarse de conformidad con el principio de eficiencia y transparencia de la función administrativa, el cual debe interpretarse a partir del marco jurídico que lo desarrolla, entre ellos, las normas presupuestales, la destinación de los recursos y las obligaciones que surgen de las operaciones bursátiles que realizan los entes territoriales.”¹⁰*

2.6. Lo demostrado

§25. A través de la Resolución 2611 del 11 de noviembre de 2004 la Alcaldía de Manizales concedió la licencia de intervención y ocupación del espacio público para ubicar mobiliario urbano a la firma de Equipamientos Urbanos Nacionales de Colombia S.A. “EUCOL S.A.”¹¹. En la misma se indicó que se instalarían módulos de venta, sin costos para el municipio de instalación, mantenimiento, ni vigilancia.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA, Bogotá, D.C., dos (2) de junio de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 19001-33-31-002-2011-00399-02 (AP)

¹¹ Expediente Digital Carpeta CDRN 1 ppal – 011Licencia 2611. pdf

§26. Según el anexo técnico de dicha la Resolución 2611 de 2004¹²: (i) el mantenimiento rutinario sería por parte de EUCOL S.A.; (ii) el mantenimiento correctivo era asumido en un 30% por el vendedor y el 70% por EUCOL; (iii) el mantenimiento rutinario por parte del vendedor; (iv) el mantenimiento correctivo por cuenta del vendedor; (v) los vendedores hacían el pago del costo de operación y mantenimiento a EUCOL, en forma mensual a la consignación de una cuenta a una fiducia mercantil de administración y pagos.

§27. Conforme a las manifestaciones hechas por el municipio en la contestación de la demanda y en la audiencia de pacto de cumplimiento, la concesión se terminó el 11 de noviembre de 2017. Pero luego “... se siguieron cancelando esos 33000 pesos mensuales por los usuarios, EH, y esos recursos doctora están en una cuenta... actualmente registra \$163'101.198 pesos conforme a certificación que expidió el tesorero... El problema es que esta es tu expiró y en este momento no tenemos un contrato de concesión para viabilizar ese recaudo...”

§28. El día 04 de marzo de 2020¹³ el demandante solicitó a la Alcaldía de Manizales, el mantenimiento de los módulos y la devolución de los cobros realizados. A lo cual el municipio contestó¹⁴: (i) la ubicación de los módulos instalados en diferentes sitios de la ciudad de Manizales; y, (ii) se están adelantando los trámites pertinentes para el mantenimiento de los módulos.

§29. La Alcaldía allegó: (i) el listado de las personas beneficiarias de los módulos instalados en la calle 26 y 27 de la ciudad de Manizales; (ii) las actas de compromiso para la adjudicación temporal de un módulo de venta informal en el espacio público del Municipio de Manizales suscritas con cada adjudicatario.

§30. En aplicación al Acuerdo 443 de 1999, se suscribió acta de compromiso con cada adjudicatario de los módulos, donde se establecieron obligaciones, prohibiciones y condiciones de los usos de los módulos. Entre éstas quedaron establecidas la responsabilidad del adjudicatario por los daños ocasionados al módulo así:

“ARTÍCULO DOCE: El adjudicatario se hace responsable por cualquier daño y/o desperfecto causado al módulo. Cualquier daño será asumido por el vendedor, con los costos establecidos por el valor del repuesto y la instalación por parte del fabricante. Cualquier daño hecho al módulo de venta y que no sea subsanado en un plazo máximo de un (1) mes, hará que se pierda el derecho al uso del módulo y deberá ser entregado de inmediato a la Secretaría de Medio Ambiente, perdiendo el derecho el adjudicatario infractor a ubicarse en el módulo asignado.”-sft-

§31. A su vez, en la citada acta de compromiso quedó establecido el valor que el adjudicatario debe consignar los primeros cinco (5) días de cada mes en la cuenta que establezca la Secretaría de Medio Ambiente por la suma de \$32.000, para el mantenimiento preventivo.

