

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 336

Manizales, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17-001-33-33-003-2013-00157-03
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Oliva González de Montoya y Otros
Demandado: E.S.E. Assbasalud
Llamados En Gtia: Andrés González Messa
Cooperativa de Trabajo Asociado - Coopreserva
Seguros del Estado S.A.

I. ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada y por los llamados en garantía Andrés González Messa y Seguros del Estado S.A. contra la sentencia que accedió en forma parcial a las súplicas de la demanda.

II. ANTECEDENTES.

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Solicita la parte demandante, en síntesis, se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la entidad demandadas por los daños ocasionados a la señora Oliva González de Montoya con ocasión de las lesiones que sufrió en su miembro inferior izquierdo durante el transporte de aquella en una ambulancia de Assbasalud y la afectación extrapatrimonial padecida por los señores Eli Daniel Montoya Buriticá y Héctor Fabio Montoya Buriticá, cónyuge e hijo de aquella.

En consecuencia, se ordene pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir los daños morales, a la vida de relación y a la salud¹.

1.2. Hechos jurídicamente relevantes

Se manifiesta que el 17 de noviembre de 2012, la señora Oliva González de Montoya, ingresó por sus propios medios al centro médico del barrio la Enea de Assbasalud, con el fin de que le fuesen realizados una serie de exámenes.

¹ Rubros estimados en un total de 450 S.M.L.M.V. para la víctima directa y 200 S.M.L.M.V. para su cónyuge e hijo.

Que según se registró en la historia clínica, cerca de las 3.00 p.m. de esa misma fecha, la paciente fue remitida Hospital de Caldas S.E.S, para la práctica de una radiografía de Tórax, por lo que se procedió a su traslado en la ambulancia de placas No. OUC-045 de propiedad de Assbasalud.

Que el traslado se efectuó sin seguirse los protocolos de seguridad, tales como, acostar y asegurar en la camilla a la paciente, por lo cual al momento de arribar al sector del Bosque Popular la ambulancia tomo una curva y la señora González de Montoya fue lanzada contra el suelo del vehículo y las barandas de la camilla, situación que le produjo lesiones en su integridad física, que según historia clínica consistieron en una herida de gran tamaño en la pierna izquierda y como consecuencia de ello se le realizó una sutura de 6 puntos profundos y 35 externos, siendo hospitalizada desde el 17 de noviembre hasta el 12 de diciembre de 2012, tiempo durante el cual tuvo que someterse a cirugías y trasplantes de piel en el sitio de la lesión.

1.3.Fundamentos de derecho

Se cita el artículo 90 de la Constitución Política Nacional; artículos 1613 y 2356 del Código Civil; Decreto 741 de 1997; y Circular 039 de 2000 emitida por la Superintendencia Nacional de Salud. Arguyó que Assbasalud deberá responder por los perjuicios de índole patrimonial y extrapatrimonial causados a los demandantes como consecuencia del cumplimiento defectuosos de sus obligaciones respecto de la atención de la señora Olivia González, al no cumplir con los protocolos de seguridad exigidos para el transporte de pacientes, aunado a la falta de cuidado del conductor de la ambulancia.

2. Contestación de la demanda

2.1.Assbasalud E.S.E. señaló que, no comparte el relato de los hechos efectuado por la parte actora, por considerarlos parcializados, al no señalar todos aquellos servicios que fueron prestados a la demandante y el hecho de que fue esta quien no quiso acatar las recomendaciones dadas por el personal asistencial que la acompañaba.

Que la demanda no endilga una responsabilidad directa en cabeza de Assbasalud pues se limita a advertir una conducta negligente por parte del conductor de la ambulancia, desconociendo que los hechos en que resultó herida la demandante ocurrieron por fuera de las instalaciones y los servicios médicos prestados por dicha E.S.E.

Señala que Assbasalud no generó directamente ningún tipo de daño a la demandante, por el contrario, le prestó servicios de salud sin barreras administrativas o asistenciales.

Con base en los anteriores argumentos, formuló las excepciones de mérito que denominó: *"INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA LESION (sic) SUFRIDA POR LA SRA OLIVIA GONZALEZ (sic) DE M, LA ATENCIÓN OPORTUNA Y DEDICADA RECIBIDA EN LA CLINICA (sic) DE LA ENEA Y LA DEMANDADA ASSBASALUD E.S.E."*, *"EXISTENCIA DE UN EVENTO EXTERNO A LOS SERVICIOS MEDICOS (sic)DE ASSBASALUD E.S.E. E IMPRUDENCIA DE LA SRA OLIVA GONZALEZ (sic) DE M."*, *"BUENA FE"* y *"AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD"*.

Finalmente, formuló los siguientes llamamientos en garantía:

- A la Cooperativa de Trabajo Asociado Coopreserva con la cual se contrató la prestación de servicios varios, entre ellos la conducción de la ambulancia que fue efectuada por el asociado Guillermo León Arias.
- Al señor Andrés González Messa quien fue contratado por prestación de servicios como *tecnólogo en atención prehospitalaria* y que acompañó el traslado de la demandante el día de los hechos.
- A Seguros del Estado S.A. con ocasión de la póliza No. 42-02-101000543 que amparaba la responsabilidad extracontractual de la demandada.

2.2. La llamada en garantía **Cooperativa de trabajo asociado Coopreserva** manifestó que, la demandante fue requerida por el personal médico que le acompañaba en la ambulancia sobre la necesidad de sujetarla a la camilla, sin embargo, esta se negó, considerando que no había necesidad y dadas las condiciones de la paciente, el personal médico optó por aceptar la reticencia de la paciente.

Que no se encuentra acreditado el exceso de velocidad o las supuestas maniobras imprudentes que se endilgan al conductor de la ambulancia, aunado a que en todo caso la responsabilidad de asegurar a la paciente era del personal médico que estaba encargado de su acompañamiento.

Que la tasación de perjuicios efectuada por la parte actora resulta desproporcionada e injustificada a la luz de los criterios jurisprudenciales desarrollados por esta jurisdicción.

En esta línea de intelección propuso los medios exceptivos que tituló: *“CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA”, “INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL”, “AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD”* y *“EXCESIVA TASACIÓN DE PERJUICIOS”*.

2.3. El llamado en garantía **Andrés González Messa** tras oponerse a la prosperidad de las pretensiones del llamamiento en garantía, señaló que su actuar nunca fue desplegado por cuenta propia y pues se dio en el marco del contrato de prestación de servicios y bajo la coordinación y dirección de Assbasalud, en tal sentido advierte que la historia clínica de la paciente no señalaba ningún tipo de padecimiento que ameritara transportar a la paciente en camilla, lo cual tampoco fue señalado por el personal médico.

Advierte que el contrato de prestación de servicios no dispone ningún tipo de clausulado que imponga al contratista la obligación de indemnizar o resarcir algún tipo de perjuicio a la contratante Assbasalud, razón por la cual el llamamiento en garantía formulado no cuenta con vocación de prosperidad.

Así planteó el medio exceptivo que rotuló como *“FALTA DE LEGITIMACION (sic) EN LA CAUSA POR PASIVA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA (sic)”*.

2.4. La llamada en garantía **Seguros del Estado S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que, de los propios hechos de esta se denota la inexistencia de un contenido de fondo que permita endilgar responsabilidad a su llamante Assbasalud en la prestación del servicio médico, aunado a la existencia de una causa extraña imprevisible e irresistible.

Que en virtud de la expedición de la póliza de responsabilidad extracontractual No. 42-02-101000534 y dada su vigencia, el evento presentado el 17 de noviembre de 2012, queda cobijado por el amparo de Predios, Labores y Operaciones, empero advirtió que la aseguradora no está en la obligación de reintegrar a Assbasalud la totalidad de las sumas a indemnizar, debido a que existe un deducible pactado del 10% mínimo, limitado además por el límite fijado en el contrato de seguro, las afectaciones anteriores a la póliza y la exclusión de perjuicios de índole no patrimonial, como son los perjuicios morales reclamados en la demanda.

Por los argüidos propuso las excepciones *"INEXISTENCIA DE RELACIÓN DE CAUSA A EFECTO ENTRE LOS ACTOS DEL EQUIPO MÉDICO DE ASSBASALUD ESE, ES DECIR, EL SERVICIO PRESTADO Y LAS LESIONES DE LA DEMANDANTE"*, *"FALTA DE LOS PRESUPUESTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN. EL ACTO MÉDICO"*, *"CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR"*, *"COBRO EXCESIVO DE PERJUICIOS MORALES"*, *"SUJECION (sic) DE LAS PARTES AL CONTRATO DE SEGURO Y A LAS NORMAS LEGALES QUE LO REGULAN"*, *"IMPROCEDENCIA DE LA AFECTACION (sic) DE LA POLIZA (sic) DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Nro. 42 – 02 – 101000535 POR EXPRESAS EXCLUSIONES RESPECTO A LAS PRETENSIONES SOLICITADAS"*, *"INEXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS"*, *"AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR PARTE DE NUESTRO ASEGURADO Y CONSECUENTEMENTE DE SEGUROS DEL ESTADO S.A."*, *"LIMITE DE RESPONSABILIDAD A SEGUROS DEL ESTADO"*, *"SUMA ASEGURADA"* y *"DEDUCIBLE A CARGO DEL ASEGURADO"*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* dispuso acceder parcialmente a las pretensiones de la demandante, para dar base a la decisión adoptada realizó un análisis fáctico, probatorio y jurisprudencial del caso planteado para concluir que se acreditó el daño entendido como las lesiones sufridas por la señora Olivia González de Montoya y la existencia de una conducta irregular por parte de la demandada Assbasalud y del llamado en garantía Andrés González Messa al no garantizar la prestación del servicio médico de transporte en ambulancia a la demandante con el cumplimiento de los protocolos pertinentes para este tipo de traslados.

Resalta que, si bien la parte demandada alegó que fue la demandante quien manifestó su deseo de no ser transportada en la camilla de la ambulancia, tal situación no obra en la historia clínica y al tratarse de un protocolo de seguridad establecido para el traslado de pacientes, este debió ser garantizado por el auxiliar que acompañaba a la paciente. En tal sentido, consideró la existencia de una coparticipación en la causación del daño entre la demandada Assbasalud -80%- y del llamado en garantía Andrés González Messa -20%-.

Frente a la llamada en garantía Coopreserva señaló que, no se demostró la existencia de una conducta reprochable -exceso de velocidad, maniobras peligrosas u otras- en cabeza de su asociado Guillermo León Arias quien conducía la ambulancia el día de los hechos.

Respecto a los perjuicios reclamados, se accedió únicamente al reconocimiento de los perjuicios morales reclamados, advirtiendo que, los reclamados por concepto de daño a la vida de relación actualmente no corresponden a un categoría independiente de

reparación, por lo que este se entiende reparado con el reconocimiento por perjuicios morales; adicionalmente, advirtió que no obra prueba en el plenario que demuestre el porcentaje de la gravedad de la lesión sufrida por la demandante, lo que impide establecer el monto a reconocer de conformidad con los rangos establecidos por el Consejo de Estado.

De otra parte, advirtió que se encuentra acreditada la existencia de la póliza de seguro expedida por Seguros del Estado S.A. la cual en el marco de su vigencia debe cubrir el evento objeto de reclamación ocurrido el 17 de noviembre de 2012, sin embargo, advirtió que el clausulado de dicha póliza no cubre el reconocimiento de perjuicios morales, por lo cual ordenó a la referida aseguradora “*indemnizar hasta por la suma asegurada, los daños materiales causados a terceros*”.

4. Recurso de apelación

Assbasalud se opuso a la sentencia al considerar que, no se demostró la existencia de algún tipo de acción u omisión en cabeza suya que impidiera al llamado en garantía **Andrés González Messa** seguir a cabalidad los protocolos para el transporte en ambulancia, razón por la cual no se comparte la consideración de que existió un porcentaje de coparticipación en la causación del daño por parte de dicha E.S.E., y mucho menos que este haya sido en proporción del 80%.

Que en todo caso, de considerarse la existencia de una participación de la E.S.E. en los perjuicios a resarcir, deberá modificarse el fallo de instancia para imponer en cabeza de la aseguradora llamada en garantía el cubrimiento de los perjuicios de orden extrapatrimonial reconocidos a los demandantes y no solo de los perjuicios materiales -como lo decidió el *A quo*-.

El llamado en garantía **Andrés González Messa** recurrió la sentencia advirtiendo que, el *a quo* erró al efectuar un análisis de responsabilidad de aquel como si se tratase de un codemandado, pues con esto desconoció que su papel en el asunto corresponde al de un llamado en garantía, por lo cual se debió analizar la existencia de una relación legal o contractual entre aquel y Assbasalud E.S.E. que le impusiera resarcir o reembolsar a dicho llamante, mas no una suerte de relación directa entre el señor González Messa y el daño cuya declaratoria fue pretendida por los demandantes.

Que con esto se vulneró su derecho de contradicción y defensa, quien a través de su apoderado contestó la demanda oponiéndose a la existencia de una relación legal o contractual que le impusiera resarcir o reembolsar dineros a Assbasalud, sin que sea dable a la hora de la sentencia estudiar su intervención en la causación del daño como fundamento para condenarle en favor de los demandados, pues tales consideraciones de participación en el daño no son propias de la figura del llamamiento en garantía.

La llamada en garantía **Seguros del Estado S.A.** interpuso recurso de apelación oponiéndose a la declaratoria efectuada por la sentencia al ordenarle efectuar un reconocimiento de perjuicios materiales, cuando tal tipología de perjuicios no está siendo impuesta, pues únicamente se accedió al reconocimiento de perjuicios morales.

III. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se resolverán los siguientes cuestionamientos:

¿Se encuentran probados los elementos de la responsabilidad patrimonial respecto de las lesiones sufridas por la señora Oliva González de Montoya, especialmente el nexo de causalidad entre aquellas y las acciones u omisiones de Assbasalud E.S.E.?

¿Hay lugar a determinar la existencia de una participación en la causación del daño por parte del llamado en garantía Andrés González Messa?

¿Se encuentran obligados los llamados en garantía a asumir la reparación integral del perjuicio o el reembolso de las sumas cuyo pago se ordenó en la sentencia por concepto de perjuicios morales?

2. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: Sí se encuentran probados los elementos de la responsabilidad patrimonial respecto de las lesiones sufridas por la señora Oliva González de Montoya, toda vez que, se encuentra acreditada la existencia del daño antijurídico; que este es imputable a la E.S.E. Assbasalud, toda vez que el daño acaeció durante la prestación del servicio de salud a través de su personal contratista y además, el traslado de la paciente no fue efectuado en las condiciones pertinentes.

Para fundamentar lo anterior, se analizarán: i) los hechos relevantes que se encuentran acreditados; ii) el daño antijurídico; iii) la imputación.

2.1. Hechos relevantes acreditados

- De la historia clínica correspondiente a la atención brindada a la señora Oliva González de Montoya el día 17 de noviembre de 2012, se destacan las siguientes anotaciones:

“17/11/2012...

INGRESA PACIENTE POR SUS PROPIOS MEDIOS...

SALE PACIENTE EN AMBULANCIA EN COMPAÑÍA DEL APH ANDRES GONZALES, CONSCIENTE... PIEL INTEGRAL, EXTREMIDADES SIN EDEMAS, SE ENTREGA ORDEN PARA RX DE TORAX...

LLEGA AMBULANCIA DE TRASLADO A RX TORAX, EL CONDUCTO GUILLERMO REFIERE “NECESITAMOS EL MEDICO, PORQUE LE PASO ALGO A LA PACIENTE, NO REFIERE ESPECIFICAMENTE.

SE SOLICITA AL DR SIERRA, ASITIMOS AL LLAMADO DEL CONDUCTOR, ENTRAMOS ENCONTRAMOS A LA PACIENTE SENTADA EN EL PISO DE LA AMBULANCIA PRESENTANDO SANGRADO EN MODERADA CANTIDAD, SE EVIDENCIA HERIDA DE GRAN TAMAÑO EN PIERNA IZQUIERDA...

ATIENDO LLAMADO DE PERSONAL DE AMBULANCIA, LA PACIENTE MIENTRAS ESTABA SIENDO TRASLADADA A RADIOGRAFIA DE TORAX SUFRE CAIDA DENTRO DE LA AMBULANCIA ESTANDO SENTADA EN LA CAMILLA, CON DESGARRO DE PIEL Y TEJIDO SUBCUTANEO DE LA PIERNA IZQUIERDA, LA HERIDA ES DE BORDES IRREGULARES DE 16CM DE LARGO POR 5CM DE ANCHO... SE DECIDE HOSPITALIZAR A LA PACIENTE.

EL DR PROCEDE A REALIZAR SUTURA EN TOTAL 6 PUNTOS PROFUNDOS PARA FRONTAMIENTO TEJIDO SUBCUTANEA CON CAGUT 3/0 Y 35 PUNTOS EXTERNOS PARA PARA AFRONTAMIENTO DE PIEL.

Dx: NAC

EVENTO ADVERSO HERIDA EN PIERNA IZQUIERDA

TRAUMA REJA COSTAL..." (fl. 9-46, cdo. 1), (Cita original con errores de redacción)

- En el Informe de Medicina Legal de fecha 05 de febrero de 2013 se dictamina:

"...[L]esiones ocurrida el 17 de noviembre de 2012... secundarias a un accidente de tránsito cuando se desplazaba como paciente en la parte posterior de una ambulancia... PRESENTA: 1) cicatriz plana, hipercoloreada, de forma rectangular, en dirección vertical, de 12x5cm, en la cara medial tercio medio de la pierna izquierda. 2) Area (sic) irregular, hipercoloreada, deprimida, de 10x5cm, con bordes cicatriciales, en la cara anterolateral tercios superior y medio de la pierna izquierda, consistente área injertada... CONCLUSIÓN: MECANISMO CAUSAL: Contundente. Incapacidad médico legal: DEFINITIVA. CUARENTA Y CINCO (45) DÍAS. SECUELAS MEDICO LEGALES: Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter a definir en reconocimiento médico legal...". (fls. 49-50, cdo. 1)

- Según Certificado de tradición de fecha 10 de diciembre de 2012 del vehículo de placas OUC045, clase: ambulancia, su propietario es: Assbasalud E.S.E. (fl. 48, cdo. 1).
- Protocolos establecidos por Assbasalud E.S.E., vigentes para el 17 de noviembre de 2012 donde se describen las actividades y procedimientos a ejecutar para el traslado de pacientes (fls. 1-6, cdo. 4), en los cuales se indica que, el traslado de los pacientes debe realizarse en silla de ruedas o en la camilla *"registrando todas las gestiones en la historia Clínica"*.
- Entre Andrés González Messa y Assbasalud se suscribió el contrato de prestación de servicios No. 832 con objeto *"Realización de turnos como Auxiliar Área Salud cubriendo la prestación de servicio acompañamiento en el traslado de pacientes en ambulancia para apoyar el proceso de urgencias en la Clínica que ASSBASALUD ESE requiera, actividades que serán coordinadas con la persona delegada para la supervisión de este contrato...";* y con duración entre el 01 de noviembre de 2012 y el 15 de enero de 2013 (fls. 162-165, cdo. 1).
- Seguros del Estado S.A., expidió la Póliza de responsabilidad civil extracontractual - P.L.O.- No. 42-02-101000534 con vigencia desde el 01/03/2012 hasta el 01/12/2012, (fls. 204-206, cdo. 1A)

2.2.El daño antijurídico

El daño es considerado el elemento principal sobre el cual gira la responsabilidad civil

en Colombia, pues su fundamento es la reparación de aquel y el límite a la reparación es el mismo daño, pues no se puede reparar ni más ni menos de su real entidad-*Principio de Reparación Integral*.

El daño, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien, o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura².

El artículo 90 de la Constitución señala que *“el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”*. Daño antijurídico que se ha entendido acorde con los parámetros de la Corte Constitucional en sentencia C -333 de 1996, como aquel que quien lo sufre *“no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.”*

Por su parte, que el daño sea cierto, equivale a decir que el mismo aparezca plenamente acreditado en el proceso, sin que sea relevante que sea actual o futuro, pues la certeza del daño alude a la realidad de su existencia por oposición al daño eventual el cual es simplemente hipotético y se basa en meras conjeturas.

Así, sin que sean necesarios mayores discernimientos y en línea con el material probatorio previamente relacionado -aunado a que no se discute su existencia por las partes-, se encuentra acreditado el daño antijurídico sufrido por la señora Oliva González de Montoya, quien al ser transportada en una ambulancia el 17 de noviembre de 2012 sufrió una caída al interior de dicho vehículo que le causó *“desgarro de piel y tejido subcutáneo de la pierna izquierda, la herida es de bordes irregulares de 16cm de largo por 5cm de ancho”*, con repercusiones dictaminadas por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, como *“1) cicatriz plana, hipercoloreada, de forma rectangular, en dirección vertical, de 12x5cm, en la cara medial tercio medio de la pierna izquierda. 2) Area (sic) irregular, hipercoloreada, deprimida, de 10x5cm, con bordes cicatriciales, en la cara anterolateral tercios superior y medio de la pierna izquierda, consistente área injertada...”* y *“Deformidad física que afecta el cuerpo”* con una incapacidad médico legal de 45 días.

2.3.La imputación y el nexo causal respecto de la demandada Assbasalud

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.

² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 29 de febrero de 2012; Exp. 21536.

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

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

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición actual se orienta en el sentido de que la responsabilidad por la prestación de servicios de salud, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por los actos u omisiones de la entidad correspondiente y el nexo causal entre estos y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el fallador pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva o morigerar dicha carga probatoria.

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

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional)”⁴.

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

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se

³ Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad: 47001233100019950398601 (16413).

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera "(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación (...)”⁵.

En el caso concreto es claro que, la señora Oliva González de Montoya obtuvo atención en salud por parte de Assbasalud, entidad ante la cual acudió el 17 de noviembre de 2012, atención en cuyo marco se dispuso su remisión a otra institución para la realización de un examen diagnóstico, a través del servicio de ambulancia prestado en el vehículo de propiedad de dicha institución y por los contratistas de aquella.

Lo anterior impone señalar sin lugar a otras consideraciones que, contrario a lo señalado por Assbasalud, el accidente que sufrió dicha paciente en su traslado en ambulancia acaeció durante la prestación del servicio de salud por parte de dicha E.S.E.

En este orden de ideas, no es posible por la E.S.E. Assbasalud pretender desligarse de la responsabilidad que le atañe en el marco de la prestación del servicio de salud, consistente en la remisión de pacientes en ambulancia, por el mero hecho de que este sea ejecutado por personal vinculado a través de contratos de prestación de servicios, pues dichos contratistas se encuentran al servicio de dicha E.S.E, que es la entidad que desarrolla tal actividad.