2.7. Caso concreto

¹² Expediente digital archivo 009 anexo técnico

¹³ Expediente Digital Carpeta CDRN 1 ppal – 002accionpopularyanexos. Fl – 04 a 05/7

¹⁴ Expediente Digital Carpeta CDRN 1 ppal – 002accionpopularyanexos. Fl – 06 a 07/7

§32. El objeto de la apelación se orienta: **(i)** a la devolución de las cuotas pagadas para el mantenimiento por los vendedores estacionarios usuarios del mobiliario urbano de la ciudad; y, **(ii)** la ampliación de los plazos para el cumplimiento de la sentencia.

§33. Frente al primer cargo, no se puede acceder la devolución de las cuotas pagadas por los vendedores estacionarios usuarios de los módulos, porque: **(i)** se trata de sumas de dinero que le corresponde a los derechos individuales de cada una de las personas que hizo la consignación para el mantenimiento de los módulos; **(ii)** las acciones populares son los medios procesales para la protección de los derechos colectivos; **(iii)** las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas.

§34. En efecto, el Consejo de Estado¹⁵ ilustró que las acciones populares no son el mecanismo idóneo para buscar las reparaciones en los derechos individuales. Sobre el particular señaló: *“La acción popular no es el medio procesal idóneo para acceder a la indemnización de perjuicios como quiera que la misma se encuentra instituida para la protección de los derechos e intereses colectivos, con miras a evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza la vulneración o agravio sobre tales derechos e intereses, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, pero no para indemnizar los perjuicios que se hayan causado a una persona o a un grupo de personas determinadas.”*

§35. Respecto al plazo que se debe adelantar el proceso de contratación, teniendo en cuenta las etapas precontractuales fijadas por la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007, y Decreto 1082 de 2015, y siguiendo el manual de contratación del Ministerio de Salud a modo de ejemplo, estima que la licitación *“... tiene una duración aproximada de tres (3) meses, contados a partir de la publicación del Proyecto de Pliego de Condiciones en el SECOP.”*¹⁶

§36. Considerando que la sentencia dio los plazos de dos meses para realizar los estudios necesarios, y seis meses para iniciar el mantenimiento, no se encuentra que dichos términos sean exigüos, sino que son lo suficientemente amplios para realizar la contratación necesaria para el mantenimiento de los módulos, por lo que no se modificará la sentencia en este aspecto.

2.4. Costas

§37. En cuanto a las costas de esta instancia, conforme al artículo 38 de la Ley 472 de 1998, no se impondrán al no demostrarse que se hayan generado.

§38. En consecuencia, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA, Consejera ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO, Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil diez (2010). Radicación número: 540001-23-31-000-00507-01 (AP).

¹⁶ <https://www.minsalud.gov.co/manualcontratacion/v2/index.html>

SENTENCIA

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el 13 de abril de 2021 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales en la acción popular interpuesta por **Enrique Arbeláez Mutis**, demandante, contra el **Municipio de Manizales, Caldas**, demandado, el cual quedara de la siguiente manera:

SEGUNDO: Sin costas, por los motivos expuestos en la parte considerativa de la sentencia.

TERCERO: En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998, REMITASE copia auténtica de esta decisión a la Defensoría del Pueblo

CUARTO: Una vez ejecutoriada esta providencia, remítase al juzgado de origen, previas las anotaciones respectivas en “*Siglo XXI*” y archívese.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, catorce (14) de marzo dos mil veintitrés (2023).

Asunto: Decide cumplimiento sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento
Medio de control: Popular (Protección de los derechos e intereses Colectivos)
Radicado: 170012333000201900019-00
Demandante: Fabio Henao González
Demandados: Municipio de Villamaría – Caldas
Vinculados: Corpocaldas - Aquamaná
Acto Judicial: Auto interlocutorio 43

Asunto

Procede el despacho a pronunciarse acerca del cumplimiento de lo ordenado en la sentencia aprobatoria del pacto de cumplimiento proferida el 5 de noviembre de 2019.

Antecedentes

El 9 de septiembre de 2019, se llevó a cabo la audiencia de pacto de cumplimiento donde se llegó al siguiente acuerdo consignado en el acta de audiencia en los siguientes términos:

"Obligaciones del Municipio de Villamaría:

Se compromete a adelantar y terminar la pavimentación de las calles 3, 3 A, 3 B y carrera 19 del Barrio los Cerezos del Municipio de Villamaría.

Socialización a la comunidad de la necesidad de solicitar Licencia para adelantar construcciones y el manejo de residuos sólidos y escombros a la comunidad.

Inicio de monitoreo para el control de las construcciones de particulares que se realicen a futuro que requieran licencia y adelantar las acciones pertinentes de su competencia.

Un Informe sobre el proceso urbanístico adelantado en el Barrio los Cerezos del Municipio de Villamaría.

Obligaciones de Aquamaná:

Adelantar y terminar el alcantarillado e imbornales necesarios en las calles 3, 3 A, 3 B y carrera 19 del Barrio los Cerezos del Municipio de Villamaría.

Incluir dentro del plan de saneamiento y manejo de vertimientos las separación de aguas lluvias y servidas del Barrio los Cerezos del Municipio de Villamaría.

Socialización a la comunidad de la necesidad de la canalización de aguas lluvias al alcantarillado por parte de los propietarios.

Inicio de acciones permitidas por el contrato de condiciones uniformes para el adecuado manejo y canalización de aguas lluvias en contra de los propietarios y usuarios.

Obligaciones de Corpocaldas y del Municipio de Villamaría:

Realizar visita para evaluación del talud adyacente al barrio los Cerezos del Municipio de Villamaría.

Las anteriores obligaciones se cumplirán en un plazo no superior a ocho (8) meses a partir de la aprobación del Pacto de Cumplimiento.

En este sentido, a través de sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento proferida el 5 de noviembre del 2019, se dispuso:

“PRIMERO: APROBAR el pacto de cumplimiento suscrito por las partes en la audiencia especial celebrada el día nueve (9) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), dentro del trámite de la acción popular promovida por el señor FABIO HENAO GONZÁLEZ en contra del municipio de Villamaría.

SEGUNDO: NÓMBRASE un Comité de Verificación de Cumplimiento de la sentencia que esta integrada, además de esta Corporación en cabeza del Magistrado Ponente de esta providencia, por el Personero de Villamaría-Caldas, quien lo presidirá, convocará e informará; un Delegado del municipio de Villamaría, y al Ministerio Público. El Municipio de Villamaría allegará informe en julio de 2020, y en caso de incumplimiento el demandante lo denunciará para que el Comité se convoque.”

El 10 de julio de 2020, la parte actora allegó informe de la sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento, donde especifica que de acuerdo a las obligaciones contraídas por el municipio de Villamaría – Caldas, la empresa Aquamaná y la entidad Corpocaldas; no se han adelantado gestiones a cargo de dichas entidades, con el fin de cumplir la orden impartida en la decisión judicial.

Por auto del 15 de diciembre de 2020¹, se ordenó requerir al municipio de Villamaría, Caldas y al Comité de Verificación de la sentencia con el fin de evaluar el cumplimiento de la sentencia.

El 20 de enero de 2021, el municipio de Villamaría, allegó informe sobre las actividades realizadas con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones ordenadas a su cargo².

El 24 de agosto de 2021, se llevó a cabo audiencia de verificación de pacto de cumplimiento de la sentencia. En la misma se dio traslado de las acciones ejecutadas por las entidades. Adicionalmente, se identificó las obligaciones pendientes por ejecutar a cargo del municipio y de la entidad Aguamaná.

El 16 de febrero de 2022, se llevó a cabo continuación de verificación de pacto de cumplimiento; el municipio de Villamaría aludió al proyecto radicado ante el Departamento de la Prosperidad Social, mismo que fue entregado a la empresa Proyecta, con el fin de adelantar las obras de construcción y pavimentación. A su vez, explicó que el contrato cuenta con un término de cuatro (4) meses.

¹ Expediente digital archivo 01Expediente escaneado. Pág. 221

² Expediente digital archivo 01Expediente escaneado. Pág. 226-236

Por lo anterior, el despacho consideró verificar el cumplimiento de la sentencia en el lapso de dicho término, solicitando a la parte actora brindar información acerca de las obras ejecutadas.