Lo anterior aunado a que no podría señalarse por modo alguno que, el traslado de la paciente fuese una actividad independiente o ajena a los servicios de salud prestados por Assbasalud y mucho menos que se tratase de una decisión unilateral del personal asistencial -conductor y auxiliar de enfermería- que acompañaron su remisión, pues como se advirtió, dicho traslado correspondió a una decisión de su galeno tratante según lo relata la historia clínica, servicio que se itera fue prestado por Assbasalud a través del personal que contrató para el efecto.

Ahora bien, respecto a la existencia una acción u omisión que permita imputar el daño ya identificado a la demandada cabe resaltar que la parte actora en su escrito de demanda efectúa la imputación de dicho daño -entre otros argumentos- a la consideración de que no se siguieron los protocolos establecidos para el traslado de la

⁵ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

paciente en la ambulancia, lo que ocasionó que cayera al piso del vehículo, golpeándose con la camilla en su pierna izquierda.

Sobre dicha situación, la parte demandada al momento de contestar la demanda señaló que, fue la demandante quien al ser requerida por el personal médico con miras a recostarse y ser asegurada en la camilla, manifestó su negativa al no considerarlo necesario, sin embargo, tales afirmaciones no se encuentran debidamente acreditados pues, como lo establece el protocolo de traslado de pacientes obrante en el cuaderno No. 4 del cartulario, el traslado de aquellos debe realizarse en silla de ruedas o en la camilla “registrando todas las gestiones en la historia Clínica”; sin que obre en dicho documento ningún tipo de anotación sobre la negativa planteada por la paciente a ser trasladada en los términos de referido protocolo.

2.4. Conclusión

En este orden de ideas, se concluye que, se encuentran probados los elementos de la responsabilidad patrimonial respecto de las lesiones sufridas por la señora Oliva González de Montoya, toda vez que, se encuentra acreditada la existencia del daño antijurídico; que este es imputable a Assbasalud E.S.E., por cuanto se encuentra acreditado que, el accidente que sufrió dicha paciente en su traslado en ambulancia, acaeció durante la prestación del servicio de salud por parte de dicha E.S.E.; además, el traslado de la paciente no fue efectuado en las condiciones pertinentes, que son razonablemente exigibles para el traslado en ambulancia de una paciente de 64 años, lo que generó que aquella se cayera al piso del vehículo golpeándose su extremidad inferior izquierda con las consecuencias en su humanidad ya advertidas.

Cabe advertir que, Assbasalud E.S.E. en su recurso de alzada no propone argumentos puntuales de oposición a la existencia de un indebido cumplimiento de los protocolos de traslado de la paciente, pues incluso señala que las omisiones en este son imputables únicamente al señor Andrés González Messa, quien asistió el traslado de la paciente, consideración que como ya fue advertido líneas arriba, no es de recibo, pues Assbasalud era la entidad encargada de la prestación del servicio de salud a la demandante.

En tal sentido, se procederá a continuación al análisis del segundo problema jurídico planteado con miras a determinar si resulta procedente determinar la existencia de una coparticipación en el daño antijurídico, respecto del llamado en garantía Andrés González Messa.

3. Segundo problema jurídico *¿Hay lugar a determinar la existencia de una participación en la causación del daño por parte del llamado en garantía Andrés González Messa?*

Tesis del Tribunal: No hay lugar a determinar la existencia de una participación en la causación del daño por parte del llamado en garantía Andrés González Messa, toda vez que el contrato base del llamamiento no cuenta con ningún tipo de clausulado que imponga el deber contractual en cabeza de este de efectuar alguno tipo de reembolso o resarcimiento de las condenas que pudieren ser impuestas a Assbasalud E.S.E. por su actuar.

3.1. Del llamamiento en garantía

El artículo 225 del CPACA establece que: *“Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación...”*.

El llamamiento en garantía, tiene ocurrencia cuando entre la parte o persona citada y la que hace el llamamiento existe una **relación de orden legal o contractual**, con el fin de que aquella pueda ser vinculada a las resultas del proceso, para que en el caso en que se declare la responsabilidad de la demandada, el juez decida sobre la relación sustancial existente entre el llamante y el llamado en garantía, cuestión que puede dar lugar a una de dos situaciones: a) concluir que el llamado en garantía no está obligado a responder, frente a lo cual se decidirá que no se le atribuye responsabilidad o b) concluir que le asiste razón al demandado frente a la obligación que tiene el llamado en garantía de repararle o reembolsarle por la condena que le sea impuesta.

Frente a la existencia de la citada **relación legal**, el H. Consejo de Estado, ha sostenido que: *“... esta se refiere a la existencia de una norma que determine que en un momento dado, un tercero ajeno a la relación procesal trabada en el asunto de que se trate, deba entrar a responder por los actos o hechos que son objeto de cuestionamiento en el mismo; es decir, que debe existir una norma que imponga la obligación a cargo de éste, de resarcir un perjuicio o de efectuar un pago que pudiera ser impuesto en la sentencia que decida el respectivo proceso.”*⁶

En anterior oportunidad al resolver una discusión similar sobre este tópico esta Corporación ha advertido sobre la naturaleza de llamamiento en garantía y el ámbito de su resolución, que⁷:

*“...la figura del llamamiento en garantía **no tiene como finalidad determinar si la parte vinculada por tal medio tiene responsabilidad** frente a las pretensiones de la demanda, sino, establecer la existencia o no de razones legales y/o contractuales que permitan al demandado exigir del llamado en garantía la reparación del daño o el reembolso de las sumas que deba asumir ante una eventual sentencia condenatoria”, se destaca, un yerro al plantear el litigio en la sentencia de primera instancia sobre la existencia de responsabilidad por parte de la I.P.S. Diacorsas con respecto al daño causado a la parte actora, **pues el tópico a abordar frente a dicha entidad como llamada en garantía en el presente asunto, es si existe obligación legal o contractual que le imponga el reembolso o pago en favor de [la demandada]Caprecom E.P.S. con ocasión de la condena a imponerse.**” (Se resalta)*

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A, auto interlocutorio del 1 de agosto de 2016. C.P. William Hernández Gómez. Radicación número: 15001-23-33- 000-2013-00785-01(4054-14)

⁷ Sala Tercera de Decisión. Sentencia del 17 de julio de 2020. M.P. Dohor Edwin Varón Vivas, Radicación número: 17-001-33-33-001-2013-00148-02.

Al respecto, el Consejo de Estado en reciente sentencia del 3 de abril de 2020⁸, precisó:

“14.4.4. Lo que sí no se puede hacer, en virtud del derecho de defensa, es transformar la responsabilidad del tercero convocado en una responsabilidad directa a guisa de confundirlo o concebirlo como un demandado, como tampoco, vincular como tercero a quien desde un principio debió ser convocado como demandado, pues, conforme ha dicho la jurisprudencia, debe tenerse en cuenta que “la solidaridad derivada de la concurrencia de causas en la producción del daño, no legitima a los responsables demandados a llamar en garantía a los demás”⁹, dado que:

[E]l llamamiento supone la existencia de una relación jurídico sustancial diferente a la que es objeto de las pretensiones contenidas en la demanda aunque entre ambas exista una dependencia necesaria, pues claro resulta que solamente cuando se produzca una sentencia de condena, habrá lugar a estudiar si el llamado debe asumir en virtud de la existencia de la garantía, dichas obligaciones objeto de la condena. Es presupuesto indispensable para poder hacer efectivos los derechos y las obligaciones objeto de la garantía por virtud de la cual se produjo el llamamiento del tercero garante, el que el llamante resulte condenado al pago de la obligación indemnizatoria originada en el daño antijurídico causado.¹⁰

14.4.5. Por ende, ni la denuncia del pleito ni el llamamiento en garantía se constituyen en vehículos procesales para convocar a personas involucradas en la producción del daño pues, antes que nada, son instrumentos para que el demandado, en tanto resulte responsable, pueda trasladar o subrogar el pago de la condena a otro con quien previamente se ha entablado una relación sustancial de tipo legal o contractual cuyo objeto comprenda dicha obligación.

14.4.6. En otras palabras, los llamados a responder por la causación de un daño constituyen un litisconsorcio, ya sea facultativo o forzoso y, en tanto tengan la calidad de parte procesal, de cara a la responsabilidad que se les achaca se tornan solidarios entre sí, mientras que, tratándose de terceros denunciados en pleito o llamados en garantía, su convocatoria obedece a una relación sustancial existente con la parte convocante que los obliga a que, en caso de que dicha parte sea declarada responsable, deban asumir —en todo o en parte— el pago de la condena”. (Se resalta)

De conformidad con lo anterior, en el caso concreto se advierte un claro yerro de la sentencia recurrida al haber efectuado un análisis de responsabilidad en cabeza del señor Andrés González Messa como si este hubiese sido vinculado en calidad de demandado al presente asunto, desconociendo que aquel cuenta con la calidad procesal de un tercero vinculado como llamado en garantía y por tanto, el análisis correspondiente sobre su rol en este asunto, no es otro que el de determinar si existe algún tipo de imposición legal o contractual que le imponga la obligación de efectuar

⁸ Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Rad.: 25000-23-26-000-2002-00211-01(44428)

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de octubre de 2011, rad. 22.066, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de septiembre de 1997, rad. n° 11.514, M.P. Daniel Suárez Hernández.

un reembolso de la condena en favor de Assbasalud.

Bajo este panorama, recuerda la Sala que el fundamento del llamamiento en garantía formulado por Assbasalud respecto de Andrés González Messa no es otro que la existencia del contrato de prestación de servicios No. 832 suscrito entre dichos sujetos procesales con el objeto de la *“Realización de turnos como Auxiliar Área Salud cubriendo la prestación de servicio acompañamiento en el traslado de pacientes en ambulancia para apoyar el proceso de urgencias en la Clínica que ASSBASALUD ESE requiera, actividades que serán coordinadas con la persona delegada para la supervisión de este contrato...; y cuya duración databa entre el 01 de noviembre de 2012 y el 15 de enero de 2013.*

En este orden de ideas, resulta necesario señalar que, el referido documento base del llamamiento no cuenta con ningún tipo de clausulado que imponga el deber contractual en cabeza del señor Andrés González Messa de efectuar alguno tipo de reembolso o resarcimiento de las condenas que pudieren ser impuestas a Assbasalud E.S.E. por su actuar.

Cabe advertir, que si bien el referido contrato establece una cláusula penal por incumplimiento en cuantía del 10% del valor contractual -equivalente a \$ 352.682¹¹-, dicha cláusula no se erige como fundamento para acceder al llamamiento en garantía formulado, pues el presente medio de control, ni la ya aludida figura de llamamiento en garantía tienen por finalidad determinar la exigibilidad de dicha cláusula.

En tal sentido, la condena impuesta por el *a quo* será modificado bajo el entendido de que la responsabilidad en la generación del daño antijurídico a resarcir recae por completo en cabeza de la demandada Assbasalud E.S.E. como prestadora de los servicios de salud en el marco de los cuales resultó lesionada la demandante. Aunado a esto, con base a lo señalado en el presente acápite se negarán las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por Assbasalud E.S.E. respecto del señor Andrés González Messa.

4. Tercer problema jurídico *¿Se encuentran obligados los llamados en garantía a asumir la reparación integral del perjuicio o el reembolso de las sumas cuyo pago se ordenó en la sentencia por concepto de perjuicios morales?*

Tesis del tribunal: La llamada e garantía Seguros del Estado S.A. sí se encuentra obligada a asumir la reparación integral del perjuicio o el reembolso de las sumas cuyo pago se impondrá a Assbasalud E.S.E., dado que la póliza expedida por dicha aseguradora y que es base del presente llamamiento si contó con cobertura respecto de los perjuicios extrapatrimoniales que sean causados por el asegurado.

Habiéndose aclarado entonces la finalidad de la figura del llamamiento en garantía procederá la Sala a analizar el último de los cargos de apelación propuestos consistente en la existencia o no de una relación de índole contractual que imponga a Seguros del Estado la obligación de reembolsar en favor de Assbasalud los dineros objeto de la condena impuesta.

¹¹ CLAUSULA CUARTA: VALOR DEL CONTRATO... TRES MILLONES QUINIENTOS VEINTISEIS (sic) MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS (\$3526820). (fl. 164, cdo. 1).

Con miras a resolver la referida relación jurídico procesal, se torna necesario recordar que la misma tiene como fundamento la existencia de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual -P.L.O.- No. 42-02-101000534 expedida por Seguros del Estado S.A., con vigencia desde el 01/03/2012 hasta el 01/12/2012.

Así, dada la vigencia del referido instrumento de aseguramiento y la fecha del evento base de reclamación en el presente asunto -17 de noviembre de 2012-, es claro que el evento se encuentra cobijado por el amparo de Predios, Labores y Operaciones que ofreció dicha aseguradora a Assbasalud E.S.E.

Ahora bien, como claramente lo plantean dichos sujetos procesales en sus recursos de apelación, el fondo de la controversia en esta instancia atañe a resolver si el reconocimiento de perjuicios extrapatrimoniales efectuado por el *a quo* en favor de los demandantes recae o no sobre la protección de responsabilidad extracontractual otorgada por Seguros del Estado S.A. o sí como lo alega dicha aseguradora, tales rubros se encuentra excluidos de su amparo.

Como fundamento de su recurso, Assbasalud E.S.E. advierte que la “*caratula*” de la referida póliza -documento obrante a folios 204 a 206- se expresa con claridad que el alcance de la cobertura otorgada “*ampara la responsabilidad civil derivada de los perjuicios patrimoniales y/o extrapatrimoniales...*”.

Por su parte la aseguradora arguye que, las condiciones generales de la póliza otorgada -las cuales aduce se hallan detalladas en el documento aportado con la contestación al llamamiento (fls. 262-272, cdo. 1A), establecen como exclusiones de la póliza “*1.2. EXCLUSIONES – 1.2.1. LOS PERJUICIOS MORALES*”.

Con base en lo anterior, observa la Sala que el documento aportado por Seguros del Estado S.A., encabezado como “*PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – REGISTRO FORMA E-RCE-001-A – CONDICIONES GENERALES*”, no cuenta con numeración, fecha, suscripción por sus aceptantes u otorgantes, autenticaciones, es decir ningún tipo de identificación particular que le relacione como un anexo de la póliza de responsabilidad civil extracontractual -P.L.O.- No. 42-02-101000534-, aunado a que en todo caso, como su propio título lo aduce, hace referencia a un documento de “*CONDICIONES GENERALES*” el cual a juicio de este Tribunal no cuenta con la aptitud legal o probatoria de desvirtuar las condiciones expresamente señaladas en el documento “*PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL -P.L.O.- NO. 42-02-101000534*” -advértase, signado por aseguradora y tomador- cuyo contenido expreso señala (fls. 204-206, cdo. 1A):

“INFORMACION (sic) DEL RIESGO...

OBJETO DE LA POLIZA (sic):

Se cubren los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales... con motivo de la responsabilidad civil en que incurra...

TEXTO ACLARATORIO DE LA POLIZA (sic)...

Nota importante

Dada la exposición al riesgo de Responsabilidad de los Asegurados es absolutamente necesario que el alcance de esta cobertura se extienda a amparar los riesgos que detallamos a continuaci[ó]n:

Aclaraci[ó]n responsabilidad civil extracontractual

Queda entendido que la presente p[ó]liza ampara la responsabilidad civil derivada de los perjuicios patrimoniales y/o extrapatrimoniales, as[í] como el lucro cesante ocasionados en el desarrollo de las actividades propias del asegurado... (Se resalta)

Corolario, la Sala dispondrá la modificación de la sentencia recurrida sobre este típico para pasar a declarar que la indemnización a cargo de Seguros del Estado S.A. en virtud de la "PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL - P.L.O.- NO. 42-02-101000534" y en favor del asegurado Assbasalud E.S.E. debe atender a los perjuicios extrapatrimoniales reconocidos en la sentencia a favor de la parte demandante, esto sin desmedro de los deducibles pactados en dicha póliza - 10%, mínimo 1 S.M.L.M.V.-, el límite fijado en el contrato de seguro y las afectaciones anteriores a la póliza. (v. fl. 204, cdo. 1A).

5. CONDENA EN COSTAS.

En el presente asunto no se impondrá condena en costas al haberse accedido solo de manera parcial a los cargos de apelación planteados, esto al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del C.G.P.

Igualmente se advierte que de conformidad con la modificación de la sentencia de primera instancia que ya ha sido advertida por los argumentos presentes, se dispondrá la modificación del ordinal 8° de dicha providencia en el entendido de eliminar la condena en costas impuesta al llamado en garantía ANDRÉS GONZÁLEZ MESSA.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Modificar los ordinales 3°, 4° y 6 de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de marzo de 2019, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas efectuadas en la demanda que en ejercicio del medio de control de reparación directa formularon Oliva González de Montoya y Otros, contra Assbasalud E.S.E., así:

Sentencia de 1° Instancia:	Contenido modificado por este Tribunal, el cual quedara así:
<i>Tercero.- DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsables a la EMPRESA ATENCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL, BIENESTAR Y SALUD EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – ASSBASALUD en forma solidaria con el llamado en garantía señor ANDRÉS</i>	Tercero.- DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable a la EMPRESA ATENCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL, BIENESTAR Y SALUD EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – ASSBASALUD por los perjuicios ocasionados a los demandantes, con ocasión de las lesiones

<p>GONZÁLEZ MESSA, conforme a lo dispuesto en el inciso 4to, del artículo 140 del CPACA, en una proporción equivalente al 80% del cual deberá responder la empresa social y en un 20% el particular de los perjuicios ocasionados a los demandantes de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.</p>	<p>sufridas por la señora Olivia González de Montoya en su miembro inferior izquierdo durante el transporte de aquella en una ambulancia de la referida E.S.E. el día 17 de noviembre de 2012.</p>
<p>Cuarto.- Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR a la EMPRESA ATENCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL, BIENESTAR Y SALUD EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – ASSBASALUD en forma solidaria con el llamado en garantía señor ANDRÉS GONZÁLEZ MESSA, conforme a las proporciones establecidas en el numeral tercero de esta providencia a pagar las siguientes sumas de dinero:</p> <p>Por concepto de perjuicios morales: OLIVIA GONZÁLEZ DE MONTOYA 30 SMMLV ELI DANIEL MONTOYA BURITICA (sic) y HÉCTOR FABIO MONTOYA GONZÁLEZ 10 SMMLV PARA CADA UNO.</p>	<p>Cuarto.- Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR a ASSBASALUD E.S.E. a pagar las siguientes sumas de dinero:</p> <p>Por concepto de perjuicios morales:</p> <p>A OLIVIA GONZÁLEZ DE MONTOYA 30 S.M.L.M.V.</p> <p>A ELI DANIEL MONTOYA BURITICÁ 10 S.M.L.M.V.</p> <p>y A HÉCTOR FABIO MONTOYA GONZÁLEZ 10 SMMLV.</p>
<p>Sexto.- LA COMPAÑÍA SEGUROS DEL ESTADO S.A., llamada en garantía por la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ASSBASALUD deberá indemnizar hasta por la suma asegurada, los daños materiales causados a terceros derivados de la responsabilidad civil extracontractual conforme a la póliza de responsabilidad extracontractual No. 42-02-101000534 con vigencia del 01 de marzo al 01 de diciembre de 2012.</p>	<p>Sexto.- ACCEDER a las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por la parte demandada respecto de SEGUROS DEL ESTADO S.A., en consecuencia</p> <p>CONDENAR a SEGUROS DEL ESTADO S.A. a reembolsar en favor Assbasalud E.S.E. los valores correspondientes a la condena impuesta por concepto de perjuicios extrapatrimoniales de que trata el ordinal cuarto de esta providencia.</p> <p>NEGAR las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por la parte demandada respecto de ANDRÉS GONZÁLEZ MESSA.</p>
<p>Octavo.- Con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ASSBASALUD y el llamado en garantía ANDRÉS GONZÁLEZ MESSA en forma solidaria, cuya liquidación y ejecución se hará conforme al Código General del Proceso (art. 366). Se fijan las agencias en derecho por valor</p>	<p>Octavo.- Con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ASSBASALUD, cuya liquidación y ejecución se hará conforme al Código General del Proceso (art. 366). Se fijan las agencias en derecho por valor de \$ 2.070.000 de acuerdo con lo prescrito en el artículo 6 numeral</p>

<i>de \$ 2.070.000 de acuerdo con lo prescrito en el artículo 6 numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003.</i>	3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003.
--	----------------------------------

SEGUNDO: SE CONFIRMA en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN 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. 048 de 2020.


NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 337

Manizales, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17-001-33-33-002-2015-00376-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandantes: Dayana Estephany Ramírez y Otros
Demandados: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (En adelante Inpec)
PAR Caprecom Liquidado¹

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la parte actora.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda

1.1.Pretensiones

Solicita se declare responsable al Inpec por los perjuicios ocasionados a los demandantes en su calidad de familiares de Andrés Felipe Restrepo Ramírez, por su fallecimiento el 31 de agosto del 2014 al interior del establecimiento penitenciario y carcelario de La Dorada – Caldas en el cual aquel se hallaba recluido.

Que por lo anterior, se ordene resarcir los perjuicios materiales² y morales³ ocasionados a los demandantes.

1.2.Hechos

El señor Andrés Felipe Restrepo Ramírez fue condenado a pena privativa de su libertad

¹ Quien actúa como administrador del patrimonio autónomo de remanentes de Caprecom E.P.S. -hoy liquidado- (v. fls. 567-568, cdo. 1B).

² Lucro cesante tasado en \$ 320.000.000.

³ Estimados en salarios mínimos legales mensuales vigentes, así;

- 100 para los demandantes que alegan su calidad de padres, hijos y compañera permanente del fallecido.
- 50 para los demandantes que alegan su calidad de hermanos y abuelos del fallecido.
- 35 para los demandantes que alegan su calidad de tíos del fallecido.
- 25 para los demandantes que alegan su calidad de primos del fallecido.
- 15 para los demandantes que alegan su calidad de terceros afectados -primo del padre, suegra y excompañera sentimental-.

por el lapso de 15 años, en atención a la comisión de los delitos de secuestro simple y hurto, siendo recluso el 27 de octubre de 2011. Pena que cumplía al interior del Centro Penitenciario y Carcelario de la Dorada - Caldas para el día de su fallecimiento.

Que, para el 28 de agosto de 2014, se tiene noticia de que algunos internos del referido centro penitenciario dentro de los que se encontraba el señor Andrés Felipe Restrepo Ramírez ingirieron un *"licor artesanal"* fabricado por el recluso Conde Rave al interior del penal, circunstancia por la cual, inicialmente el 28 de marzo de 2014 falleció el referido recluso que fabricó el licor y posteriormente, el interno Andrés Felipe Restrepo sufrió un colapso -vómito con sangre y olor etílico- por el cual requirió atención médica el 30 de agosto de 2014, en horas de la mañana, siendo atendido por la enfermera de turno del establecimiento carcelario, y luego remitido al Hospital San Félix de La Dorada en horas de la tarde, donde finalmente se presenta su deceso el 31 de agosto de 2014.