El 26 de septiembre de 2022, se requirió a la parte actora presentar un informe al despacho acerca del cumplimiento de la sentencia. Dicho informe fue presentado el 3 de octubre de 2022 donde se indican las obras de ingeniería realizadas por la empresa de Ingeniería Proyecta.

Consideraciones

Frente al marco normativo que regula el cumplimiento de las sentencias en las acciones populares el artículo 34 de la Ley 432 de 1998, previó:

“Artículo 34: SENTENCIA. Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia. La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante. Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular.”

A su vez, en el artículo 27 de la citada disposición, señaló la audiencia de pacto de cumplimiento, con el fin de establecer un convenio entre las partes, donde se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior. De igual manera, quedó consignado que la aprobación de pacto de cumplimiento se surtirá mediante sentencia, cuya parte resolutive será publicada en un diario de amplia circulación nacional a costa de las partes involucradas.

Para lograr el cumplimiento del pacto de cumplimiento, la Ley 472 de 1998, ha implementado medidas coercitivas como el desacato, regulado en el artículo 41 de la norma y que dice:

“Artículo 41. Desacato. 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 el efecto devolutivo.”

Frente al incumplimiento o renuencia respecto a una orden judicial por parte del obligado tendiente a ejercer o ejecutar acciones que permitan la cesar la afectación de los derechos colectivos impuestos en el pacto de cumplimiento, conlleva a establecer una sanción dentro del trámite incidental. Sobre el particular el Consejo de Estado³ ha precisado lo siguiente:

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, decisión de 12 de septiembre de 2019, rad. 47001-23- 31-000-2000-00398-04, M.P. Oswaldo Giraldo López

“En pronunciamiento de 12 de septiembre de 2019, la Sala resolvió en grado jurisdiccional de consulta un incidente de desacato en el que se precisó que “por ser de naturaleza sancionatoria, requiere para su imposición demostrar no sólo el aspecto objetivo de la conducta que se reprocha como de incumplimiento a las órdenes proferidas en un fallo de acción popular, sino que se debe valorar el elemento subjetivo de dicha conducta, lo cual resulta ineludible para establecer la responsabilidad”.

En consecuencia, es necesario que el juez verifique la existencia de dos elementos, a saber: el objetivo, que hace referencia al incumplimiento del fallo, esto es, a que se compruebe que la decisión contenida en el mismo no ha sido acatada por la persona responsable dentro de la entidad; y el subjetivo que, dada la naturaleza disciplinaria de la sanción por desacato, exige establecer que el responsable fue negligente.

Para garantizar dichos elementos, la providencia que decide el incidente de desacato deba precisar con claridad: (i) si se incumplió la orden, para lo cual se debe examinar cuál era la conducta ordenada, cuál era su alcance, quién o quiénes debían cumplirla y dentro de qué término, y (ii) si existió responsabilidad subjetiva del demandado en la renuencia para acatarla. Una vez determinado lo anterior, el juez procederá a imponer la sanción que corresponda al tenor del artículo 41 de la ley 472 de 1998, es decir, multa de hasta cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, conmutables en arresto hasta de seis (6) meses.” (Resalta el Despacho).

De esta manera, se colige que el marco normativo que regula las acciones populares previó las sanciones ante el incumplimiento de las órdenes judiciales frente al pacto de cumplimiento y lo ordenado en la sentencia. De esta manera el incumplimiento comprende los elementos subjetivos y objetivos que permiten identificar la conducta del infractor.

Caso concreto

En el sub-judice, para efectos de establecer la responsabilidad de las acciones en el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el pacto de cumplimiento celebrado el 9 de septiembre de 2019, por el Alcalde del municipio de Villamaría – Caldas y la empresa Aguamaná, con miras a verificar si se ejecutó de forma oportuna y completa.