Que, según informe pericial de Necropsia elaborado el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con fundamento en los hallazgos físicos encontrando, se señaló por el funcionario que lo suscribe que *"su deceso fue causado por intoxicación exógena"*.

Sobre la conformación del núcleo familiar y las condiciones del fallecido se advirtió que, era hijo de Luis Antonio Restrepo y Miriam del Socorro Ramírez, que nació el 17 de diciembre de 1988 y convivió en unión marital de hecho con la señora Jessica Lorena Amézquita Carvajal con quien tuvo una hija no reconocida llamada Hilary Amézquita Carvajal -respecto de quien se adelanta proceso judicial de filiación-; igualmente que su compañera sentimental actual era la señora Dayana Estephany Ramírez Ocampo con quien tuvo 3 hijos, llamados: Valery Restrepo Ramírez, Emmanuel Restrepo Ramírez y María José Ramírez Ocampo -ultima respecto de quien se adelanta proceso judicial de filiación. Igualmente se advierte la relación de parentesco o amistad de otros de los demandantes con el occiso quienes eran tíos, primos, suegra y primo del padre de aquel.

Finalmente se señala que, el recluso antes de ser privado de su libertad se dedicaba a la profesión de taxista, devengando un salario de \$791.600.

1.3. Fundamentos de derecho

Se cita como fundamento el preámbulo y los artículos 1 °, 2°, 5°, 6°, 11, 12, 13, 25, 26, 90, 92, 93, 94, 95, 123, 124 y 209 de la Constitución Política Nacional; Ley 1437 de 2011; Ley 65 de 1993; Decreto 4151 de 2011 y Ley 1709 de 2014.

Al paso de realizar un recuento sobre los antecedentes jurisprudenciales que consideró aplicables a asuntos relacionados con el fallecimiento de personas privadas de la libertad, arguye que la responsabilidad por la muerte del recluso se endilga a la

omisión en el deber de custodia y vigilancia a cargo del Inpec y la omisión en su deber de no permitir el ingreso de sustancias tóxicas al interior del penal, ni la fabricación o consumo de bebidas alcohólicas por parte de los reclusos, situación que debió ser evitada a través de los controles pertinentes.

A su vez, endilga responsabilidad en el fallecimiento del señor Andrés Felipe Restrepo a la E.P.S. Caprecom -hoy liquidada- arguyendo que la atención médica que fue prestada fue insuficiente y equívoca, dado que, los servicios de salud prestados al interior del penal no contaban con un médico de turno que atendiera la emergencia del recluso, siendo atendido por una enfermera que no estuvo en condiciones de brindar el tratamiento adecuado y que decidió remitir al paciente a un centro hospitalario con serias demoras, que fueron causa eficiente de su deceso.

2. Contestación de la demanda.

El **Inpec** se opuso a las pretensiones, advirtió en síntesis que no existió falla en el servicio, pues el señor Alberto Cardona falleció por causas no imputables a la entidad, pues el interno decidió de manera voluntaria aumentar su nivel de riesgo al consumir una bebida embriagante de fabricación artesanal, de uso y consumo prohibido en el penal, insistiendo que, de no haber ingerido dicha sustancia aquel no habría fallecido.

Que no se puede endilgar una falla u omisión pues los hechos ocurrieron en horarios y sitios en los que precisamente los internos se encuentran autorizados para convivir, es decir, pabellón y celdas, y que si bien la seguridad del personal interno recae en las manos del Inpec, hechos como la posesión, consumo o comercialización de bebidas embriagantes al interior del establecimiento, resultan ser imprevisibles, es decir, obedecen a causas de fuerza mayor, de realización inmediata, que se presentan en el momento en que menos se espera o se podría esperar.

Ello aunado a que se encuentran acreditados los horarios y fechas en que los guardias del Inpec realizaron las pesquisas de rutina en el penal en búsqueda de elementos extraños los cuales no fueron detectados en las actividades cabalmente desarrolladas por el personal de vigilancia y custodia.

Añade que, como la parte actora lo planteó, de existir una omisión que haya podido causar el daño, este solo puede ser imputable a Caprecom, quien tiene como función verificar, gestionar y cumplir con todos los requerimientos exigidos prestación del servicio de salud a las personas privadas de la libertad.

Igualmente advierte que, no se justifica por modo alguno la causación del daño moral, dado que, revisados los registros de ingreso de visitantes al establecimiento penitenciario, el acompañamiento de aquellos al señor Andrés Felipe Restrepo Ramírez fue casi nula, pues solo se registran unos cuantos ingresos de una sola de las demandantes. Aunado a lo anterior, dentro de los demandantes figuran personas que

no han logrado demostrar en debida forma la legitimación en la causa por activa.

En línea con los argumentos expuestos, propuso las excepciones que tituló: *“EXISTENCIA DE CAUSA EXTRAÑA”, “FUERZA MAYOR Y CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA COMO CAUSAL DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL INPEC”, “HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO COMO CAUSAL DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL INPEC”, “INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO IMPUTABLE AL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC”, “INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD EFICIENTE Y DETERMINANTE ENTRE EL FALLECIMIENTO DEL SEÑOR ANDRÉS FELIPE RESTREPO RAMÍREZ Y LAS ACTUACIONES DE LOS FUNCIONARIOS DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC”, “FALTA DE DETERMINACIÓN DEL ORIGEN DEL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MORALES Y LUCRO CESANTE” y “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”.*

Caprecom E.P.S. -hoy liquidada- señaló que no existe responsabilidad por la ausencia de nexo causal entre el hecho acontecido y la consecuencia, dado que no se ha demostrado por la parte actora que Caprecom hayan tenido algún tipo de responsabilidad en el supuesto daño, unido a que no se evidencia ningún tipo de negación de servicios por parte de la entidad, insistiendo que en este tipo de asuntos corresponde a la parte actora acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de la responsabilidad estatal.

En tal línea, propuso las excepciones que denominó: *“AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DE CAPRECOM EPS HOY CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN” e “INEXISTENCIA DE LA DEMOSTRACIÓN DEL DAÑO Y NEXO CAUSAL”.*

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante. Para ello realizó un análisis fáctico y jurisprudencial del caso para determinar que el mismo debe ser valorado desde la teoría de la responsabilidad falla del servicio -probada- por prestación del servicio de salud en lo que respecta a la participación de Caprecom en la generación del daño y desde una óptica de responsabilidad objetiva para el caso del Inpec.

Al analizar los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado en concordancia con los elementos probatorios consideró que, se demostró que el fallecimiento del señor Andrés Felipe Restrepo Ramírez tuvo como causa eficiente el hecho de la víctima -en un 80%- al ejercer la fabricación y el consumo de un *“licor artesanal”* elaborado con sustancias tóxicas; lo anterior, aunado a la responsabilidad de Caprecom -en un 20%- en razón de la atención médica con falencias que fue prestada, esto atendiendo a que se demostró que en el centro de reclusión no se contaba con un médico asignado para la prestación del servicio y que la atención prestada por la enfermera de turno, fue deficiente al demorar por cerca de 6 horas el traslado del recluso a un centro hospitalario.

Respecto a la responsabilidad alegada en cabeza del Inpec, consideró que se presentó un excluyente de responsabilidad por culpa de la víctima al haberse acreditado que el propio Andrés Felipe Restrepo Ramírez quien participó en la elaboración, consumo y distribución del licor artesanal que causó su muerte y lesiones de gravedad en otros tantos reclusos del establecimiento carcelario. Esto aunado, a que se acreditó con la prueba testimonial y documental recaudada que, la guardia del referido centro penitenciario realizó múltiples controles y cateos en las celdas de los internos atendiendo a sus funciones, operativos de control que se demostró eran permanentes.

En lo que respecta al reconocimiento de los perjuicios reclamados advirtió que, frente a María José Ramírez Ocampo y Hilary Amézquita Carvajal, de quienes se deprecó el reconocimiento indemnizatorio como hijas del recluso fallecido, no se acreditó tal calidad, pues los procesos judiciales de filiación cuyos cartularios fueron decretados como prueba por cuenta de la propia parte actora, concluyeron respecto de la primera con sentencia que negó el reconocimiento de paternidad y respecto de la segunda por desistimiento tácito del proceso judicial de filiación, por lo que se declaró la falta de legitimación en la causa por activa de aquellas.

Frente a Valery Restrepo Ramírez (hija), Emmanuel Restrepo Ramírez (hijo), Luis Antonio Restrepo Restrepo (padre), Miriam del Socorro Ramírez Echeverry (madre), Luis Alejandro Restrepo Ramírez (hermano), y Alicia Echeverry de Ramírez (abuela), se allegaron debidamente los registros civiles que permitieron determinar el parentesco con el fallecido, por lo que se dispuso el reconocimiento de la indemnización por perjuicios morales conforme a los criterios fijados por el H. Consejo de Estado -reducida a un 20%-. Respecto de los demás demandantes advierte que, no solo debía acreditarse el grado de parentesco o afinidad, sino que debían demostrarse la existencia de una relación afectiva con la víctima, situación que no se presentó, tornado improcedente cualquier reconocimiento económico.

Finalmente, denegó la reclamación efectuada a título de lucro cesante al considerar que, para probar la actividad y los ingresos del causante únicamente se aportó tarjeta de control de la empresa Covichoralda Ltda., que refiere como conductor al señor Andrés Felipe Restrepo Ramírez, lo cual no resulta suficiente para formar la certeza que al momento de su captura aquel desempeñaba dicha actividad lícita y menos aún, los ingresos reales que aquel devengaba de tal labor.

Además, consideró que, Andrés Felipe Restrepo Ramírez fue condenado a 15 años de prisión por los delitos de secuestro simple y hurto agravado y calificado, por lo que no resultaría procedente el reconocimiento de los perjuicios materiales reclamados, pues no puede el Estado pagar lucro cesante por el ejercicio de la actividad ilícita de la cual derivaba su sustento la víctima.

4. Recurso de apelación

La **parte accionante** solicitó que se acceda al reconocimiento de la totalidad de los perjuicios deprecados, para dar sustento a tal pedimento expuso su inconformidad con el fallo al considerar que, se analizó el asunto de forma "*inadecuada y superflua*" en lo que respecta a la responsabilidad del Inpec, dado que:

- Se acreditó el 28 de agosto de 2014 falleció otro interno por el consumo del ya referido "*licor artesanal*" cuyos síntomas para dicha fecha eran claros, por lo que resulta inexplicable que no se hayan hecho controles rigurosos en esta data, para hallar dicha sustancia.
- Si bien, el servicio de salud al interior de los establecimientos penitenciarios se encuentra cargo de Caprecom E.P.S., el Inpec no puede permitir que las secciones de salud de los penales carezcan de los servicios mínimos -personal, insumos u otros-, así como la inexistencia de protocolos para internos que presenten casos de intoxicación.
- Según el informe de necropsia el fallecimiento del interno se dio por el consumo de metanol, es decir una sustancia de uso industrial controlado y restringido, por lo que es claro que su ingreso al penal representa una omisión en cabeza del personal de seguridad del Inpec.
- Se aceptó por los guardianes del Inpec que en el centro de reclusión de la Dorada existen puntos ciegos donde los guardias no pueden hacer el debido control visual y tampoco pueden hacer una inspección cercana constante por falta de personal.

Frente a la declaratoria de falta de legitimación en la causa por activa respecto de María José Ramírez Ocampo y Hilary Amézquita Carvajal consideró que, si bien no se probó la existencia de una relación sanguínea con el fallecido, se demostró una relación fraternal con aquel, para quien aquellas siempre fueron tratadas como sus hijas, situación que se acreditó con los testimonios recaudados.

En lo que atiene a la negativa de la indemnización a título de lucro cesante, señaló que el *a quo* surtió una suerte de condena perpetua en cabeza del fallecido al afirmar que, aquel tras pagar su pena continuaría efectuando actividades delictivas, desconociendo así la función resocializadora de la pena y especialmente la presunción jurisprudencial de que una persona en edad productiva debería devengar cuando menos 1 salario mínimo legal mensual vigente, pues la indemnización reclamada fue computada con posterioridad al lapso de 15 años de prisión que fue impuesto al fallecido.

De otra parte, considera una "*desproporcionada y errada*" aplicación del concepto de concurrencia de culpas efectuada por el *a quo* al considerar que la indemnización debía ser reducida en un 80%, lo cual además fue concluido sin ningún tipo de argumentación que diera fundamento a tales porcentajes.

Señala además sobre este punto que, la sentencia incurre en un error de forma, pues en sus ordinales 5 y 6 reconoció la indemnización por daños morales en forma ya

reducida, es decir 20 S.M.L.M.V. en lugar de 100 para el primer nivel de relaciones afectivas, conyugales y o paterno filiales y 10 en lugar de 50 para el segundo nivel, empero en el inciso final de dicho ordinal 6, señala nuevamente que *“Las sumas a que se refieren los numerales quinto y sexto serán reducidas en un 80% conforme a lo indicado en esta providencia”*, haciendo así, una doble reducción de la condena por la ya referida concurrencia de culpas.

Finalmente, solicita se revoque el ordinal correspondiente a la condena en costas al considerar que de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003 y con base a la *“jurisprudencia nacional”* debe haber una condena en costas contra la parte vencida.

Caprecom E.P.S. interpuso recurso vertical arguyendo que, en el proceso se encuentra acreditado que Andrés Felipe Restrepo Ramírez falleció por el consumo voluntario de una sustancia toxica utilizada para la fabricación de un *“licor artesanal”*, sin que se haya podido determinar la cantidad o los elementos exactos de lo consumido, razón por la cual no puede aplicarse una especie de presunción de falla del servicio médico, pues como lo ha señalado el H. Consejo de Estado: *“Si del acervo se establece que esta pudo originarse por varias causas, no todas atribuibles a la acción u omisión del servicio médico asistencial, sino a la evolución endógena de la enfermedad, o a riesgos propios del tratamiento aunque difíciles de prevenir, no se estructurará la responsabilidad patrimonial, por faltar ya no el primer elemento de la falla del servicio, sino el segundo, vale decir la relación causal. -8 de mayo de 1977, exp. 11220, Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo-”*.

Por lo anterior, señala su oposición a la apreciación del *a quo* sobre la imputación del daño en un 20% a Caprecom, pues el mismo es atribuible exclusivamente a la conducta del occiso.

Agrega que Caprecom cumplió con sus obligaciones contractuales para con el Inpec, lo cual consistía en prestar una atención intramural inicial que corresponde a un nivel de atención de consultorio -incluso menor a un primer nivel-, por ello el hecho de que hubiera una enfermera 24 horas y un médico en algunos horarios. Así, recalca que la atención intramural prestada por Caprecom fue la adecuada, tanto así que fueron muchos más los reclusos que consumieron el aludido *“licor artesanal”* y cuya evolución fue adecuada.

Arguye que, en caso de mantenerse la consideración de que existió una conducta omisiva en cabeza de la E.P.S., deberá reducirse el monto de la condena, pues no existe prueba de que Andrés Felipe Restrepo Ramírez tuviese posibilidades de sobrevivir pues la dosis que consumió fue letal, señalando que según los testimonios recaudados aquel consumió dicho *“licor artesanal”* incluso desde días atrás.

Finalmente, señala que la responsabilidad en la muerte del recluso no puede ser endilgada únicamente a Caprecom, pues si para el 28 de agosto se había presentado una muerte por intoxicación por el consumo de la referida sustancia, ese mismo día se

debió realizar la inspección y decomiso de dicha sustancia por parte de funcionarios del Inpec.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos.

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación propuestos, se centran en resolver:

¿El daño⁴ es imputable al Inpec y o la E.P.S. Caprecom (Hoy PAR Caprecom Liquidado), o se presentó un hecho de la víctima que se erige como un eximente de responsabilidad -culpa exclusiva-?

¿Debe modificarse el porcentaje de reducción de la condena en atención al actuar de la víctima en la causación del daño?

¿Hay lugar al reconocimiento de los perjuicios materiales por concepto de lucro cesante reclamados por la parte actora?

¿Se ajusta a derecho la declaración de falta de legitimación en la causa por activa efectuada por el a quo respecto de las demandantes María José Ramírez Ocampo y Hilary Amézquita Carvajal?

¿Se ajusta a derecho la decisión adoptada por el a quo respecto de la condena en costas?

2. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: El daño antijurídico cuyo resarcimiento se depreca, esto es, el fallecimiento del señor Andrés Felipe Restrepo Ramírez no resulta imputable al actuar de las entidades accionadas, pues el mismo fue originado en un evento de culpa exclusiva de la víctima, pues fue este quien asumió una conducta altamente riesgosa y prohibida, la cual causó su deceso.

Para fundamentar lo expuesto, se analizarán: i) los hechos acreditados; ii) el régimen de responsabilidad aplicable; iii) la imputación; iv) la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad y v) su configuración en el caso concreto:

2.1. Hechos acreditados

⁴ Advertido por la Sala que no existe ningún tipo de controversia sobre la existencia del daño cuyo resarcimiento se depreca, esto es, fallecimiento del señor Andrés Felipe Restrepo Ramírez ocurrido el 31 de agosto de 2014, situación de la que además da fe su registro civil de defunción.

- En registro civil de defunción se registra el fallecimiento del señor Andrés Felipe Restrepo Ramírez ocurrido el 31 de agosto de 2014 (fl. 121, cdo. 1).
- De la *Cartilla Biográfica de Interno* correspondiente al señor Andrés Felipe Restrepo Ramírez se desprende que fue capturado el 21 de octubre de 2011, y condenado a 15 años de prisión por los delitos de secuestro simple y hurto agravado y calificado (fls. 215-217, cdo. 1).
- De acuerdo con la historia clínica de la atención prestada al señor Andrés Felipe Restrepo Ramírez en el en Área de Sanidad del establecimiento penitenciario de La Dorada, suscrita por la auxiliar de enfermería Eliana Idárraga Aguirre se destacan las siguientes anotaciones:

"30-8-14. 10+50 Ingres a pcte masculino de 25 años de edad al servicio de sanidad en una camilla, estraído por 4 internos y el Dragoneante Romero, pcte conciente, alerta, orientado. Refiere dolor a nivel abdominal, vomito y visión borrosa...se le administra 1ampoya de Buscapina simple, se deja en observación continua.

12+30 pcte conciente, alerta, orientado, estable. Refiere que ya ha ido recuperando un poquito la visión, se habla nuevamente con el interno quien dice haber ingerido alcohol artesanal... pcte continua (sic) en observación.

15+20 pcte refiere sentirse mal, continua presentando episodio emetico, dice siento que me falta el aire, se inicia tramite de remisión 15+57 egresa pcte del servicio de sanidad hacia el hospital san felix en compañía de la auxiliar de enfermeria y los dragoneantes Delgado y Bernal de la escuadra de remisión.

16+13 entrego paciente en el hospital san felix (sic), vivo (...)". (fls. 219-221, cdo. 1)
(Cita original del documento con errores de redacción)

- En la Historia clínica de la E.S.E. Hospital San Félix, del 30 y 31 de agosto de 2014 se consigna:

" 30/08/2014 -17:07:01:

...REMITIDO DEL CENTRO PENITENCIARIO PARA VALORACION POR URGENCIAS

...ACOMPañANTES REFIEREN INTOXICACION CON ALCOHOL ETILICO PRESENCIA DE ALCOHOL EN LA SANGRE NIVEL NO ESPECIFICADO

...PACIENTE JOVEN TRAI DO POR PERSONAL DEL INPEC Y AUXILAIR DE ENFERMERIA QUIENES REFIERE QUE DESDE EL DIA DE AYER PRESENTA CONSUMO DE ALCOHOL ETILICO DESCONOCEN CANTIDAD NI DURACION DEL CONSUMO. NO REFIEREN OTRO CONSUMO DE SUSTANCIA, NO DAN INFORMACION SOBRE PRESENTACION CLINICA DEL PACIENTE NI EVOLUCION DESDE EL DIA DE AYER SE REVIS A CARPETA DE HISTORIA CLINICA EN DONDE NO SE ENCUENTRAN ANTECEDENTES PATOLOGICOS NI QUIRURGICOS NI ALERGICOS.

...INGRESA PACIENTE EN MUY MALAS CONDICIONES GENERALES, CON ALIENTO ALCOHOLICO, DIFICULTAD RESPIRATORIA DADOS POR TAQUIPNEA, DESATURACION CON TIRAJES UNIVERSALES, NORMOTENSO, TAQUICARDICO, MIDRIATICO, AGITADO, SIGNOS Y SINTOMAS SUGESTIVOS DE SINDROME ANTICOLINERGICO, ME COMUNICO CON LÍNEA DE

TOXICOLOGÍA, DR. JAIME LARROTA TOXICOLOGICO QUIEN REFIERE QUE SIN CONOCER CLARAMENTE SUSTANCIA QUE GENERA LA INTOXICACION NO SE DEBE INICIAR ANTIDOTO, QUE ES NECESARIO TOMA DE GASES ARTERIALES Y REMISION A TERCER NIVEL (EN NUESTRA INSTITUCION NO SE CUENTA CON GASES ARTERIALES).

...2014-08-31 HORA 07:44:31

...PACIENTE QUE DURANTE LA NOCHE ENTRA EN PARO CARDIO RESPIRATORIO EN 6 OCASIONES, EPISODIOS DONDE EL EQUIPO MEDICO REALIZA MANIOBRAS AVANZADAS DE REANIMACION.

PRESENTO TAQUICARDIA VENTRICULAR CON PULSO QUE SE CARDIOVIRTIO ELECTRICAMENTE EN TRES OPORTUNIDADES REQUIRIENDO SOPORTE CON AMIDARONA EN INFUSION CONTINUA, ADEMAS SOPORTE VASOPRESOR E INTROPICO EN ALTAS DOSIS.

APROXIMADAMENTE HACIA LA UNA Y QUINCE AM ENTRA NUEVAMENTE EN PARO CARDIORRESPIRATORIO RITMO ASISTOLIA SE REALIZA MASAJE CARDIACO Y SOPORTE CON ADRENALINA, DURANTE APROXIMADAMENTE MEDIA HORA SIN OBTENER RESPUESTA CLINICA, POR LO QUE SE SUSPENDEN MANIOBRAS AVANZADAS DE REANIMACION.

HORA DE LA MUERTE 1+38 AM." (fls. 171-183, cdo. 1) (Cita original del documento con errores de redacción, se subraya.)

- En el Informe Pericial de Necropsia 20140101117380000059 se señala:

"CONCLUSIÓN PERICIAL

Se trata de un hombre adulto joven, recluso en el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad en La Dorada - Caldas, quien según información registrada en el Acta de Inspección a Cadáver y suministrada verbalmente al suscrito, participó con otro gran número de internos en el consumo de licor artesanal, preparado al parecer con base en alcohol antiséptico, luego de lo cual comienzan a presentar sintomatología de intoxicación falleciendo primeramente quien al parecer había liderado y realizado la preparación (Protocolo No. 20140101117380000058).

Posteriormente, otros cuatro reclusos son hospitalizados, falleciendo a continuación el del presente caso, y los demás siendo remitidos a diferentes ciudades para atención en Unidades de Cuidados Intensivos.

Al examen en Necropsia médico legal, se hallan signos en cerebro y pulmones, que en contexto con lo relatado, son compatibles con intoxicación por alcohol metílico, dados por la presencia de zonas violáceas en núcleos basales caudado y putamen, en la región anterior en el lado derecho y en la región posterior en el lado izquierdo, muy sugestivas de necrosis de tejido. Adicionalmente, los pulmones se observan con marcado edema al corte y coloración violácea de todo el lóbulo inferior derecho, y las vías aéreas muestran escaso contenido sanguinolento espumoso en tráquea y bronquios, consistentes con edema pulmonar, que conlleva a la muerte del intoxicado por insuficiencia respiratoria.

Causa básica de la muerte: INTOXICACIÓN EXÓGENA." (fls. 270-274, cdo. 1)

- De la declaración rendida por Luis Fernando Chica Mora (fl. 642, cdo. 1b, grabación digital minuto 18:00 y s.s.), funcionario del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses quien suscribió el informe de necropsia previamente referido, testimonio del cual se destacan los siguientes aspectos:

- Que en la historia clínica de la atención prestada al causante se relata la ingesta de una sustancia alcohólica de fabricación que se acompaña con los hallazgos del examen médico legal, inicialmente con la presentación de dolor abdominal, vómitos y visión borrosa que son síntomas correspondientes a la intoxicación por alcohol metílico, y en la necropsia se hallaron signos patológicos de las intoxicaciones agudas severas por alcohol metílico y que produjo la muerte en este caso.

- Tratándose de un paciente con síntomas de intoxicación por alcohol metílico debe prestársele atención médica inmediatamente se sospeche o se conozca de la ingesta de la sustancia con el fin de evitar que avance el metabolismo de la sustancia y provoque daños en el organismo.

- El consumo de alcohol metílico puede ser mortal, de acuerdo con la dosis ingerida, si la dosis es mayor a 30 cm generalmente es tóxica, y el efecto puede disminuir si se consume de forma secuencial, concomitante con alcohol etílico que de hecho es el antídoto si se trata de forma temprana la condición.

- Después del consumo del alcohol etílico como metílico las manifestaciones iniciales son de una embriaguez, y con respecto del metílico dependiendo de la dosis que se consuma aparecerán signos y síntomas dentro de las 6 horas, pero generalmente dentro de las 12 y 24 horas, situación que coincide con los tiempos de la atención prestada.

- No se pudo identificar la dosis ingerida por el causante, pero por los resultados se supone que fue la cantidad suficiente para ser letal, y como no se precisó la sustancia tóxica tomó más tiempo la atención hasta que no fue posible revertir los efectos.

- Para tratar la ingesta de alcohol metílico, debe aplicarse el antídoto (alcohol etílico) y las demás medidas de sostenimiento. Al momento de la atención del causante en el Hospital San Félix no se administró el antídoto, toda vez que se desconocía cuál fue la sustancia tóxica ingerida.

- La determinación de la sustancia tóxica consumida, con el fin de suministrar el antídoto correcto, depende del lugar donde se atiende al enfermo, si se trata de un tercer nivel, dicho examen se hará en poco tiempo y al mismo momento de

conocer qué tipo de líquido fue el ingerido, se administrará el remedio; en los otros niveles, la sospecha principal parte de las informaciones que se brinde al médico que atiende al paciente.

- Los exámenes neuro-oftalmológicos al momento de la primera atención no son indispensables, tratándose de un paciente con una intoxicación metílica, puesto que los mismos toman mucho tiempo y podrían arriesgar la vida del enfermo, por tanto deben hacerse una vez controlada la intoxicación; en el caso concreto, se evidencia en la historia clínica una valoración neurológica inicial que arrojó el índice de Glasgow de 5 sobre 15, no se registró ningún examen oftalmológico en la evaluación clínica básica.

- Una intoxicación metílica se presenta, según la dosis hasta en los 45 minutos siguientes a la ingesta, ocasionando síntomas gastrointestinales (vómito, dolor abdominal, malestar general), en las horas iniciales se asemeja a una embriaguez similar a la del alcohol etílico; posteriormente, y conforme a su metabolización en el cuerpo se va causando la intoxicación, ya que el alcohol metílico produce los que se denominan metabolitos (ácido fórmico) que son los que generan lesiones en el tejido neurológico, que a su vez ocasionan alteraciones bioquímicas en el cuerpo que derivan en la muerte del intoxicado, entonces los síntomas más avanzados son manifestaciones de compromiso neurológico; las lesiones en otros tejidos comienzan a aparecer dentro de las seis horas y se establecen dentro de 6 y 12 horas, pero algunos demoran hasta 72 horas para empezar a advertirse, dependiendo todo esto de la cantidad y la concentración de la sustancia, de otros elementos ingeridos concomitantemente con la bebida, como es el caso del alcohol etílico que puede contrarrestar parte de los efectos nocivos, si el consumo se hace de forma fragmentada, o si se hace detección temprana y se inicia el tratamiento con este.

- De acuerdo con los resultados de pruebas solicitadas a las sustancias decomisadas en el pabellón No. 3 del establecimiento penitenciario de La Dorada, emitidos por la Dirección Territorial de Salud de Caldas, se determinó que las sustancias correspondían a una mezcla hidroalcohólica con un contenido de metanol de 152,2 miligramos de litro para la primera muestra, de 171071,5 miligramos de litro para la segunda muestra, y de 158065,5 miligramos por litro para la tercera muestra (fls. 1-13, cdo. 2).
- Mediante Oficio nº 637-EPAMSLD-AINVI-DIRE-015 del 01 de julio de 2015 se informa por parte del área de investigación del establecimiento penitenciario:

“De acuerdo con las diligencias adelantadas se ha podido determinar lo siguiente:

1. Al parecer se trató del consumo de una bebida alcohólica artesanal suministrada en envases plásticos pet (gaseosa), de las cuales existían dos versiones: una de color oscuro y

otra transparente de las cuales los internos manifestaron que tenían sabor fuerte de caucho quemado que al consumirlas en la mayoría de los internos genero (sic) un ardor en el tracto digestivo y estomago (sic).

2. De acuerdo con las versiones recaudadas los internos coincidieron en afirmar que dicha bebida estaba siendo manipulada, suministrada y consumida principalmente por los internos CONDE RAVE JORGE TD 2900, CANO CIRO JUAN CARLOS TD 6347 y ESTREPO RAMÍREZ ANDRES (sic) FELIPE TD 6688.

3. La mayoría de los internos que fueron atendidos en el área de sanidad ingirieron una cantidad mínima de esa bebida suministrada por los internos RAVE JORGE TD 2900, CANO CIRO JUAN CARLOS TD 6347 y ESTREPO RAMÍREZ ANDRES (sic) FELIPE TD 6688 y desconociendo que se trataba de una bebida alcoholizada de forma artesanal de igual forma la procedencia de la misma.

...

5. Hasta el momento no se han podido conocer cuál (sic) fue la manera en que fue elaborada la bebida fabricada artesanalmente y los componentes de la misma ni la forma en que los consiguieron (...). (fls. 563-564, cdo. 1B)

- En el formato de entrevista rendida por Jhon Jairo Mejía -compañero de patio- ante funcionarios de Policía Judicial al servicio de la Fiscalía General de la Nación datada 27 de noviembre de 2014, se manifestó:

“YO ME ENCONTRABA EN LA CELDA NÚMERO 09 EN COMPAÑÍA DE JUAN CARLOS CANO CIRO, PARA LA FECHA DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS NO LA RECUERDO, CREO QUE FUE A FINALES DE AGOSTO, LO QUE PASO ALLÍ ERA QUE LOS MUCHACHOS ESTABAN TOMANDO, EL FINADO CONDE, ANDRÉS FELIPE Y DEL OTRO NO SE EL NOMBRE, ESTABAN TOMANDO EN EL PATIO. ESO ERA UN ALCOHOL REVUELTO, NO SE CONQUE. TAMPOCO SE QUIEN LO PREPARO, E INCLUSIVE YO TAMBIÉN ME TOME UNOS SEIS TRAGOS POR ACOMPAÑAR AL COMPAÑERO DE CELDA A CANO CIRO, EL ME LOS REGALO ESO FUE COMO A LAS DIEZ DE LA MAÑANA, A ESA HORA FUE QUE YO ME TOME LOS TRAGOS Y LUEGO ME FUI A ESTUDIAR Y NO SUPE MÁS. YO DESPUÉS SENTÍ LAS VENAS COMO MUY TENSIONADAS Y ME DABAN PICADAS LEVES AL LADO DEL CORAZÓN, ERAN LEVES PERO LAS SENTÍ AL OTRO DÍA SIENDO LAS 6 O 7 DE LA MAÑANA QUE ENTRARON POR LAS PERTENENCIAS DEL COMPAÑERO ANDRÉS FELIPE, FUE QUE NOS DIMOS CUENTA DE QUE HABÍA FALLECIDO. PERO EL PRIMERO QUE SE MURIÓ FUE CONDE RAVE, PERO NOSOTROS NO PENSAMOS QUE ERA POR ESE LICOR PORQUE DIJERON QUE ERA QUE SE HABÍA MUERTO DE UN INFARTO Y NO PENSAMOS QUE ERA POR ESE LICOR. YO NO TENGO CONOCIMIENTO DE QUIEN FUE LA IDEA DE HACER ESE LICOR Y CUANDO SE MURIÓ ANDRÉS FELIPE FUE QUE NOS DIMOS CUENTA DE QUE ERA POR CONSUMIR ESE LICOR...”. (fl. 543 vto y 544, cdo. 1B)

- En el formato de entrevista rendida por Jhon Edwar Giraldo Mejía -compañero de patio- ante funcionarios de Policía Judicial al servicio de la Fiscalía General de la Nación datada 27 de noviembre de 2014, se manifestó:

“ESOS HECHOS FUERON UN DIA VIERNES PARA FINALES DEL MES DE AGOSTO NO RECUERDO LA FECHA EXACTA, Y HECTOR ESTABA CON EL COMBO DE INTERNOS CON LOS QUE FALLECIERON COMO SON CIRO, FELIPE EL TAXISTA, UNO LE DECIAN DIADEMA NO RECUERDO EL NOMBRE, ESTABAN EN UNA PARTE DEL PATIO EN TODA LA MITAD DEL PATIO, ENTRE LAS CELDAS 9 Y 10 Y ELLOS ESTABAN INGERIENDO ESA BEBIDA EXTRAÑA, ME TOME COMO 9 TRAGOS, ESO SABIA COMO A TINER, EL QUE HIZO ESO FUE EL FINADO CONDE, Y CUANDO MENOS SE PENSO ESTABA PREPARADO EN EL PATIO, Y ELLOS LLAMABAN A LOS QUE PASABAN POR AHI LES OFRECIAN, EN MI CASO ME TOME ESOS TRAGOS Y YA, Y ESO ME PRODUJO ARDOR EN EL ESTÓMAGO, Y LOS OJOS YA SE ME IBAN A SALIR, TUVE TAQUICARDIAS, ESTUVE HOSPITALIZADO DOS DÍAS.

EL PRIMERO QUE SE MURIÓ FUE CONDE, Y COMO EL CONSUMIA DROGA SIQUIATRICA PENSAMOS QUE ERA QUE LO HABIAN MATADO LAS PEPAS O DE LO CONTRARIO NO HUBIERAMOS INGERIDO ESO. YO NO SABRIA DECIRLE QUE MAS CONTENIA, ESO SABIA A TINER, Y LO PREPARO CONDE, NO SE DE DONDE LA SACO ES QUE CUANDO MENOS PENSAMOS ESO ESTABA PREPARADO EN EL PATIO, Y CUANDO LA CONSUMI FUE EN UNAS BOTELLAS DE GASEOSA PLASTICA, Y CUANDO A MI ME OFRECIERON FUE EN HORAS DE LA TARDE. YO SALI EL DIA DOMINGO PARA EL HOSPITAL Y QUE TOMARON MUESTRAS DE LO QUE ENCONTRARON ALLA, PERO NO SABRIA DECIRLE QUIEN LAS TOMO. YO ME ENTERE QUE FUE CONDE EL QUE MANIPULO ESO, ES QUE EL DIA QUE MURIO ESTABA INGERIENDO ESO, Y LAMENTO EL FALLECIMIENTO DE MIS COMPAÑEROS, Y EL RESTO ERAMOS COMO 13 O 14 COMPAÑEROS QUE NOS LLEVARON Y NOS HOSPITALIZARON.” (fl. 544 vto y 545, cdo. 1B) (Cita original del documento con errores de redacción)

- En el formato de entrevista rendida por Cristian Alfredo Ramírez Giraldo - compañero de celda- ante funcionarios de Policía Judicial al servicio de la Fiscalía General de la Nación datada 27 de noviembre de 2014, se manifestó:

“YO ESTOY EN LA CELDA 58, ALLI EN COMPAÑÍA DE ANDRES FELIPE NO RECUERDO EL APELLIDO, TAMPOCO RECUERDO LA FECHA, Y ESTABAN TOMANDO UN POCO DE GENTE ENTRE ELLOS ANDRES FELIPE, ESTABAN EN EL PATIO, RECUERDO A DIADEMA QUE ERA ESTEBAN, A PATO ERA HECTOR JARAMILLO, EL TAXISTA QUE ERA ANDRES FELIPE, YO ESTABA JUGANDO PARQUES Y EN LA ENCERRADA ME DI CUENTA QUE ANDRES ESTABA ENFERMO Y ME DIJO QUE TENIA GANAS DE VOMITAR Y VOMITO TODA LA NOCHE, Y CUANDO AL OTRO A NOS SACARON AL PATIO, ÉL SE RECOSTO AL LADO DEL TELEVISOR EN UNA SABANA Y SEGUIA MALUCO, QUE SE SENTIA MUY MAL, LE DIERON GUEITORE Y DIJO QUE TENIA ARDOR EN LA BARRIGA Y ENTONCES LO LLEVARON PARA SANIDAD PERO EL SEÑOR CONDE SE HABIA MUERTO UN DIA ANTES, SIEMPRE ESCUCHE DECIR SOLO DE CONDE NO SE EL NOMBRE...” (fl. 546 vto y 547, cdo. 1B) (Cita original del documento con errores de redacción)

- Certificación expedida por el director del establecimiento penitenciario de la Dorada en el cual se informa sobre las gestiones de pesquisas realizadas en el pabellón

No. 3 de dicho penal por parte de funcionarios del Inpec, las cuales fueron ejecutadas para el año 2014 los días 14 de enero, 23 de febrero, 11 de marzo, 20 de mayo, 19 de junio y 22 de agosto (fl. 533, cdo. 1b).

2.2. 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 procesales⁵.

En el caso concreto, las imputaciones jurídicas de la demanda realizadas en contra del Inpec, aluden a una *omisión en el deber de custodia y vigilancia y la omisión en su deber de prestar seguridad y garantizar la vida e integridad del recluso*. Respecto de la E.P.S. Caprecom se imputó una falla con ocasión a la prestación de servicios de salud, frente al cual se ha establecido por la jurisprudencia la aplicación del régimen de falla del servicio probada⁶.

Al respecto, el *a quo* consideró que el escenario esbozado debía ser analizado desde el título de imputación de *falla probada en la prestación del servicio médico* en lo que respecta a Caprecom E.P.S. y desde el régimen objetivo de imputación para el caso del Inpec.

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 14 de agosto de 2008. Rad.: 47001-23-31-000-1995-03986-01(16413).

⁶ V. Entre otras, sentencia del 10 de agosto de 2001, Sección Tercera. Rad.: 50001-23-31-000-1994-4506-01(12947) y sentencia de 29 de marzo de 2019 de la misma sección Rad.: 76001-23-31-000-2004-02167-01(43683).

Al punto, resulta pertinente la sentencia del 28 de abril de 2010⁷ como antecedente del desarrollo jurisprudencial efectuado por el H. Consejo de Estado en la materia:

“...la Sala ha considerado que el régimen de responsabilidad que procede es el objetivo, en el cual dicha responsabilidad surge independientemente de la conducta de la entidad demandada, por el solo hecho de que una persona confinada en un establecimiento carcelario por cuenta del Estado, pierda la vida o sufra lesiones en su integridad física, de tal manera que la Administración no podrá eximirse de responsabilidad mediante la aportación de pruebas tendientes a acreditar que cumplió las obligaciones a su cargo y que no incurrió en falla del servicio; sólo podría desvirtuar tal responsabilidad, mediante la comprobación de una causa extraña.

Es claro entonces, que mientras en la generalidad de los casos en los que se comprueba la falla del servicio, la Administración puede eximirse de responsabilidad mediante la comprobación, no sólo de una causa extraña, como sería la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero, sino también a través de la prueba de su obrar prudente y diligente en el exacto cumplimiento de las obligaciones y deberes a su cargo, en estos casos específicos de daños a personas privadas de la libertad, por tratarse de eventos de responsabilidad objetiva, la única forma en que la Administración se puede liberar de la responsabilidad que surge a su cargo, es precisamente a través de la comprobación de una causa extraña”⁸. (Negrillas extra-texto)

Por tanto, en el presente asunto no existe controversia en cuanto a la aplicación del régimen de *falla probada en la prestación del servicio médico* en lo que respecta a Caprecom y el régimen objetivo para el caso del Inpec.

2.3. Imputación del daño

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

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional)”⁹.

⁷ Criterio que fue ratificado en la sentencia del 9 de mayo de 2012, Sección Tercera, Subsección C, CP: Olga Mélida Valle de la Hoz, expediente No. 23024.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 28 de 2010, rad 18271, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

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

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

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera "(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario– un específico título de imputación (...)"¹⁰.

Ahora bien, teniendo en cuenta que para el régimen objetivo desde el cual se debe valorar la imputación respecto del Inpec, al igual que para el régimen de falla probada aplicable al actuar de Caprecom E.P.S., el nexo de causalidad puede ser quebrantado por el eximente de responsabilidad denominado culpa exclusiva de la víctima, se hace necesario dar paso al análisis de dicha figura, teniendo en cuenta que sobre la configuración o no de la misma se basa el cargo de apelación formulado por la parte demandante y la entidad accionada.

2.4. Culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad

La culpa exclusiva de la víctima exonera total o parcial de la responsabilidad administrativa, de acuerdo con el grado de participación del afectado en la

¹⁰ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, Exp.: 21515; 23 de agosto de 2012, Exp.: 24392.

producción del daño; o lo que es lo mismo, para que la culpa exclusiva de la víctima opere en favor de la administración, es necesario que la conducta desplegada por aquella sea a la vez la causa del daño y la raíz determinante del mismo.

Así, cuando el daño es ocasionado por acción u omisión de quien lo sufre, resulta forzosa la exoneración de la administración, en efecto, el H. Consejo de Estado en reciente pronunciamiento de reiteración de línea señaló¹¹:

“Por otra parte, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si su el proceder activo u omisivo tuvo o no injerencia y en qué medida, en la producción del daño.

En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima.

Igualmente, esta corporación ha entendido la culpa exclusiva de la víctima como elemento que excluye la responsabilidad del Estado, cuando hay “la violación por parte de ésta [víctima] de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, que se concreta en la demostración “de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta”.

Por último, la jurisprudencia de la Sección Tercera (y sus Subsecciones), ha establecido una serie de fundamentos o supuestos en los que cabe o no encuadrar el hecho o culpa de la víctima como eximente de responsabilidad de la administración pública:

- (1) se concreta por la experiencia de la víctima en el manejo de objetos, o en el despliegue de actividades;*
- (2) la “ausencia de valoración del riesgo por parte de las víctimas” puede constituir una “conducta negligente relevante”;*
- (3) puede constituirse en culpa de la víctima el ejercicio por los ciudadanos de “labores que no les corresponden”;*
- (4) debe contribuir “decisivamente al resultado final”;*

¹¹ Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2017, Exp: 54.121. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

(5) para “que la conducta de la víctima pueda exonerar de responsabilidad a la entidad demandada, la misma debe ser causa determinante en la producción del daño y ajena a la Administración”, a lo que agrega, que en “los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser la causa única, exclusiva o determinante del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad”;

(6) la “violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, la que “exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño cuando ésta es exclusiva”;

(7) por el contrario, no se configura como eximente cuando no hay ni conocimiento de un elemento o actividad que entraña peligro, ni hay imprudencia de la víctima;

(8) se entiende la culpa exclusiva de la víctima “como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, lo que cabe encuadrar, matizando, en el primer supuesto porque no sólo opera por virtud del consentimiento de un acto ilícito, sino al despliegue de una conducta que es violatoria de las obligaciones a las que está llamado a cumplir (v.gr., en la conducción de vehículos a la velocidad ordenada, a la distancia de seguridad, a la realización de maniobras autorizadas, al respeto de la señalización, etc.);

(9) debe demostrarse “además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta”, lo que encuadra en el cuarto supuesto dogmático de la imprudencia de la víctima;

(10) que se acrediten los elementos objetivos de la conducta gravemente culposa de la víctima; y,

(11) que la víctima “por sus propios hechos y actuaciones se puso en condiciones de soportar el daño”.” (Subrayados de este Tribunal)

2.5. Configuración de la eximente de responsabilidad en el caso concreto

Desde estos aspectos señalados por el H. Consejo de Estado, esta Colegiatura concluye que el fallecimiento del señor Andrés Felipe Restrepo Ramírez se enmarca en varios de los escenarios planteados por dicho órgano de cierre para que se configure la “culpa exclusiva de la víctima” según se pasa a exponer:

Se dio una “ausencia de valoración del riesgo” por parte del señor Restrepo Ramírez o cuando menos una inadecuada expectativa de poder evitarlo o manejarlo, pues como se acreditó ampliamente con los testimonios rendidos por los compañeros de patio y de celda aquel procedió no solo a la fabricación, sino también al consumo de la bebida

alcohólica "*licor artesanal*" elaborado con sustancias tóxicas, con olor y sabor anormales.

Sobre este aspecto, no son de recibo los argumentos planteados por la parte actora en su recurso de apelación sobre que, no se acreditó que el referido recluso "*sabía qué tipo de sustancia estaba ingiriendo y que lo hizo con la intención de causarse daño*", pues este elemento cognoscitivo no requiere de una prueba especial, más allá de las simples reglas de la experiencia, pues es claro para cualquier persona que, el consumo de una bebida alcohólica que ha sido preparada con ingredientes desconocidos en forma artesanal y que como lo describieron algunos reclusos tenía un fuerte olor a Thinner, representa un riesgo para la salud.