Revisado las pruebas documentales aportadas al libelo, concernientes a los informes presentados por el municipio de Villamaría – Caldas, y la empresa Aguamaná, se demostró lo siguiente:

- El 12 de junio de 2020 la Secretaría de Infraestructura y Vías del municipio de Villamaría – Caldas, presentó proyecto denominado “Construcción de pavimento rígido en los sectores la Isabela, los Cerezos, Villa Esperanza de la Zona Urbana del municipio y placas huellas en el tramo la Guayana – Santo Domingo Zona rural, ante la Convocatoria 001-2020 del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS). En el mismo se incluyó la pavimentación del barrio la Esperanza por un valor de \$ 421.452.893.
- Posteriormente en la audiencia de verificación de pacto llevada a cabo el día 24 de agosto de 2021, se dio traslado de los avances en la ejecución del proyecto y se identificó las obligaciones pendientes por ejecutar así. Por parte del municipio de Villamaría (i) Adelantar y terminar la pavimentación de las calles 3, 3A, 3B y carrera 19 del barrio los cerezos. A cargo de la empresa Aguamaná: (i) Adelantar y terminar el alcantarillado y bornales necesarios de las mismas calles en el barrio los cerezos del municipio de Villamaría Caldas.
- Subsiguientemente, el 16 de febrero de 2022, el secretario de infraestructura señaló que la ejecución de las obras de pavimentación fue entregado a la

empresa Proyecta, donde se realizó fase de socialización y de iniciación del proyecto atendiendo a que el contrato se fijó un término de ejecución de cuatro (4) meses.

- El 3 de octubre de 2022, la parte actora allega informe sobre las obras ejecutadas por las accionadas, respecto a la pavimentación de la urbanización los cerezos, en el cual se encuentran: (i) Se hicieron excavaciones.(ii) Se colocaron acometidas. (iii) Se colocaron cuatro (4) imbornales. (iv) Se hizo estudio de la densidad del afirmado. (v) Se hizo punto de atención al usuario. (vi) Se efectuaron tres (3) auditorias en la sala del consejo municipal de Villamaría con la participación de: DPS, LA FIRMA PROYECTA, ALCALDIA DE VILLAMARIA, EMPRESA AQUAMANÁ Y COMUNIDAD PARTICIPANTE DEL PROYECTO.

- Adicionalmente explicó que en la calle 3 se pavimentó, pero no se hicieron los andenes ya que la comunidad en común acuerdo con la empresa se acordó que la calle quedaría más amplia y ancha. Conforme a los registros fotográficos si se realizaron trabajos con andenes en la calle 3A y 3B. A su vez, señaló sobre la culminación del proyecto y la inauguración del mismo en el mes de septiembre del año 2022.

Conforme a la relación de pruebas documentales y registro fotográfico aportadas se observa que tanto el municipio de Villamaría – Caldas, como la empresa Aguamaná, cumplieron con las obligaciones contraídas en el pacto de cumplimiento llevado a cabo el 9 de septiembre de 2019. De los documentos se destacan la ejecución de las obras de pavimentación de las calles 3, 3A, 3B y carrera 19 del barrio los Cerezos del municipio de Villamaría.

Seguidamente, informa de las auditorias realizadas en el Concejo Municipal de Villamaría con la participación de los integrantes del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS), la Alcaldía del Municipio de Villamaría, la empresa Aguamaná y la comunidad participante del Proyecto.

En este sentido, se observa que las obligaciones contraídas en el pacto de cumplimiento fueron realizadas, ejecutadas y terminadas, tanto por el municipio de Villamaría – Caldas, como por la empresa Aguamaná, y las mismas fueron socializadas con la comunidad del sector, como lo fue informado por la parte actora.

Por lo anterior, al encontrar que el acuerdo entre las partes acordado en el pacto de cumplimiento fue cumplido ha satisfacción se ordenará el archivo del presente incidente.

En consecuencia se,

Resuelve

PRIMERO: ABSTENERSE de imponer sanción por desacato en contra de las entidades municipio de Villamaría – Caldas y la empresa Aguamaná por las razones impuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: DECLARAR que el municipio de Villamaría – Caldas y la empresa Aguamaná han dado cumplimiento a la sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento proferida el 5 de noviembre de 2019.

TERCERO: DAR POR TERMINADO la presente actuación y proceder al archivo definitivo al presente incidente de desacato.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p><u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u></p> <p>No.</p> <p>FECHA: 15/03/2023</p>
--