Además, "*[L]a víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño*"; "*dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella*" e "*implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujet[o]*" en tanto la víctima, promovió y efectuó el consumo del denominado *licor artesanal* al interior del centro de reclusión, violando sus prohibiciones como recluso y desplegando un actuar claramente imprudente, que además de su deceso causó afectaciones en otros reclusos.

Por lo tanto, respecto a la responsabilidad alegada en cabeza del Inpec, es claro que se presentó un excluyente de responsabilidad por culpa de la víctima, al haberse acreditado que el propio Andrés Felipe Restrepo Ramírez participó en la elaboración, consumo y distribución del licor artesanal que causó su muerte.

Además, se acreditó con la certificación expedida por el director del centro penitenciario que para el año 2014 la guardia del referido centro penitenciario realizó múltiples y permanentes controles en las celdas de los internos atendiendo a sus funciones, incluso una de ellas efectuada el día 22 de agosto, esto es, pocos días atrás al deceso de Andrés Felipe Restrepo Ramírez.

Finalmente cabe advertir que la parte actora propuso en su recurso de alzada algunos argumentos con miras a que se determine la responsabilidad del INPEC, tales como la existencia de puntos ciegos que no eran vigilados en forma adecuada, la existencia de un fallecimiento similar al del señor Restrepo Ramírez días antes y el eventual ingreso de una sustancia prohibida al penal -alcohol metílico-, empero frente a estos resulta necesario señalar que tales situaciones no desdibujan la culpa exclusiva e la víctima, pues tales situaciones a juicio de la Sala no fueron la causantes del deceso de aquel, pues la causa eficiente de la misma, pues se itera, dicha causa no fue otra que el consumo voluntario por parte del fallecido de una sustancia tóxica.

Con respecto a la responsabilidad por parte del Inpec por no garantizar que los servicios de salud prestados al interior del penal fueran "*óptimos o adecuados*" se hace necesario señalar que a juicio de la Sala la forma en que se prestó la atención médica al

interior del penal tampoco fue causa eficiente del fallecimiento del señor Restrepo Ramírez, según se pasa a exponer.

Con respecto a la responsabilidad alegada en cabeza de Caprecom, frente a la cual el *a quo* concluyó que, existió una coparticipación en la generación del daño junto con la conducta del señor Andrés Felipe Restrepo Ramírez, por no haber brindado atención médica adecuada, la Sala disientirá de tal consideración dadas las siguientes circunstancias:

En primer lugar, no se demostró por modo alguno que dentro de las condiciones del servicio prestado por Caprecom E.P.S. para la atención médica en el centro penitenciario se tuviese la obligación de contar con un médico en el penal en todo momento. Por el contrario, se acreditó que, para el día en que se presentó la emergencia respecto del señor Andrés Felipe Restrepo Ramírez -sábado 30 de agosto de 2014- el consultorio de atención médica del centro penitenciario contaba con una enfermera de turno.

En segundo lugar, contrario a lo señalado por el *a quo*, para este Tribunal no es posible concluir que la falta de presencia de un galeno haya inferido en el fallecimiento del recluso, pues véase como incluso la historia clínica de atención en el Hospital San Félix de La Dorada, denota que durante las más de 8 horas que el paciente fue allí atendido no fue posible iniciar el tratamiento de la intoxicación, pues según concepto de toxicología, resultaba imperativo establecer previamente que sustancia había sido ingerida por el paciente, para lo cual se requería de un examen de gases arteriales, que incluso en el referido centro hospitalario no era de posible realización.

En tal sentido, no es posible establecer que el hecho de que se haya prestado atención inicial en el establecimiento penitenciario por parte de una enfermera y no de un médico haya conllevado al fallecimiento del interno, pues incluso la atención prestada por los galenos en el Hospital San Félix E.S.E. no logró evitar su deceso, pues se itera, para proporcionar una opción de tratamiento adecuada, la circunstancia relevante no era la presencia de un galeno en el centro de reclusión, sino la identificación de la sustancia ingerida lo cual requería de exámenes especializados, que se itera, no pudieron ser realizados incluso en el centro hospitalario de La Dorada - Caldas.

Ahora bien, respecto a la imputación parcial del daño a la E.P.S. Caprecom en razón al tiempo tomado para efectuar la remisión al centro hospitalario respectivo -cerca de seis horas-, tampoco se encuentra acreditado que la reducción en dicho lapso hubiese evitado el desenlace fatal, mas aun cuando, como lo relató su compañero de celda, aquel venía consumiendo la sustancia que generó su intoxicación desde el día anterior al que se solicitara la atención en el Área de Sanidad del penal, habiendo presentado vómitos y malestar durante toda la noche anterior, en tal sentido, la evolución de su intoxicación ya había avanzado bastante para el momento en que se dio la atención por parte del personal de sanidad.

Así las cosas, se concluye que el fallecimiento del señor Andrés Felipe Restrepo Ramírez tuvo como causa eficiente y exclusiva su conducta, consistente en el consumo voluntario de una sustancia toxica y que conllevó a una “INTOXICACIÓN EXÓGENA” como lo refirió el perito que suscribió el Informe de Necropsia 20140101117380000059 (fls. 270-274, cdo. 1)

Por tanto, en la línea de intelección ya desarrollada se impone revocar la sentencia estudiada para en su lugar declarar probadas las excepciones de “*CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA INPEC*”, propuesta por el Inpec, e “*INEXISTENCIA DE LA DEMOSTRACIÓN DEL DAÑO Y NEXO CAUSAL*” formulada por Caprecom, y en consecuencia se negar las pretensiones de la demanda.

Por lo anterior, tampoco hay lugar a resolver los subsiguientes problemas jurídicos planteados.

3. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y atendiendo a la remisión normativa señalada por el canon 306 ibídem en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y en igual sentido a lo previamente señalado, se condenará en costas de ambas instancias a la parte accionante, por haberse resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto y por haberse revocado la providencia recurrida.

Se fijarán agencias en esta instancia, la suma de 1 salario mínimo legal mensual vigente al haberse constatado la actuación de los apoderados judiciales de la parte accionada en esta etapa. Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

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

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas formuladas en la demanda que por el medio de control de reparación directa impetraron Dayana Estephany Ramírez y Otros contra el Instituto Nacional Penitenciario Y Carcelario – Inpec y la E.P.S. Caprecom.

En su lugar, declarar probadas las excepciones de “*CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA*”, propuesta por el Inpec, e “*INEXISTENCIA DE LA DEMOSTRACIÓN DEL DAÑO Y NEXO CAUSAL*” formulada por Caprecom, y en consecuencia se negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora. **FÍJANSE** agencias en derecho en esta instancia por la suma de 1 salario mínimo legal mensual vigente.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 048 de 2020.


NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 338

Manizales, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17-001-33-33-755-2015-00008-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandantes: Alba Myriam Ramírez Salazar y Otros
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (En adelante Inpec)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, mediante la cual se denegaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Solicita se declare responsable al Inpec por los perjuicios ocasionados a los demandantes en su calidad de compañera permanente, hijos y hermanos del señor José Arnoldo Medellín Castro con ocasión de su fallecimiento ocurrido el 23 de noviembre del 2013 al interior del establecimiento penitenciario y carcelario de Manizales – Caldas, en el cual aquel se hallaba recluso.

Que por lo anterior, se ordene resarcir los perjuicios materiales¹ y morales² ocasionados a los demandantes, así como los perjuicios o daños a la vida de relación³.

1.2. Hechos

El señor José Arnoldo Medellín Castro fue condenado a pena privativa de su libertad el 21 de junio de 2013, la cual cumplía al interior del Centro Penitenciario y Carcelario "La Blanca".

Que para el 23 de noviembre de 2013, el referido recluso fue encontrado al interior del

¹ Lucro cesante consolidado en cuantía de \$ 17.118.644,45 y futuro estimado en \$ 111.213.157.

² Estimados en salarios mínimos legales mensuales vigentes, así:
- 100 para los 5 demandantes que alegan su calidad de hijos o compañera permanente del fallecido.
- 50 para los 7 demandantes que alegan su calidad de hermanos del fallecido.

³ Tasados en 100 S.M.M.L.V. respecto de los 5 demandantes que alegan su calidad de hijos o compañera permanente del fallecido.

establecimiento penitenciario, inconsciente y con coloración cianótica en la cabeza, por lo que fue trasladado a las instalaciones de la E.S.E. Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas, en donde arribó sin signos vitales, por lo que se declaró su fallecimiento al no haber respondido a las maniobras de reanimación allí realizadas.

Que la Fiscalía 21 Seccional de Manizales adelantó la investigación penal con ocasión del fallecimiento del señor Medellín Castro, con radicado 170016106799201383543, proceso dentro del que obra informe pericial de Necropsia elaborado el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, según el cual, con fundamento en los hallazgos físicos encontrando, se señaló por el funcionario que lo suscribe que *“es muy probable que JOSÉ ARNOLDO MEDELLÍN CASTRO falleció de manera violenta a causa de obstrucción de la vía aérea superior muy probable por estrangulamiento manual”*.

Sobre la conformación del núcleo familiar y las condiciones del fallecido se advirtió que, aquel nació el 19 de agosto de 1970 y convivió en unión marital de hecho con la señora Alba Myriam Ramírez Salazar y que era padre de los señores Rubén Alexis, Marisol y Fabio Leonardo Medellín Castaño y del menor de edad Yulian Armando Cuartas Montes, último que no había sido reconocido legamente como tal; igualmente se advierte que los señores María Esneda, Leonel, María Luz Dary, José Euldemer, María Fabiola, María Yarley y Carlos Iván, Medellín Castaño eran sus hermanos.

Finalmente se señala que, el recluso se dedicaba a la elaboración de *“chancletas”* al interior del penal, las cuales entregaba a su compañera permanente para que comercializara y además que, antes de su aprehensión se dedicaba a la construcción como ayudante, así como a otros oficios varios.

1.3. Fundamentos de derecho

Se cita como fundamentos los artículos 1,2 6, 13, 29, 42, 47 y 90 de la Constitución Política Nacional; la Ley 100 de 1993; la Convención Americana de Derechos Humanos; y los artículos 140 y 161 de la Ley 1437 de 2011.

Al paso de realizar un recuento sobre los antecedentes jurisprudenciales que consideró aplicables a asuntos relacionados con el fallecimiento de personas privadas de la libertad, arguye que la responsabilidad por la muerte del recluso se endilga a la omisión en el deber de custodia y vigilancia a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC y la omisión en su deber de prestar seguridad y garantizar la vida e integridad de los reclusos que están bajo su vigilancia y cuidado.

2. Contestación de la demanda

El **Inpec** se opuso a las pretensiones, advirtió en síntesis que no existió falla en el servicio, pues el señor Alberto Cardona falleció por causas naturales no imputables a la entidad, pues la parte actora no demostró lo contrario, más aun cuando las

investigaciones efectuadas al interior del establecimiento penitenciario, tanto por parte de la entidad demandada como de la Fiscalía General de la Nación impidieron llegar a la conclusión que pretende la parte actora, esto es, una muerte ocasionada en forma violenta.

Insisten entonces en que en el fallecimiento del interno Medellín Castro no se encuentra comprobada la presencia de un tercero que haya generado lesiones en su humanidad y que, como consecuencia de dichas lesiones, se haya producido su muerte, o por lo menos dentro del acervo probatorio, no aparece prueba alguna con relación a esta situación.

Contrario a ello, existen dentro de las actuaciones, diligencias de entrevista y declaración juramentada, que ubican al señor Medellín Castro, el día de los hechos al interior de su celda, en perfectas condiciones, realizando actividades propias de su lugar de descanso (celda) y, que solo al momento de iniciar con su descanso nocturno, sus compañeros de celda evidenciaron síntomas tales como respiración fuerte (ronquido) y espuma en su boca, características estas que demuestran con mayor grado de certeza la existencia de una muerte natural y que permiten descartar la presencia de un incumplimiento en el deber de cuidado y vigilancia por parte de las autoridades penitenciarias.

Solicita entonces dar aplicación a las figuras de la imprevisibilidad e irresistibilidad, en el entendido de que lo sucedido al interno Medellín Castro no era esperado por ninguna de las autoridades penitenciarias y mucho menos por parte de las autoridades en salud encargadas de la prestación del servicio médico a la población privada de la libertad.

Señala que la tasación de perjuicios realizada por la parte demandante es desproporcionada y carece de cualquier tipo de fundamentación argumentativa o probatoria que pueda respaldarla, aunado a que considera que no existe prueba idónea de los parentescos de algunos de los demandantes (compañera permanente e hijo menor) con el fallecido.

Respecto a los señalamientos efectuados por el funcionario de Medicina Legal, que suscribió el informe de necropsia, sobre la posible existencia de una muerte por estrangulamiento, señaló que estos solo corresponden a una suposición dada por el profesional con base a los hallazgos en el cuerpo del fallecido, pero que tal opinión, no solo no fue ratificada por el profesional o soportada en otros medios probatorios, sino que también fue desvirtuada en el marco de las investigaciones efectuadas por la Fiscalía General de la Nación y por parte de la entidad demandada.

En línea con los argumentos expuestos, propuso las excepciones que tituló: *“EXISTENCIA DE CAUSA EXTRAÑA”, “INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO IMPUTABLE AL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC”, “INEXISTENCIA DE NEXO DE*

CAUSALIDAD EFICIENTE Y DETERMINANTE ENTRE EL FALLECIMIENTO DEL SEÑOR JOSÉ ARNOLDO MEDELLÍN CASTRO Y LAS ACTUACIONES DE LOS FUNCIONARIOS DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC”, “FALTA DE DETERMINACIÓN DEL ORIGEN DEL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MORALES Y MATERIALES E INEXISTENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA” e “INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA EN CABEZA DEL INPEC”

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la parte demandante, para ello realizó un análisis fáctico y jurisprudencial del asunto para determinar que este debía ser valorado desde la teoría de la responsabilidad por falla en el servicio probada.

Al analizar los elementos de la responsabilidad en concordancia con los elementos probatorios consideró que, no se demostró que el fallecimiento de José Arnaldo Medellín Castro tuviese una causa diferente a una muerte natural, dado que, pese a que la parte actora alega que la prueba de sus consideraciones sobre el homicidio se halla en el informe de necropsia de medicina legal, este no fue suficiente para probar tal situación, pues las demás pruebas recaudadas en el expediente, especialmente las testimoniales de los reclusos y funcionarios que presenciaron los hechos, permite determinar que el fallecimiento se dio por causas naturales.

Concluye que, la responsabilidad de la demandada no se encuentra comprometida ya que, no se probó la existencia de algún tipo de falla en el servicio, ni que dicha falla haya sido la causa del fallecimiento.

4. Recurso de apelación

La parte accionante expuso su inconformidad con el fallo al considerar que, se analizó el asunto desde la óptica de una falla del servicio probada, cuando por el contrario se trata de un “*daño especial*” que debió ser valorado desde un criterio objetivo de responsabilidad.

Que el Inpec no cumplió con su deber de prestar seguridad y garantizar la vida e integridad del recluso pues, aunque la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación no logró identificar la manera como ocurrió o quienes fueron los “*autores materiales*” de la muerte, ello no opaca el hecho cierto y científicamente demostrado de que el recluso “*falleció de manera violenta a causa de obstrucción de la vía aérea superior muy probablemente por estrangulamiento manual*”.

Insiste entonces en que, se aportaron las pruebas tendientes a demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede la existencia del daño antijurídico alegado en la demanda, lo cual sirve de soporte para que en este asunto se declare no solo su configuración, sino también la imputación de responsabilidad en

cabeza de la entidad demandada.

Así, arguye que se debió evaluar el daño ocasionado al interior del establecimiento carcelario, bajo el régimen objetivo de responsabilidad, en consideración a que recaía en el Inpec una obligación de vigilancia y protección respecto de José Arnoldo Medellín Castro, debiendo velar por su vida e integridad física, puesto que, al encontrarse privado de la libertad, debía soportar tanto la limitación en el ejercicio de sus derechos y libertades como igualmente, la reducción o eliminación de las posibilidades de ejercer su propia defensa frente a las agresiones de agentes estatales o de terceros en el evento en que fue víctima al interior del establecimiento carcelario.

Arguye en dicha línea que, el Estado debe garantizar por completo la seguridad de los internos y asumir todos los riesgos que lleguen a presentarse en virtud de dicha circunstancia.

Así las cosas, señala que no es posible aceptar la tesis promulgada por el *a quo* en cuanto a que el fallecimiento de José Arnoldo Medellín Castro debe considerarse como *"de carácter natural, consistente en un paro cardiorrespiratorio que se presentó de manera súbita y sin signos previos"*, bajo el amparo de que la investigación adelantada por la policía judicial no pudo establecer la manera como ocurrió la muerte, quienes fueron sus autores materiales, o no pudo corroborar la tesis planteada en el informe de necropsia, el cual ofrece como resultado conclusivo de un estudio detallado y científico que, *"los hallazgos son suficientemente verídicos para catalogar esta muerte como violenta muy probablemente homicidio"*.

Informe que a su vez, no señala en ninguno de sus capítulos la configuración de un eventual paro cardiorrespiratorio, por lo que aceptar la tesis esbozada por el *a quo*, obligaría a que toda muerte deba soportar la calificación de muerte natural cuando no sea posible establecer la manera como ocurrió un fallecimiento violento o cuando no sea posible establecer quienes fueron sus autores, a pesar de que exista prueba que establezca científicamente la configuración de la muerte violenta.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación propuestos por la parte demandante, se centra en resolver: *¿Se encuentran probados además del daño⁴, los elementos que dan lugar a la responsabilidad del Estado, con ocasión de la muerte del señor José Arnoldo Medellín Castro, quien se encontraba privado de su libertad bajo custodia del Inpec?*

⁴ Advertido por la Sala que no existe ningún tipo de controversia sobre la existencia del daño cuyo resarcimiento se deprecia, esto es, fallecimiento del señor Alberto Cardona Grajales ocurrido el 13 de enero de 2013, situación de la que además da fe su registro civil de defunción.

Para resolver el problema jurídico se analizarán: i) los hechos acreditados; ii) el régimen de responsabilidad aplicable y iii) la imputación jurídica y fáctica.

2. Hechos acreditados

- En el Registro civil de defunción se registra el fallecimiento del señor José Arnoldo Medellín Castro ocurrido el 23 de noviembre de 2013 (fl. 48, cdo. 1).
- En la Historia clínica de la E.S.E. Hospital Santa Sofía, del 23 de noviembre de 2013 se consigna:

"PACIENTE QUE INGRESA TRAÍDO POR CARRO DE INPEC ACOMPAÑADOS DE AUXILIAR DE ENFERMERÍA QUIENES REFIEREN QUE FUE ENCONTRADO EN HABITACIÓN DE LA CÁRCEL INCONSCIENTE, CON SALIVACIÓN ABUNDANTE Y COLORACIÓN CIANÓTICA EN CABEZA... INGRESA PACIENTE SIN SIGNOS VITALES, AUXILIAR REFIERE QUE NO SABE EL TIEMPO QUE LLEVA PARO CARDIORESPIRATORIO...

EXAMEN FÍSICO

SISTEMA NERVIOSO CENTRAL INCONSCIENTE, NO RESPUESTA PUPILAR, PUPILAS ISOCÓRICAS MIDRIÁTICAS DE 5MM, NO REFLEJO CORNEAL, PARPADOS ENTREABIERTOS, COLORACIÓN CIANÓTICA EN ROSTRO.

CUELLO CON LIVIDECES SIN SIGNOS DE TRAUMA, MOVILIZACIÓN DE CUELLO NORMAL, NO SE PALPAN PULSOS CAROTIDEOS, NO ADENOPATÍAS, NO INGURGITACIÓN YUGULAR.

TÓRAX NO EXPANDE NO RESPIRACIÓN, NO RUIDOS RESPIRATORIOS.

CARDIACO NO SE AUSCULTAN RUIDOS CARDIACOS, PACIENTE EN PARO CARDIO RESPIRATORIO.

ABDOMEN BLANDO, DEPRESIBLE, NO REACCIONA AL EXAMEN FÍSICO.

OSTEOMUSCULAR NO SE APRECIAN SIGNOS DE TRAUMA, COLORACIÓN CIANÓTICA EN PULPLEJOS DE LOS DEDOS DE LAS 4 EXTREMIDADES, LIVIDECES DORSALES.

NEUROLÓGICO NO REFLEJOS OSTEOTENDINOSOS, NO RESPUESTA NEUROLÓGICA ANTE NINGÚN ESTIMULO.

DIAGNOSTICO R092 PARO RESPIRATORIO Tipo PRINCIPAL

DIAGNOSTICO I469 PARO CARDIACO NO ESPECIFICADO Tipo RELACIONADO...

EVOLUCIÓN MEDICO

PACIENTE QUE SE TRASLADA DE FORMA INMEDIATA A LLEGAR A LAS 18:30 A SALA DE REANIMACIÓN, SE VERIFICA QUE NO PRESENTA NINGÚN SIGNO VITAL, EN PARO CARDIO RESPIRATORIA..." (fls. 60-62, cdo. 1) (Cita original del documento, se subraya)

- En el Formato acta de inspección técnica a cadáver con fecha 23 de noviembre de 2013 suscrita por funcionarios de Policía Judicial, se destaca anotación que señala "...SE OBSERVA CATETE (sic) INTRA VENOSO EN BRAZO DERECHO, NO SE OBSERVAN SIGNOS DE

VIOLENCIA EN CUERPO...” (fls. 98-100, cdo. 1).

- En el Informe Pericial de Necropsia 2013010117001000348 se señala:

”Después de realizar el examen de necropsia en las dos etapas antes explicadas y de analizar los hallazgos se puede concluir que el hoy occiso fue víctima de una obstrucción de su vía aérea superior muy probablemente por estrangulamiento manual. Cabe anotar en este aparte que el acta entregada por la policía judicial no revela ningún dato de relevancia debido a lo pobre relato, es más hasta se aporta una hipótesis de muerte natural. No hay descripción alguna de lugar donde fue encontrado inicialmente el hoy occiso en la cárcel. Se considera que a pesar de la hipótesis de muerte aportada por la autoridad y la pobre información que circundo (sic) el hecho los hallazgos son suficientes verídicos para catalogar esta muerte como violenta muy probablemente homicidio.

El único dato relevante en el acta es que el paciente fue hallado convulsionando en la cárcel comportamiento patognomónico (típico) de personas que han sido sometidas de forma brusca a la ausencia de oxígeno por varios minutos.

A. Tiempo Estimado de la Muerte: Entre 12 y 18 horas.

B. Manera de Muerte: violenta Probable homicidio, aunque deberá ser la autoridad judicial quien con la investigación corrobore o anule esta hipótesis.

C. Causa de Muerte: obstrucción de la vía aérea superior por posible estrangulamiento Manual.” (fls. 129-135, cdo. 1)

- En el Formato de entrevista rendida por Julián Andrés García Loaiza -compañero de celda- ante funcionarios de Policía Judicial al servicio de la Fiscalía General de la Nación datada 23 de noviembre de 2013, se manifestó:

”CON EL SEÑOR JOSÉ ARNOLDO COMPARTÍA LA CELDA 12 EN EL PATIO QUINTO A HACE APROXIMADAMENTE 4 O 5 MESES DESDE QUE YO LLEGUE, ALLÍ VIVÍAMOS CON 8 INTERNOS... HOY ME HABÍA DICHO QUE TENÍA COMO ESCALOFRIÓ, Y EN LA MADRUGADA SENTÍ QUE SE PARÓ VARIAS VECES AL BAÑO, COMO A LAS 6 DE LA TARDE ÉL SE PUSO A LAVAR UNA ROPA EN EL BAÑO, YO ME ACOSTÉ EN MI CAMA CERRÉ LAS CORTINAS Y ME PUSE A ESCUCHAR MÚSICA, TRANSCURRIERON MÁS O MENOS DE 15 A 20 MINUTOS CUANDO LO ESCUCHÉ RONCAR DE UNA FORMA RARA, COMO FUERTE, CORRÍ LA CORTINA Y LO VI ACOSTADO EN LA CAMA, PARECÍA COMO BORRACHO, RONCABA FUERTE Y SALIVABA MUCHO, Y ESTABA COMO ORINADO, PORQUE EL PANTALÓN ESTABA MOJADO EN LA PARTE BAJA, SALÍ A LLAMAR A LOS COMPAÑEROS DE CELDA, PERO ELLOS YA VENÍAN DE LLAMAR AL PABELLONERO, MOVIMOS A JOSÉ ARNOLDO PARA QUE DESPERTARA SIN LOGRARLO.” (fls. 120-121, cdo. 1) (Cita original del documento)

- En el Formato de entrevista rendida por Fabio Patiño -compañero de celda- ante funcionarios de Policía Judicial al servicio de la Fiscalía General de la Nación datada

23 de noviembre de 2013, se manifestó:

"YO VIVO EN LA CELDA DOCE DEL PATIO QUINTO A, LLEVO MÁS O MENOS COMO 20 DÍAS DE HABER INGRESADO A LA CÁRCEL Y ESOS DÍAS LOS HE PASADO ALLÍ; CON JOSÉ ARNOLDO MEDELLÍN CASTRO TENÍA UNA RELACIÓN NORMAL DE COMPAÑEROS, ERAN MÁS O MENOS COMO LAS 6 DE LA TARDE Y UNOS MINUTICOS MÁS, ME ENCONTRABA LLENANDO UN CRUCIGRAMA EN LA CELDA, SENTADO EN UNA SILLA, VI CUANDO JOSÉ ARNOLDO PASÓ POR EL FRENTE MÍO Y SE ACOSTÓ EN LA CAMA, AL RATICO YO LO ESCUCHE RONCAR, PENSÉ QUE SE HABÍA DORMIDO, UNOS MINUTOS DESPUÉS EL INTERNOS GEOVANI AGREDO QUE ESTABA ACOSTADO EN LA CAMA, TAMBIÉN ESCUCHÓ LOS RONQUIDOS Y SE ASOMÓ A VER QUÉ PASABA, CUANDO ME DICE A MI "QUE LE PASARA A ESTE SEÑOR QUE ESTA "MIADO" (ORINADO)" ENTONCES DIJIMOS "ESTA COMO ENFERMO, LLAMEMOS AL COMANDO, ERAN MÁS O MENOS COMO LAS 6 Y CUARTO DE LA TARDE, FUIMOS A LLAMAR AL COMANDANTE DEL PATIO, GOLPEÁBAMOS LA REJA PARA INFORMARLE QUE HABÍA UN INTERNO ENFERMO, YO ME DEVOLVÍ A BUSCAR A UN INTERNO QUE A VECES MANEJA LAS LLAVES DE LA REJA PORQUE ES ASEADOR, CUANDO IBA SUBIENDO A BUSCARLO YA VENÍA EL COMANDANTE CON LA CAMILLA Y NO SE DEMORARON NADA EN BAJARLO EN LA CAMILLA." (Cita original del documento)

- En Formato de entrevista rendida por Giovanni Agredo Ceballos -compañero de celda- ante funcionarios de Policía Judicial al servicio de la Fiscalía General de la Nación datada 23 de noviembre de 2013, se manifestó (fls. 124-125, cdo. 1):

"HOY COMO A LAS SEIS Y CINCO O SEIS Y DIEZ, YO ESTABA EN MI CAMA EN LA CELDA 12 DEL PATIO QUINTO A (SIC), VI PASAR A JOSÉ ARNOLDO (JOSÉ ARNOLDO MEDELLÍN CASTRO) QUE ESTABA LAVANDO ROPA EN EL BAÑO Y SE ACOSTÓ EN LA CAMA DE ÉL, AL RATO LO ESCUCHÉ RONCAR MUY DURO, ME ASOMÉ A LA CAMA DE ÉL Y LO VI ECHANDO BABA Y COMO MOJADO EN LA PARTE BAJA DEL PANTALÓN, COMO MIADO" (ORINADO), ENTONCES CON OTRO SEÑOR DE LA CELDA QUE SE LLAMA FABIO BAJAMOS A LLAMAR AL PABELLONERO..."

- En el Formato de entrevista rendida por Jhonatan Flórez Rico -compañero de celda- ante funcionarios de Policía Judicial al servicio de la Fiscalía General de la Nación datada 04 de marzo de 2014, se manifestó:

"ese día yo subí a la celda 12 donde vivía con José Arnoldo y seis personas más, eran como las cuatro y media de la tarde, José Arnoldo estaba recostado, yo lo vi muy bien y no note nada raro, yo ya me salí para el pabellón a hablar con los compañeros, cuando ya iban siendo las seis de la tarde vi que salieron corriendo dos personas de la celda El Chavo y Patiño, los cuales se fueron hasta la reja a avisarle al guardia que el señor José Arnoldo se estaba muriendo... yo me fui a asomar a la celda y vi a don José Arnoldo acostado en la cama, respirando muy fuerte y botando babaza por la boca y lo vi como morado también..."

Informe si llegó a conocer sobre problemas que haya tenido el señor... con otros internos del patio... No, nunca, ese señor era muy serio, no se metía con nadie de ahí del patio.

Informe si tiene conocimiento de que posiblemente la muerte del señor... se halla presentado por acción de un tercero... No nunca, todos los de la celda son bien, él nunca tuvo problemas con nadie de la celda, el ese día por la mañana estuvo vomitando y bajo donde el amigo con el que mantenía y le dijo que se sentía mal, el mando solicitud para sanidad y no lo sacaron para atenderlo..." (fls. 162-163, cdo. 1)

- En el Formato de entrevista rendida por Ángel Albeiro González Canaria - funcionario del INPEC ante funcionarios de Policía Judicial al servicio de la Fiscalía General de la Nación datada 05 de mayo de 2014, se manifestó:

"yo me encontraba de servicio de pabellonero en el patio 5 A y 5 B de la cárcel donde le entrego el puesto a las 18:00 horas a mi compañero Dragoneante Soto Marín Luis Alberto sin novedad especial y me fui a descansar en los alojamientos de la misma cárcel para recibir turno a las 00:00 horas; y ya cuando recibí turno nuevamente a esa hora con la novedad de un interno en defunción del patio 5A, ya que le había dado al parecer unos ataques epilépticos y fue trasladado al hospital más cercano; donde en horas de la noche el interno fallece, eso fue todo lo que paso." (fls. 187-188, cdo. 1)

- En el Formato de entrevista rendida por Juan David Cardona Franco -Auxiliar de Enfermería Inpec- ante funcionarios de Policía Judicial al servicio de la Fiscalía General de la Nación datada 15 de mayo de 2014, se manifestó:

"me encontraba en la IPS CAPRECOM IMPEC(sic) en consulta prioridad cuando golpean la puerta y veo que llegan cuatro internos cargando una camilla y en ella un interno acostado, ellos manifestaron que le dio un ataque se observa el interno inconsciente la cabeza y el rostro con equimosis (morado la cara) se le verificó el pulso y no tenía, de inmediato se procede a realizar masaje cardiaco y con los mismos internos de inmediato salimos a la parte externa de la cárcel y lo subimos al bus del IMPEC (sic), donde inmediato es llevado a Santa Sofia y es entregado al equipo médico de urgencias...él no tenía historia clínica y no había manifestado estar enfermo...". (fls. 189-190, cdo. 1)

- En el Formato de entrevista rendida por Luis Alberto Soto Marín -funcionario del INPEC- ante funcionarios de Policía Judicial al servicio de la Fiscalía General de la Nación datada 05 de mayo de 2014, se manifestó:

"para esa fecha yo me encontraba de pabellonero en el patio 5a y 5b, ya siendo las 18:15 horas, estando yo en el patio 5b escuche el llamado de unos internos del patio 5 que estaban pidiendo ayuda de inmediato me dirigí hasta este patio, en el cual algunos internos me manifestaban que había un interno al parecer tenía unos ataques epilépticos, de inmediato yo abrí la reja del pabellón para que ellos tomaran la camilla y subieran

hasta la celda y lo sacaran en camilla, después de esto lo sacaron hasta la reja donde lo llevan para sanidad y hasta allí tuve contacto con el interno". (fls. 191-192, cdo. 1)

- En el Formato de entrevista rendida por Julián Andrés García Loaiza -compañero de celda- ante funcionarios de Policía Judicial al servicio de la Fiscalía General de la Nación datada 19 de mayo de 2014, se manifestó:

"yo estaba haciendo el aseo de la celda que compartía con el señor, después de terminar de hacer aseo cerré la cortina y me quede entre dormido unos 15 ó 20 minutos mientras el señor Arnoldo que está atravesando en la cama y votando saliva por la boca, también estaba como orinado el pantalón, debido a eso yo me asuste y me levante asustado porque lo vi como mal, entonces le moví los brazos para que reaccionara, pero él no reaccionaba entonces yo salí gritando para que me ayudaran pero ya venían dos compañeros más de pedir auxilio, entonces nos devolvimos nuevamente a gritarle a la guarda ya que no nos habían escuchado, ya en el segundo llamado nos escucharon y abrieron la reja de la entrada principal del pabellón, para que entráramos por una camilla y fue cuando lo ayude a llevar junto con otros internos y lo llevamos hasta sanidad, estando en sanidad duro (sic) como 5 o 6 minutos más o menos y nos dicen que lo montemos al bus del IMPEC (sic) para llevárselo a la clínica de santa Sofía... él no tenía problemas con nadie... pues la convivencia era muy buena nos respetábamos las cosas." (fls. 193-194, cdo. 1)

- En el Formato de entrevista rendida por José Lucio Mauna Fernández -compañero de celda- datada 19 de mayo de 2014 en la que manifestó:

"yo vi cuando CASTRO llamo de los teléfonos del pasillo a la casa de él, hablo (sic) como tres minutos creo yo, luego se entró a la celda, entró al baño y lavo un tendido, después se sentó en el borde del camarote se recostó contra la pared y empezó a roncar, como yo pensé que él estaba dormido me puse a ver televisión, pasados diez minutos un compañero que le dicen el CHAVO el cual se llama GEOVANI AGREDO CEBALLOS vio que CASTRO estaba orinado, entonces nos llamó a todos los de la celda y dijo "CASTRO ESTA MUY ENFERMO PORQUE SE ORINO EN LOS PANTALONES" en ese momento entraron personas de otras celdas y llamaron a la guardia para que entraran, pasados unos minutos entro (sic) la guardia lo subieron a una camilla y lo sacaron, pero cuando lo sacaron ya estaba como muerto porque estaba morado, yo seguí en la celda hasta que me quede dormido...". (fls. 195-196, cdo. 1)

3. Régimen de responsabilidad aplicable

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del CPACA, que consagra el medio de control de reparación 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 procesales⁵.

En el caso concreto, las imputaciones jurídicas de la demanda, realizadas en contra del Inpec, aluden al daño causado por lo que se alega fue una "*...omisión en el deber de custodia y vigilancia a cargo del INPEC y la omisión en su deber de prestar seguridad y garantizar la vida e integridad del recluso, toda vez que la autoridad carcelaria permitió el estrangulamiento manual de que fue objeto el interno que se encontraba bajo su cuidado...*" (v. 252, cdo. 1A).

Al respecto, el *a quo* consideró que el escenario esbozado debía ser analizado desde el título de imputación de *falla probada*, tomando como base la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado, el 18 de mayo de 2017⁶, haciendo especial énfasis en el apartado que citó en los siguientes términos:

"La jurisprudencia de la Corporación ha modificado paulatinamente el título de imputación bajo el cual se gobiernan los casos en que resulte herido o muerto un recluso o un detenido dentro de un centro carcelario o penitenciario que se encuentra bajo la guarda de la autoridad competente, para el cumplimiento de la condena penal que se haya impuesto o la medida de aseguramiento que se haya determinado para garantizar el curso normal del proceso penal correspondiente. Bajo esta perspectiva, en un principio se aplicó la falla presunta del servicio en atención a que:

"(...) [E]n casos como este estamos frente a una obligación de resultado y no de medio por parte de la administración, la cual debe indistintamente controlar, vigilar e inspeccionar el desarrollo de las actividades internas; y, si es necesario para la

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 14 de agosto de 2008. Rad.: 47001-23-31-000-1995-03986-01(16413).

⁶ Sección Tercera, Rad. 68001-23-31-000-2003-00450-01 (37497) C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

adecuada prestación del servicio, vincular mayor número de personas que colaboran con el cumplimiento de este cometido (...)”.

Posteriormente surgió un cambio respecto a la forma como las autoridades carcelarias cumplen los cometidos obligacionales en cuanto a la protección y seguridad que deben brindar a los internos de los centros penitenciarios y carcelarios; es por ello que se aplicó en diversas decisiones la falla probada en el servicio como criterio de imputación, considerando, en términos generales, que tales autoridades tiene a su cargo dos obligaciones concretas: i) la custodia y ii) la vigilancia y en el evento en que ocurra una lesión o se cause la muerte de un recluso o un detenido, el Estado es responsable de tal daño por cuanto quebranta por omisión los deberes que le han sido impuestos.

Ahora bien, en diferentes ocasiones esta Corporación ha enmarcado la responsabilidad del Estado bajo el título de responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta las condiciones en que se encuentran las personas privadas de la libertad y conforme al artículo 90 de la Constitución Política, pues en estos casos se presentan relaciones especiales de sujeción.

De acuerdo con lo anterior y en atención con los precedentes de la Sala que hoy atienden la responsabilidad del Estado conforme al régimen objetivo, la misma se sustenta en la tesis de “condiciones especiales de sujeción”, en el entendido que:

“(...) [E]l hecho de que una persona se encuentre internada en un centro carcelario implica la existencia de subordinación del recluso frente al Estado. Dicha subordinación produce, como consecuencia, que el recluso se encuentre en una “condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta”, de la que se hace desprender una relación jurídica especial que se sustenta en la tensión entre la restricción, limitación o modulación y el respeto de los derechos del recluso, con especial énfasis por la tutela del derecho a la vida y a la integridad personal, los cuales no se limitan o suspenden por la propia condición o situación jurídica del recluso (...)” .

Sin embargo, para la Sala no es del todo descartable que los daños sufridos por reclusos o detenidos puedan ser imputados con fundamento en el régimen de falla probada en la prestación del servicio, pues en muchos casos logra probarse el incumplimiento de los deberes de protección que se encuentran radicados en cabeza del Estado.

En ese sentido, la prueba recaudada debe permitir demostrar que la entidad demandada omitió poner en funcionamiento los mecanismos necesarios para evitar la ocurrencia de los daños a la persona privada de la libertad, concretándose en una negligencia en el cumplimiento de sus deberes legales.” (v. fl. 667, cdo. 1B) (Subrayado y negrillas según se efectuaron por el a quo en la cita referenciada)

Sin embargo, la interpretación dada por el a quo a la sentencia en cita es desacertada, pues como la misma lo expresa, el H. Consejo de Estado “...ha enmarcado la

responsabilidad del estado bajo el título de responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta la condiciones en que se encuentran las personas privadas de la libertad y conforme al artículo 90 de la Constitución Política, pues en estos casos se presentan relaciones especiales de sujeción”.

No se comparte la acotación efectuada por el *a quo* en sentido contrario, con base en un apartado de dicha providencia, según el cual: *“no es del todo descartable que los daños sufridos por reclusos o detenidos puedan ser imputados con fundamento en el régimen de falla probada...”*, pues como lo señala dicha sentencia, para la aplicación del régimen de falla probada: *“la prueba recaudada debe permitir demostrar que la entidad demandada omitió poner en funcionamiento los mecanismos necesarios para evitar la ocurrencia de los daños a la persona privada de la libertad, concretándose en una negligencia en el cumplimiento de sus deberes legales”.*

En tal sentido, es claro que no puede darse aplicación al régimen de *falla probada* para imponer en cabeza de los afectados con los daños sufridos por los reclusos, el requisito *sine qua non* de demostrar la omisión por parte de las entidades encargadas del cuidado de aquellos, pues tal situación les asigna una obligación de muy difícil cumplimiento, esto es, una suerte de *“prueba diabólica”* con miras a que sean los familiares o afectados con el fallecimiento de un recluso quienes deban demostrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se dieron al interior de un centro de reclusión.

Al punto, resulta pertinente la sentencia del 28 de abril de 2010⁷ como antecedente del desarrollo jurisprudencial efectuado por el H. Consejo de Estado en la materia:

“...la Sala ha considerado que el régimen de responsabilidad que procede es el objetivo, en el cual dicha responsabilidad surge independientemente de la conducta de la entidad demandada, por el solo hecho de que una persona confinada en un establecimiento carcelario por cuenta del Estado, pierda la vida o sufra lesiones en su integridad física, de tal manera que la Administración no podrá eximirse de responsabilidad mediante la aportación de pruebas tendientes a acreditar que cumplió las obligaciones a su cargo y que no incurrió en falla del servicio; sólo podría desvirtuar tal responsabilidad, mediante la comprobación de una causa extraña.

No obstante lo anterior, la Sala considera que, además de operar la responsabilidad objetiva como título de imputación general en esta clase de eventos, cuando surja comprobada dentro del proceso una falla del servicio como causante del hecho dañoso por el cual se reclama -lesiones físicas o deceso de una persona detenida o privada de su libertad-, es necesario evidenciarla en la sentencia que profiera esta Jurisdicción, para efectos de que la Administración tome nota de sus falencias y adopte los correctivos que considere necesarios, por cuanto para deducir la responsabilidad de la

⁷ Criterio que fue ratificado en la sentencia del 9 de mayo de 2012, Sección Tercera, Subsección C, CP: Olga Mérida Valle de la Hoz, expediente No. 23024.

Administración, basta que el daño se haya producido respecto de una persona privada de la libertad y puesta bajo su tutela y cuidado.

*Es claro entonces, que mientras en la generalidad de los casos en los que se comprueba la falla del servicio, la Administración puede eximirse de responsabilidad mediante la comprobación, no sólo de una causa extraña, como sería la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero, sino también a través de la prueba de su obrar prudente y diligente en el exacto cumplimiento de las obligaciones y deberes a su cargo, en estos casos específicos de daños a personas privadas de la libertad, por tratarse de eventos de responsabilidad objetiva, la única forma en que la Administración se puede liberar de la responsabilidad que surge a su cargo, es precisamente a través de la comprobación de una causa extraña*⁸. (Negrillas extra-texto)

Así, en este tipo de asuntos, en los que se demanda la responsabilidad del Estado por daños ocasionados a reclusos, el régimen de falla del servicio probada debe ser evaluado cuando dicha falla surja del material probatorio obrante en el plenario⁹, mas no, se itera, con miras a imponer a los afectados la obligación de probar dicha falla como único modo de obtener la reparación de los perjuicios que le pudieron ser causados, pues no puede desconocerse de tal modo el amplísimo desarrollo efectuado tanto por el H. Consejo de Estado -el cual se relata precisamente en la sentencia en que el *a quo* basó su decisión - respecto de las especiales relaciones de sujeción y las obligaciones que de ellas surgen en cabeza del Estado.

Así las cosas, atendiendo a que no se discute, ni se observa del material probatorio una falla del servicio, que permita encajar el *sub iudice* a partir de este título de imputación, considera la Sala como lo alegó la parte actora en su escrito de apelación, que el presente asunto debe ser valorado desde un régimen de responsabilidad objetiva, por lo que debe ahora analizarse si el daño es imputable o no a la entidad demandada.

4. Imputación del daño

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

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 28 de 2010, rad 18271, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹ Cabe señalar -advirtiendo que no es este el caso- que, de otra parte, se tienen aquellos asuntos de muerte o lesiones a reclusos con ocasión de la prestación de servicios de salud, en los cuales se ha establecido por la jurisprudencia de esta jurisdicción la aplicación del régimen de falla del servicio probada -V. Entre otras, sentencia del 10 de agosto de 2001, Sección Tercera. Rad.: 50001-23-31-000-1994-4506-01(12947) y sentencia de 29 de marzo de 2019 de la misma sección Rad.: 76001-23-31-000-2004-02167-01(43683).

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

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

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

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera “(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario– un específico título de imputación (...)”¹¹.

En tal sentido, la Sala sostendrá la tesis de que el daño antijurídico cuyo resarcimiento se deprecia, esto es, el fallecimiento del señor José Arnoldo Medellín Castro no resulta imputable al actuar de la entidad accionada, pues el mismo fue originado en un evento de fuerza mayor, como fue una afectación de salud intempestiva, imprevisible e insuperable que dio lugar al deceso de dicho recluso.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

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

Para fundamentar lo expuesto, a continuación se analizará: i) la fuerza mayor como eximente de responsabilidad y ii) su configuración en el caso concreto:

4.1. La fuerza mayor como eximente de responsabilidad

En nuestro ordenamiento jurídico esta figura fue definida legalmente por el artículo 1º. de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil al señalar: *“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*, normativa que no define diferencias entre la fuerza mayor y el caso fortuito, por lo cual, han sido la jurisprudencia y la doctrina las que han contribuido a delimitar las características y diferencias entre dichas figuras.

Para el caso de la fuerza mayor la doctrina foránea la define como el *“acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar”*¹². *“es un caso constitutivo de fuerza mayor el evento que presenta las tres características siguientes: exterioridad (respecto del demandado), imprevisibilidad (en su ocurrencia) e irresistibilidad (en sus efectos)”*¹³.

Por su parte el H. Consejo de Estado delimita este eximente de responsabilidad al señalar que: *“La fuerza mayor sólo se demuestra:... mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña) que debe ser imprevisible e irresistible”* *“En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no sólo debe ser irresistible, sino también imprevisible”* y *“además de imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito...”*¹⁴

Desde estos aspectos, dicha Corporación concretó tres características esenciales y concurrentes de la fuerza mayor como evento de rompimiento de la imputación entre el daño y la eventual responsabilidad estatal generada en la acción u omisión de entidades públicas señalando¹⁵:

“Para efectos de la distinción, y de acuerdo con la doctrina¹⁶ se entiende que la fuerza mayor debe ser:

1) Exterior: esto es que *“está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aun indirectamente por la actividad del ofensor”*.

¹² Concepción Rodríguez, Derecho de Daños, Editorial Bosch, 2ª Edición, 1999, p. 85, -en mención al doctrinante francés Ludwig Enneccerus-

¹³ René Chapus. Droit Administratif General. Ediciones Montchrestein. París, 1997, p. 1122.

¹⁴ V. Sentencias del 15 de junio de 2000, expediente 12423 y del 27 de noviembre de 2002, expediente 13090.

¹⁵ Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2004, expediente: 13833. C.P. German Rodríguez Villamizar.

¹⁶ Cita de cita: Peirano, Jorge. Responsabilidad Extracontractual. 3ª ed. Temis. Bogotá. 1981. Págs. 451 a 459.

2) Irresistible: esto es que ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho”

3) Imprevisible: cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo¹⁷.”

Sobre estos elementos, la citada Corporación ha desarrollado una línea jurisprudencial ya cimentada y pacífica en los siguientes términos¹⁸:

“En primer lugar, la irresistibilidad alude a la “imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo ³/₄pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados³/₄.”¹⁹

La irresistibilidad no supone que la mera dificultad se erija en imposibilidad total, no obstante, “ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano”. Así, en cada caso el Juez deberá interpretar “La imposibilidad de ejecución (...) de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida”²⁰.

Por su parte, la imprevisibilidad de la causa extraña alude a la condición de imprevista de la misma, con lo cual será requisito indispensable que se trate “de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia”²¹. En este sentido, el Consejo de Estado ha sostenido que “resulta mucho más razonable entender por imprevisto aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia”²².

En tercer lugar, la exterioridad de la causa extraña respecto del demandado “se

¹⁷ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de noviembre de 1962.

¹⁸ Sección Tercera, sentencia de 22 de enero de 2014, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 26.956

¹⁹ Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16.530, y Sentencia de 26 de mayo de 2010, Exp. 18800.

²⁰ Cita de cita: Nota original en la sentencia Citada: Robert, André, Les responsabilites, Bruselas, 1981, pág. 1039, citado por Tamayo Jaramillo, Javier, Tratado de responsabilidad civil, cit., pág. 19.

²¹ Cita de cita: Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1.982, Gaceta Judicial, tomo CLXV, pág. 21.

²² Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16.530.

concreta en que el acontecimiento y circunstancia que (se) invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente (...) la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada”²³. (Negrilla extra-texto).

En resumen, para que se configure la fuerza mayor se debe probar la existencia de **(i)** un hecho externo no imputable de modo alguno por acción u omisión al devenir de la actividad administrativa en ejercicio de la cual se generó el daño; **(ii)** no contemplable con anterioridad a su ocurrencia -dentro de las condiciones normales que atañen al caso particular-; y **(iii)** cuyos efectos no podían ser evitados a pesar de haberse procedido en el marco de la actuación razonablemente exigible al agente estatal en el escenario particular.

4.2. Fuerza mayor en el caso concreto

Del análisis de las pruebas aportadas se colige que, la existencia de la muerte provocada por asfixia manual, no paso de ser una hipótesis inicial planteada por el funcionario de medicina legal que realizó el informe de necropsia del cadáver, al señalar: *“Probable homicidio, aunque deberá ser la autoridad judicial quien con la investigación corrobore o anule esta hipótesis”* (fls. 129-135, cdo. 1); empero que carece de otros elementos probatorios que permitan arribar a tal conclusión.

Por el contrario, dicha hipótesis es rebatida con la historia clínica suscrita por la galena tratante del Hospital Santa Sofía E.S.E. que atendió la situación, en la cual se anota como diagnósticos del fallecimiento *“PARO RESPIRATORIO”* y *“PARO CARDIACO NO ESPECIFICADO”*.

Afirmación que además fue soportada en las pruebas aportadas tanto por la parte actora como por la entidad demandada y que en su momento fueron recaudadas por los agentes de Policía Judicial al servicio de la Fiscalía General de la Nación y que conllevaron a que dicha entidad emitiera orden de archivo, ante la imposibilidad de continuar la investigación penal con base al material recaudado (v. fl. 207-215, cdo. 1).

Dentro de dichas pruebas se destacan: las declaraciones de los señores Julián Andrés García Loaiza, Fabio Patiño, Giovani Agredo Ceballos, Jhonatan Flórez Rico, Julián Andrés García Loaiza, José Lucio Mauna Fernández, compañeros de celda del fallecido quienes relataron, como aquel presentó una afección en su estado de salud en un lapso relativamente corto -cerca de 30 minutos-, pasando de hacer unas llamadas telefónicas a recostarse en su celda y finalmente a presentar *“ronquidos”, “babaza”, “micción en su ropa”, “coloración inusual en su rostro”,* razón por la cual fue llevado por varios internos al servicio de salud del centro de reclusión, desde donde fue trasladado al centro de salud más cercano.

²³ Cita de cita: *Ibidem*.

En tal sentido, para la Sala toma mayor fuerza probatoria lo consignado en la historia clínica de atención del paciente, suscrita por los profesionales de la E.S.E. Hospital Santa Sofia de Caldas, en la cual se consignó evidenciar en el recluso “CUELLO CON LIVIDECES SIN SIGNOS DE TRAUMA MOVILIZACIÓN DE CUELLO NORMAL” y signos de “PARO CARDIO RESPIRATORIO” diagnosticándose “PARO RESPIRATORIO” y “PARO CARDIACO NO ESPECIFICADO”. (Se resalta)

En este orden de ideas, de acuerdo con el material obrante en el proceso se concluye que, el fallecimiento del señor José Arnoldo Medellín Castro tuvo como origen los diagnósticos de “PARO RESPIRATORIO” y “PARO CARDIACO NO ESPECIFICADO”, por causas naturales, por lo que su deceso encaja dentro de los postulados de un evento de fuerza mayor, que cuenta con la potencia para romper o impedir la imputación del daño al actuar de la entidad accionada, en tanto:

- (i) El fallecimiento tuvo como causa una situación externa no imputable de modo alguno por acción u omisión al devenir de la actividad administrativa del Inpec, pues aquel falleció por cuenta de un evento de salud originado en causas naturales.
- (ii) Dicho fallecimiento intempestivo no era previsible para la entidad accionada, pues no se acreditó por modo alguno que el señor José Arnoldo Medellín Castro tuviese antecedentes o atenciones médicas que permitieran inferir o prever con algún grado de razonabilidad que este sufriría un evento de salud de la magnitud que se presentó el día de su deceso.
- (iii) Al momento de presentarse la afectación en la salud del referido recluso el desenlace falta fue insuperable, pues a pesar de que se actuó en la forma que razonablemente es exigible a la entidad, -traslado a urgencias del centro de reclusión y remisión inmediata al centro de salud más cercano-, el fallecimiento fue inevitable.

Cabe destacar en este punto que, la fuerza mayor no requiere la existencia de un evento extraordinario o descomunal pues si bien, el artículo 1° de la Ley 95 de 1890 aporta varios ejemplos de fuerza mayor o caso fortuito, tales como el naufragio, el terremoto, el apresamiento de enemigos, no puede considerarse que sólo hechos de tal naturaleza que revisten las características de espectacularidad y rareza, pueden constituir fuerza mayor; pues como se ha afirmado por la doctrina en apoyo al desarrollo jurisprudencial sobre la materia,

“bien vistas las cosas, el devenir permanente del universo puede constituir fuerza mayor, aunque el fenómeno que lo engendra sea el más intrascendente y el más repetitivo. En realidad, para que un acontecimiento pueda argumentarse como causal de fuerza mayor basta que sus efectos sean imprevisibles, irresistibles y que la causa no sea imputable al agente; poco importa la forma y características exteriores que revista.

*Así, si un paciente se muere en medio de la operación sin que haya de por medio culpa del médico, habrá que decir que **el paro del corazón que causó la muerte es una fuerza mayor, pues es una causa mortal, no imputable al médico y cuyos efectos fueron imprevisibles e irresistibles.***

Todo el complejo mundo fenoménico es susceptible de generar fuerza mayor; ya habíamos dicho que todos los fenómenos que contribuyen a la causación de un resultado dañoso, constituyen fuerza mayor si ninguno de ellos le es imputable al agente.”²⁴. (Se resalta)

Incluso pese a que algunas de las pruebas recaudadas advirtieron sobre, oír al señor Medellín Castro manifestar dolencias para la data de su deceso y haber solicitado atención médica, las probanzas sobre el particular no pasan de dichas aseveraciones, lo cual impide afirmar con certeza la existencia de una posibilidad de prever o evitar su fallecimiento.

En tal sentido se concluye que, el daño cuyo resarcimiento se deprecia, esto es, el fallecimiento del señor José Arnoldo Medellín Castro no resulta imputable al Inpec, dado que se probó que dicho daño antijurídico tuvo como causa un evento de fuerza mayor.

Así, se halla respuesta negativa al problema jurídico planteado como igualmente lo hizo el *a quo*, empero por las razones aquí expuestas, lo que impone confirmar el fondo de la sentencia recurrida.

5. Costas

Atendiendo al criterio objetivo valorativo no se condenará en costas de segunda instancia advirtiendo que, no se encuentran acreditadas, toda vez que la parte demandada no incurrió en gastos procesales y no intervino a través de apoderado judicial ante esta instancia.

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE empero con base a los argumentos aquí expuestos la sentencia proferida por el 25 de octubre de 2019 por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, mediante la cual se denegaron las súplicas formuladas en la demanda que por el medio de control de reparación directa impetraron Alba Myriam Ramírez Salazar y Otros contra el Instituto Nacional Penitenciario Y Carcelario – Inpec.

²⁴ *Las Causales De Exoneración En La Responsabilidad Civil. Segunda Parte. "La Fuerza Mayor, El Caso Fortuito Y El Hecho De Un Tercero"*, Javier Tamayo Jaramillo, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas la Universidad Pontificia Bolivariana, ISSN 0120-3886, N.º. 58, 1982, PÁGS. 69-103.

SEGUNDO: SIN COSTAS.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 048 de 2020.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 339

Manizales, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17-001-33-39-006-2016-00141-02

Naturaleza: Reparación Directa

Demandante: Diego Hernando Castrillón Giraldo y otros

Demandado: E.S.E. Hospital San Félix de la Dorada.

I. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia emitida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, mediante la cual se denegaron sus pretensiones.

II. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicitó la parte demandante, en síntesis, se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la ESE Hospital San Félix de La Dorada - Caldas, por los daños antijurídicos causados, a partir del procedimiento quirúrgico realizado al señor Diego Hernando Castrillón Giraldo y, en consecuencia, se le ordene pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir los perjuicios morales (estimados en 100 S.M.L.M.V.) y el daño a la salud (estimada en 400 S.M.L.M.V.).

1.2. FUNDAMENTO FACTICO

Expuso que, el 28 de mayo de 2014, al señor Diego Hernando Castrillón Giraldo, le fue practicado el procedimiento quirúrgico denominado “colecistectomía”, y por negligencia del doctor Fidel Castro García, le fue amputada la “vía biliar a nivel del colédoco supraduodenal”.

Que como consecuencia de lo anterior, fue necesario practicar procedimiento

quirúrgico de reconstrucción de la vía biliar, intervención que fue realizada con carácter urgente en el Hospital San Félix de La Dorada, toda vez que no se realizó el trámite administrativo para el traslado del paciente a un hospital de más alto nivel, y solo con una acción de tutela se logró el traslado al Hospital Santa Sofía de Manizales, un mes después de haberse practicado la cirugía de extracción de vesícula biliar.

Que como consecuencia de dicha lesión, el señor Castrillón muestra en la actualidad secuelas tanto físicas, estéticas y morales de carácter permanente. Que el daño anatómico es la alteración del hígado en su forma y constitución, que deja vías hepáticas que no son naturales y fibrosis que a la larga deterioran la función como órgano.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Señaló como fundamentos normativos, la Constitución Política, artículos 1, 2, 5, 6, 28, 29, 42, 44, 90, 124, 216, 218 y 365; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 3 y 8; Carta Internacional sobre Derechos Humanos artículos 5, 9 y 11. Adicionalmente, transcribió apartes de sentencias proferidas por el Consejo de Estado.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La ESE Hospital San Félix de La Dorada señaló, es cierto que, a través de uno de sus funcionarios, realizó el procedimiento quirúrgico al actor, no obstante, no es posible derivar la existencia de negligencia e impericia teniendo en cuenta que el procedimiento médico se ajustó a los parámetros correspondientes.

Que los actos médicos descritos en la historia clínica demuestran que cumplieron con los criterios de accesibilidad, oportunidad, seguridad y pertinencia; adicionalmente fueron realizados intentos por conseguir la remisión para cirugía hepatobiliar de III nivel y debido a la falta de respuesta por la EPS y circunstancias ajenas a la voluntad de la ESE, se obtuvo la remisión al Hospital Santa Sofía solo un mes después de haberse ordenado.

Con base en los anteriores argumentos, formuló las excepciones de mérito que denominó: 1) *"Prescripción"*; 2) *"Inexistencia del daño a la vida en relación"*; 3) *"Reducción de la tasación de los perjuicios"*; 4) *"Reducción de la tasación de los perjuicios daño a la salud"*; 5) *"Inexistencia de prueba de daño"*; 6) *"Ausencia en la falla del servicio"* y 7) *"Imposibilidad de aplicar el régimen objetivo de responsabilidad"*.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dispuso negar las pretensiones de la parte demandante y condenarla en costas. Para dar base a la decisión adoptada realizó un análisis fáctico, probatorio y

jurisprudencial del caso para concluir que, si bien la parte actora probó el daño entendido como una lesión en la vía biliar producida en la colecistectomía que le fue realizada al señor Diego Castrillón Giraldo, ello no es imputable a la entidad demandada, toda vez que no fue demostrado que el resultado fuera atribuible por la deficiente prestación de los servicios médico o por mala praxis.

En cuanto a la posible falla en el servicio por la tardanza en la remisión del paciente a un tercer nivel de complejidad, la ESE Hospital San Félix acudió al protocolo establecido para la referencia y contrarreferencia del paciente, por lo que concluyó que por esa circunstancia no era posible establecer responsabilidad alguna a esa entidad.

4. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte actora** censuró el fallo aduciendo que, existe una falta de objetividad en la apreciación de las pruebas, ya que solo fue tenido en cuenta el testimonio del doctor Jairo Alberto Amín Sanabria, quien es médico de la ESE Hospital San Félix, por lo que considera que existen sentimientos de solidaridad y vínculo laboral.

Señaló además que, al señor Diego Castrillón Giraldo con el daño a su salud, fue disminuida su expectativa de vida, que en la actualidad padece dolores a diario, además de la profunda tristeza suya y de su familia, por lo que el *a quo* no tuvo en cuenta todo el padecimiento que el demandante tuvo.

Que no comparte los fundamentos de la Juez de primera instancia, con los cuales no aceptó la tacha del testimonio rendido por Jairo Alberto Amín Sanabria, indicando que el fundamento fue con base en jurisprudencia, lo cual no siempre tiene fuerza vinculante, más aún, cuando –a su juicio, fue evidente la parcialidad del médico, dirigida a la protección de los intereses de la ESE Hospital San Félix.

Por otro lado, sostuvo que en el proceso fue acreditado el daño antijurídico, sin embargo, manifestó no entender por qué razón no fue imputado dicho daño a la demandada, asegurando que fue demostrado que hubo una amputación de las vías biliares, por falta del deber de cuidado del cirujano que practicó el procedimiento, el cual no tenía la experiencia profesional para realizar dicha intervención.

Censuró la fijación de las agencias en derecho, aduciendo que el fallo no tuvo en cuenta los padecimientos sufridos por el actor, así como su situación laboral y su situación económica, además que en la actualidad no cuenta con trabajo.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **E.S.E Hospital San Félix** manifestó que, los elementos de la responsabilidad por falla en el servicio, no se encuentran demostrados en el proceso, toda vez que no

existió un daño producido por la entidad, por lo que las pretensiones no están llamadas a prosperar. Que los servicios médicos fueron prestados en forma oportuna y correcta; que las complicaciones padecidas se constituyen en un riesgo inherente a una cirugía de colecistectomía. Destacó que en repetidas oportunidades la entidad requirió a la EPS para ubicar al paciente en un nivel superior de complejidad.

Finalmente señaló que la parte demandante no cumplió con la carga de demostrar los elementos de la responsabilidad, por lo cual debe ser absuelta la ESE Hospital San Félix de la Dorada.

Los demás sujetos procesales no efectuaron pronunciamiento.

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

La Sala es competente para decidir el recurso de apelación con fundamento en lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. CUESTIÓN PREVIA

Se observa que, en el escrito de apelación presentado por la parte demandante, plasmó petición que rubricó así: “*SOLICITUD DE PRUEBA DE OFICIO*”, la cual consiste en decretar testimonio del médico especialista que realizó el procedimiento de reconstrucción de la vía biliar al señor Diego Hernando Castrillón.

Se advierte que dicha solicitud es abiertamente improcedente, toda vez que no fue presentada dentro de la oportunidad y con los requisitos que establece el artículo 212 del CPACA¹. Adicionalmente la Sala, no considera necesaria decretarla de oficio, para resolver el recurso de apelación que nos ocupa.

3. PROBLEMAS JURÍDICOS

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

¹ *En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos: 1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia. 2. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento. 3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos. 4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. 5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.*

¿El daño² sufrido por el señor Diego Hernando Castrillón Giraldo, es imputable por la acción u omisión de la ESE Hospital San Félix de la Dorada?

¿Existió una indebida valoración probatoria por parte del Juzgado de primera instancia?

¿Se encuentra debidamente valorada la imposición de costas y agencias en derechos en el fallo de primera instancia?

4. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Tesis del Tribunal: El daño sufrido por el señor Diego Hernando Castrillón Giraldo no es imputable a la acción u omisión de la ESE Hospital San Félix de La Dorada por cuanto: el mismo era una posible complicación inherente al procedimiento denominado colecistectomía; no se demostró que la lesión haya sido provocada por mala praxis o impericia del galeno que la llevó a cabo; y la demora en la remisión del paciente a un nivel de mayor complejidad no fue causada por la entidad aquí demandada.

Para ello, se analizarán: i) los hechos relevantes acreditados; ii) la imputación fáctica y jurídica; y iii) el análisis del caso concreto.

4.1. HECHOS RELEVANTES ACREDITADOS

- En la historia clínica de la atención prestada al señor Diego Hernando Castrillón Giraldo en la ESE Hospital San Félix de la Dorada, se destaca:

“27.05.2014 17:15 ingreso cirugía general

MC: colelitiasis – colecistitis

Enfermedad actual, paciente con cuadro clínico de un año de evolución consistente en dolo hipocondrio derecho no evidencia colelitiasis, colecistitis.

(...)

HOSPITALIZACIÓN No. 2

INFORME DE ANESTESIA

28.05.2014

DIAGNOSTICO: colelitiasis, colecistitis.

OPERACIÓN PROPUESTA: colecistectomía

(...)

INFORME QUIRÚRGICO

CIRUJANO: Dr. Fidel Castro

² La existencia del daño antijurídico del señor Castrillón Giraldo, consistente en la lesión en la vía biliar, producto de la colecistectomía que fue practicada, y que el a quo encontró probada, no es discutido por las partes en esta instancia.

ANESTESIOLOGO: Dr. León

DIAGNOSTICO PREOPERATORIO: colelitiasis más colecistitis POST
OPERATORIO: colecistectomía

INTERVENCIÓN PRACTICADA: Colecistectomía

DESCRIPCIÓN DE HALLAZGOS OPERATORIOS: previa asepsia y antisepsia bajo anestesia general, se realiza incisión tipo mediana supraumbilical que compromete piel, tejido celular subcutáneo, rafe medio, se ingresa a cavidad se visualiza vesícula aporcelanada **con múltiples adherencias**, se procede a realizar liberación de conducto y arteria cística, se pinza proximal y distal se procede a liberar vesícula hemostasia, se procede a realizar lavado de cavidad, se envía muestra a patología, sin complicación alguna, conteo de compresas y material completo .

DR FIDEL CASTRO GARCÍA (CIRUJANO GENERAL)

(...)

EVOLUCIÓN MÉDICA

29.05.2014

IDX: pos operatorio colecistectomía

Paciente refiere dolor intenso, en región de herida quirúrgica, no emesis, no picos febriles, diuresis positiva, deposición positiva.

Paciente con TA 100/70mmhg, FC 65xmin, FR 16xmin, mucosa oral húmeda, escleras anictericas, conjuntivas normocromicas, cuello sin adenopatías, ni adenomegalias, tórax simétrico, ruidos cardiacos rítmicos, no soplos, ruidos respiratorios conservados, no agregados, abdomen blando depresible, sin masas ni megalias, con herida quirúrgica que se evidencia hematoma que es drenado, no irritación peritoneal, extremidades eutróficas sin edema, neurológico sin déficit motor ni sensitivo aparente. Paciente en el momento estable clínicamente en quien se considera optimizar analgesia y continuar tratamiento antibiótico tolerancia a la vía oral para probable salida el día de mañana.

DR. JAIRO ALBERTO AMIN (CIRUJANO GENERAL)

DRA. LINA OLAYA (MÉDICA GENERAL)

29.05.2014 nota médica

Se atiende llamado paciente con dificultad respiratoria, disminución del murmullo vesicular hemitórax derecho, ordeno radiografía de tórax y terapia respiratoria más incentivo respiratorio.

DRA. LINA OLAYA (MEDICA GENERAL)

29.05.201 15:00

Paciente en el momento con TA 100/60 mmHg, FC 86Xmin, FR 16Xmin, Spo2 97%, paciente refiere sentirse dificultad respiratoria al decúbito prono sin embargo sin desaturación, paciente con radiografía que evidencia hemoperitoneo sin embargo se comenta con Dr. Castro, quien considera tomar ecografía abdominal y hemograma y revalorar.

Paciente en el momento valorado por el servicio, Dr. Castro quien considera pasar a cirugía.

DR. FIDEL CASTRO GARCÍA (CIRUJANO GENERAL)

INFORME DE ANESTESIA

29.05.2014

DIAGNOSTICO: *hemoperitoneo pos quirúrgico*

OPERACIÓN PROPUESTA: *laparotomía*

HISTORIA Y ANTECEDENTES: *paciente intervenido ayer colecistectomía, requiere hoy intervención de urgencia por posible sangrado pos quirúrgico, aceptable estado, no palidez estable hemodinamicamente.*

HALLAZGOS RELEVANTES: *solicitar UCI para pos operatorio*

RESUMEN Y PLAN: *síndrome insuficiencia respiratoria por quirúrgica.*

DR. SIMÓN LEÓN (ANESTESIÓLOGO)

(...)

INFORME QUIRÚRGICO

CIRUJANO: *Dr. Fidel Castro*

(...)

DIAGNOSTICO PREOPERATORIO: *dolor abdominal, hemo – bilioperitoneo*

POST OPERATORIO: *lesión de vía biliar probablemente más bilioperitoneo*

INTERVENCIÓN PRACTICADA: *laparotomía exploratoria más probable lesión de vía biliar.*

DESCRIPCIÓN DE HALLAZGOS OPERATORIOS: *previa asepsia y antisepsia bajo anestesia general, se realiza incisión tipo mediana supraumbilical que compromete piel, tejido celular subcutáneo, rafe medio, se ingresa a cavidad se **visualiza sangrado** en napa (en capa) de color amarillento, se visualiza lecho hepático con estigmas de sangrado y se visualiza salida de material biliar, se lava seca cavidad, se deja drenaje en lecho hepático transfixiante, se lava se seca cavidad y se **envía paciente a III nivel para manejo por cirugía tercer nivel de complejidad.***

DR. FIDEL CASTRO GARCÍA (CIRUJANO GENERAL).

30.05.2014

IDX: *síndrome de dificultad respiratoria aguda en resolución, sospecha lesión vía biliar, pos operatoria día 2 de colecistectomía.*

Paciente refiere mejoría clínica, no disnea no fiebre ni otros síntomas.

Consciente, hidratado (...) cabeza normal, tórax sin tiraje, ruidos cardiacos rítmicos, no soplos, murmullo vesicular limpio, abdomen blando con herida en línea media sin secreción, con drenaje de cavidad aproximadamente 150cc de contenido hemático, dolor a la palpación peritoneal, extremidades sin edema, neurológico sin déficit.

Paciente estable hemodinamicamente en día 1 de pos operatorio de laparotomía exploratoria, con anicterico con mejoría del patrón respiratorio posterior al procedimiento, no se descarta lesión de vía biliar aberrante tipo reckytansky aschoff. Se continúa con trámite de remisión para descartar lesión de vía biliar. Continua remisión a tercer nivel, líquidos endovenosos, nada vía oral.

DR. JAIRO ALBERTO AMIN (CIRUJANO GENERAL).

(...)

01.06.2014

IDX: Conducto biliar aberrante, posoperatoria colecistectomía, pos operatorio de laparotomía.

Paciente refiere sentirse bien, mejoría clínica no otros síntomas.

(...) herida quirúrgica limpia, peristaltismo presente, extremidades móviles, llenado capilar 1 segundo, neurológico sin déficit, escleras con leve tinte icterico.

*Paciente con estabilidad hemodinámicamente, mejoría notable, **inicia trámite de remisión para CPRE para descartar lesión de vía biliar p// remisión para CPRE, se solicita por anestesia, dieta blanda continuar igual manejo***

DR. FIDEL CASTREO GARCÍA (CIRUGÍA GENERAL)

02.06.2014

IDX: pop tardía de colecistectomía + lesión - colédoco supraduodenal

Paciente ausencia de dolor abdominal, deposición positiva, diuresis positiva,

(...)

03.06.2014

IDX: pop de colecistectomía + drenaje pasivo drenado 400 cc bilioso.

Mejoría del dolor no picos febriles diuresis positiva, deposición negativa.

(...)

Paciente estable clínicamente, con ecografía que evidencia vía biliar dilatada de 11mm, paciente continua con drenaje activo continúan trámites de remisión.

DRA. LINA OLAYA (MÉDICA GENERAL)

DR. FIDEL CASTRO GARCÍA (CIRUJANO GENERAL)

(...)

04.06.2014

IDX: pop colecistectomía, lesión de la via biliar – colédoco supraduodenal

Paciente refiere sentirse bien, niego picos febriles, dolor abdominal, deposición positiva, diuresis positiva.

(...)

*Paciente masculino con diagnósticos mencionados, en el momento estable, afebril, tolerando la vía oral, normotenso, no taquicardico, ni taquipneico, sin dolor abdominal, sin signos de irritación peritoneal, sin SIRS, llega reporte de colangiografía en la que se evidencia dilatación moderada de la vía biliar intra y extra hepática hasta la confluencia de los ductos hepáticos derecho e izquierdo, en conducto hepático común ni el colédoco, sonda de drenaje suhepática con su extremo distal en la región afectada, herida quirúrgica sin aparentes complicaciones en pared abdominal anterior epigástrica, **continua hospitalizado para manejo y seguimiento médico igual que trámites de remisión a cirugía tercer nivel, atentos a evolución del paciente.***

DR. FIDEL CASTRO GARCÍA (CIRUJANO GENERAL).

(...)

07.06.2014 paciente masculino en su día 10 de pos – operatorio de colecistectomía quien

posterior a este presentó dolor en cavidad abdominal e hipocondrio derecho, se realiza CPRE, en la cual se evidencia amputación iatrogénica de la vía biliar, actualmente asintomático (...) reporte físico normal, paciente a quien en reporte de Colangiografía Retrograda Endoscópica Retrograda CPRE, sugiere resonancia de la vía biliar, para definir manejo quirúrgico que amerita por lo cual se decide remisión a tercer nivel de complejidad. DX: pos operatorio de colecistectomía, amputación iatrogénica de la vía biliar.

07.06.2014

Paciente masculino con diagnóstico amputación iatrogénica de la vía biliar, por operatorio de colecistectomía (...) Paciente estable, sin signos de SIRS con reporte de CPRE que sugiere colangio resonancia para evaluar vía biliar proximal a la lesión y poder definir manejo quirúrgico que amerite paciente, por lo cual se remite a tercer nivel. (...)

08.07.2014

IDX: pop tardío de colecistectomía, lesión de vía biliar, colédoco supraduodenal. Paciente refiere disminución en el número de deposiciones diarreicas, afebril (...) Paciente masculino actualmente estable clínicamente, con buen patrón respiratorio, sin signos de SIRS, con mejoría del cuadro diarreico, se solicitan exámenes controles para el día de mañana, continúa remisión a cirugía general de tercer nivel." (Se resalta) (fls. 32 a 90 C1 y 5 a 265 C2).

- De conformidad con el consentimiento informado que fue suscrito por el señor Diego Hernando Castrillón Giraldo, se le enteró de las posibles complicaciones que podía traer la cirugía que le sería practicada. (folios 241 y 242 C2)
- En el fallo de tutela del 27 de junio de 2014, proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de La Dorada (Caldas), con radicado No. 2014-0150, se resolvió:

"PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de la señora (sic) DIEGO HERNANDO CASTRILLON GIRALDO (...)

SEGUNDO: ORDENAR a través de esta acción que de manera INMEDIATA la EPS CAPRECOM proceda a REMITIR al señor DIEGO HERNANDO CASTRILLÓN GIRALDO a un Hospital de IV nivel (...)"

- En la Historia clínica de la atención prestada al señor Diego Hernando Castrillón Giraldo en la ESE Hospital Santa Sofía de Manizales, se lee:

"Paciente masculino de 35 años de edad con antecedentes de colecistectomía el día 28/05/2014 en Hospital local de la Dorada Caldas, con reintervención al día siguiente donde dejan dren de penro (sic) el cual desde esa fecha se encuentra con producción alta.

El día 06/06/2014 se le realizo CPRE donde se encontró lesión de la vía biliar, amputación de colédoco supraduodenal y dilatación de la vía biliar intra y extra hepática, por lo cual realizaron colangiografía el día 03/07/2014 donde reportaron dilatación moderada de la vía biliar intra y extra hepática hasta confluencia de los hepáticos, por lo cual remiten hasta esta Institución, donde es valorado por Cirugía General, quien ordena iniciar repleción nutricional y programa para realización de cirugía de reconstrucción duodenal el lunes 14/07/2014 por el doctor Valbuena, valorado el día de hoy por cirugía general, Dr. Vergara quien ordenó administrar vitamina K30 mg IV Dosis única, solicita TP, TPT en INR para mañana, resto de manejo médico igual, solicita terapia respiratoria en incentivos respiratorios, resto de manejo médico igual, se ordena administrar solo 20 mg, ya que paciente recibió unas dosis en horas de la mañana, por el momento continuamos atentos a evolución clínica del (no se entiende), paciente y familiar enterado de condición clínica actual y manejo a seguir, los cuales refieren entender y se encuentran de acuerdo.

(...)

14/07/2014

(...)

Valorado por CX General, decidiendo realizar nueva ecografía para cuantificar tamaño de vía biliar, considerándolo candidato para reconstrucción giloenterica, realizaron dicha imagen, informando (no se entiende) dilatación de vía biliar sin poder visualizar colédoco proximal,

(...)

Realizan Hoy en hora del medio día laparotomía donde liberan adherencias de epplon mayor en HCO, y lecho vesicular, reirán dren de pensrose y se encuentra con sección completa de vía biliar (no se entiende) nivel de confluencia de hepáticos y en colédoco supraduodenal, por tanto se repara aba duodenal y se fabrica anastomosis bilioenterica laterolateral y sección yuteal, se realiza refuerzo cero seroso en área de sección yeyunal, se fabrican anastomosis terminoterminal se deja dren de balke retroanastomotico hepático yeyuno, se cierra cavidad abdominal completa.

Procedimiento sin complicaciones descritas, ingresan de sala sur donde ha pagado su POP inmediato, siendo favorable a expensas de un dolor abdominal difuso y escasa sed, según manifiesta. (...)" (fls. 91 a 109 C1).

- En el Informe Pericial de Clínica Forense, expedido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Fl. 133 C1), el cual fue practicada por solicitud de la Fiscalía Segunda Local de La Dorada (Caldas), se lee lo siguiente:

"NOMBRE EXAMINADO: DIEGO HERNANDO CASTRILLÓN GIRALDO

(...)

EXAMEN MÉDICO LEGAL: Aspecto general: Normal, ingresa a examen por sus propios medios, con marcha independiente normal, sin manifestaciones de dolor.

Descripción de hallazgos:

-Abdomen: Cicatriz quirúrgica abdominal mediana de aproximadamente 17,0 cms, de predomino supraumbilical, con huellas de sutura, levemente hipertrófica, discrómica y OSTENSIBLE. Cicatrices lineales transversales #, eutróficas y deprimidas, levemente hipertróficas y OSTENSIBLES, en la fosa iliaca derecha.

ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES

Mecanismo traumático de lesión: Cortante. Incapacidad médico legal DEFINITIVA SESENTA (60) DÍAS. SECUELAS MÉDICO LEGALES: Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente."

- El testigo Jairo Alberto Amín Sanabria, médico cirujano que registró en la historia clínica del demandante, haberle valorado médicamente en el post operatorio, al ser cuestionado por el Juzgado de primera instancia, sobre las causas de la patología por lo cual fue intervenido en un primer momento el señor Castrillón, respondió: *"las causas de cálculos en la vesícula, tapan la salida de la bilis que necesita el organismo para la digestión, entonces al taparse, la vesícula empieza a inflamarse y a presentarse los dolores abdominales, la vesícula puede pegarse a los demás órganos"*.

Seguidamente el galeno explicó sobre el término adherencias, lo siguiente: *"las adherencias se crean porque el paciente ya ha tenido previamente muchas inflamaciones de la vesícula (...) lo malo de esas adherencias es que pegan la vesícula al intestino al duodeno a la misma vía biliar, al hígado, y eso hace que la cirugía se vuelva mucho más difícil y en esos casos es susceptible de complicaciones inherentes a la cirugía (...)"*.

Sobre los riesgos que tiene la cirugía de retiro de la vesícula, el testigo señaló:

*"(...) existe el riesgo de sangrado, a veces hay sangrados porque los vasos que quedan cerca de la vesícula, la arteria cística la arteria hepática si se llegan a desgarrar puede haber un sangrado, inclusive importantísimos de 3 o 4 litros, le toca poner sangre, esa es una de las complicaciones, **la otra complicación es la lesión de la vía biliar que es ésta**, la lesión de la vía biliar puede presentarse en la parte de arriba en un conducto que se llama hepático puede presentarse en el colédoco a veces es conducto cístico puede ser muy cortico y ese es el que se corta para sacar la vesícula y se puede abrir un huequito en la vía biliar a veces por esas inflamaciones la vesícula se pega tanto al colédoco como a la vía biliar, que cuando uno la está disecando llega un momento en que termino de sacar la vesícula, encuentra uno que la vía biliar esta seccionada, porque no había más, porque la inflamación llevó a tal atrofia del colédoco a ese nivel que uno cuando termina de sacar la vesícula encuentra que está seccionada en dos, entonces ya viene la cirugía de corrección, entonces esa es una las complicaciones de la inflamación y que puede ser complicación de la misma cirugía; otra complicación, que pasen cálculos de la vesícula al colédoco y con el tiempo en los días siguiente haga una infección de la vía urinaria una colangitis, lo otro es que se forma un cálculo en la vía biliar la presión es tan alta en la vesícula que al ligar ese*

conducto se abre nuevamente y sale bilis a la cavidad abdominal eso se llama biliperitoneo, entonces son múltiples las complicaciones que puede suceder, afortunadamente la frecuencia en porcentaje es baja y por eso se hacen estos procedimientos y siempre se le advierte a los pacientes que existe ese riesgo” . (Se resalta)

Al ser interrogado por el apoderado de la parte demandante, sobre el significado de lesiones iatrogénicas de la vía biliar, contestó: *“las lesiones iatrogénicas de la vía biliar son cuando se presenta una lesión en forma involuntaria de la vía biliar por parte del médico que está haciendo el procedimiento precisamente se llaman así porque no se está tratando de dañar una vía biliar o de dañar al paciente, simplemente es inadvertida e involuntaria”*. (fl. 222 C1)

4.2. IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

La existencia del daño antijurídico del señor Castrillón Giraldo, consistente en la lesión en la vía biliar, producto de la colecistectomía que fue practicada y que el *a quo* encontró probada, no es discutida por las partes en esta instancia.

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 procesales³.

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición actual se orienta en el

³ Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad: 47001233100019950398601 (16413).

sentido de que la responsabilidad por la prestación de servicios de salud, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por los actos u omisiones de la entidad correspondiente y el nexo causal entre estos y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el fallador pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva o morigerar dicha carga probatoria.

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

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional)”⁴.

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

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que, demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera “(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

*lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”.*⁵

4.3. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

De acuerdo con los hechos acreditados es claro que, el señor Diego Hernando Castrillón Giraldo, el 28 de mayo de 2014 fue intervenido quirúrgicamente en la ESE Hospital San Félix de La Dorada, por presentar un diagnóstico de colelitiasis y colecistitis, razón por la cual le fue practicado el procedimiento colecistectomía⁶.

En la historia clínica, en la descripción de hallazgos operatorios. se dejó constancia que: *“visualiza vesícula aporcelanada con múltiples adherencias, se procede a realizar liberación de conducto y arteria cística, se pinza proximal y distal se procede a liberar vesícula hemostasia, se procede a realizar lavado de cavidad, se envía muestra a patología, sin complicación alguna,”*(destaca la Sala) posteriormente, presentó complicaciones derivadas de la intervención, por lo que al día siguiente le fue practicado el procedimiento denominado *Laparotomía exploratoria*; procedimiento que confirmó la lesión en la vía biliar del paciente. (fls. 32 a 90 C1 y 5 a 265 C2).

Ante el panorama antes señalado, el cirujano tratante ordenó la remisión del paciente a un nivel tres de complejidad⁷ para que fuese tratada la lesión en la vía biliar, dicha orden data del 29 de mayo de 2014, es decir al día siguiente de practicada la primera intervención.

En este punto cabe resaltar que el señor Diego Hernando Castrillón Giraldo, fue informado de las posibles complicaciones que podía traer la cirugía que le sería practicada, lo cual se encuentra acreditado con el consentimiento informado que fue suscrito por el mismo señor Castrillón⁸; adicionalmente el testigo Jairo Alberto Amin (Médico cirujano), ilustró al Despacho de primera instancia, sobre las posibles complicaciones que tiene llevar a cabo una colecistectomía, estando dentro de ellas, las lesiones en la vía biliar, al respecto aclaró:

⁵ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

⁶ Es la extirpación quirúrgica de la vesícula biliar. La operación se realiza para extirpar la vesícula biliar debido a la presencia de cálculos biliares que causan dolor o una infección. (American College Of Surgeons. Surgical Patient Education. En: <https://www.facs.org/~media/files/education/patient%20ed/colellectomia.ashx>)

⁷ Resolución 5261 de 1994 hace la precisión sobre los Niveles de Complejidad, estableciendo los siguientes: NIVEL I: Médico general y/o personal auxiliar y/o paramédico y/o de otros profesionales de la salud no especializados. NIVEL II: Médico general y/o profesional paramédico con interconsulta, remisión y/o asesoría de personal o recursos especializados. NIVEL III y IV: Médico especialista con la participación del médico general y/o profesional paramédico.

⁸ Ver folios 241 y 242 C2

“...y se puede abrir un huequito en la vía biliar a veces por esas inflamaciones la vesícula se pega tanto al colédoco como a la vía biliar, que cuando uno la está disecando llega un momento en que termino de sacar la vesícula, encuentra uno que la vía biliar esta seccionada, porque no había más, porque la inflamación llevó a tal atrofia del colédoco a ese nivel que uno cuando termina de sacar la vesícula encuentra que está seccionada en dos, entonces ya viene la cirugía de corrección, entonces esa es una las complicaciones de la inflamación y que puede ser complicación de la misma cirugía...”

Ahora bien, el consentimiento informado se define como “... la aceptación libre por parte de una paciente de un acto diagnóstico o terapéutico después de haberle comunicado adecuadamente su situación clínica”⁹. Es entonces, una autorización dada por el paciente sin ninguna coacción, basada en el entendimiento razonable de lo que sucederá, previo a la explicación del procedimiento, y los riesgos y beneficios de este. En el caso concreto, al señor Castrillón le fue informado de los riesgos de la intervención, como “herida en la vía biliar”, la cual era una complicación posible en un procedimiento de este tipo.

Por otra parte, no fue arrimado al cartulario, ningún medio de convicción que siquiera ponga en duda la pericia o experiencia profesional del cirujano, o que indique que su proceder no fue conforme a la *lex artis*; contrario a ello, lo que se extrae de la historia clínica, es que el galeno realizó el procedimiento sin complicaciones extraordinarias, que además estuvo atento a la evolución del paciente en la atención del posoperatorio, razón por la cual, al día siguiente de la primera intervención y al registrar los síntomas, ordenó una nueva intervención -laparotomía exploratoria- para descartar o confirmar la “probable lesión de vía biliar”.

Ahora, el hecho que se registre en la historia clínica, como *lesión iatrogénica de la vía biliar*, no es suficiente para afirmar que se presentó una mala práctica; al respecto el testigo Jairo Alberto Amín, aclaró que *“las lesiones iatrogénicas de la vía biliar son cuando se presenta una lesión en forma involuntaria de la vía biliar por parte del médico que está haciendo el procedimiento precisamente se llaman así porque no se está tratando de dañar una vía biliar o de dañar al paciente, simplemente es inadvertida e involuntaria”*. (fl. 222 C1).

Por lo anterior se concluye que, la lesión en la vía biliar no puede ser imputable como una falla, toda vez que la misma se entiende como una de las posibles complicaciones que traía asociada la cirugía practicada al señor Castrillón y de las cuales éste fue informado, previo a ser intervenido.

⁹ Ver documento “Garantizar la función de los procedimientos de consentimiento informado” del Ministerio de Protección Social en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/1/Garantizar%20la%20funcionalidad%20de%20los%20procedimientos%20de%20consentimiento%20informado.pdf>.

De otra parte, en cuanto a la remisión del paciente a un tercer nivel de complejidad, en la historia clínica se registró que, esta fue ordenada por el médico tratante luego de la segunda intervención, el 29 de mayo de 2014, la cual solo fue posible hasta el 10 de julio de 2014, situación de la cual se endilga responsabilidad a la entidad demanda.

Sin embargo, esa situación no es atribuible al Hospital demandado por cuanto, en la historia clínica se encuentran registradas además las solicitudes diarias realizadas con el objeto de que fuera aceptada la remisión del paciente; así:

“29.05.2014

... se envía paciente a III nivel para manejo por cirugía tercer nivel de complejidad.

DR. FIDEL CASTRO GARCÍA (CIRUJANO GENERAL).

30.05.2014

...Se continúa con trámite de remisión para descartar lesión de vía biliar. Continúa remisión a tercer nivel, líquidos endovenosos, nada vía oral.

DR. JAIRO ALBERTO AMIN (CIRUJANO GENERAL).

01.06.2014

...Paciente con estabilidad hemodinámicamente, mejoría notable, inicia trámite de remisión para CPRE para descartar lesión de vía biliar p// remisión para CPRE, se solicita por anestesia, dieta blanda continuar igual manejo

DR. FIDEL CASTRO GARCÍA (CIRUGÍA GENERAL)

02.06.2014

*...Paciente estable clínicamente, con ecografía que evidencia vía biliar dilatada de 11mm, paciente continua con drenaje activo **continúan trámites de remisión.***

DRA. LINA OLAYA (MÉDICA GENERAL)

DR. FIDEL CASTRO GARCÍA (CIRUJANO GENERAL)

04.06.2014

...continúa hospitalizado para manejo y seguimiento médico igual que trámites de remisión a cirugía tercer nivel, atentos a evolución del paciente.

DR. FIDEL CASTRO GARCÍA (CIRUJANO GENERAL).

07.06.2014

... paciente a quien en reporte de Colangiografía Retrograda Endoscópica Retrograda CPRE, sugiere resonancia de la vía biliar, para definir manejo quirúrgico que amerita por lo cual se decide remisión a tercer nivel de complejidad. DX: pos operatorio de colecistectomía, amputación iatrogénica de la vía biliar.

07.06.2014

...Paciente estable, sin signos de SIRS con reporte de CPRE que sugiere colangio resonancia para evaluar vía biliar proximal a la lesión y poder definir manejo quirúrgico que amerite paciente, por lo cual se remite a tercer nivel.

08.06.2014

*...se solicitan exámenes controles para el día de mañana, **continúa remisión a cirugía general de tercer nivel.**" (Se resalta) (fls. 32 a 90 C1 y 5 a 265 C2).*

Adicionalmente en la historia clínica se dejó constancia sobre las *gestiones de referencia* realizadas diariamente por el Hospital San Félix, desde el 7 de junio de 2014 hasta el 9 de julio de 2014, para obtener la remisión del paciente, entre ellas las siguientes:

07.06.2014 17:00

Me comunico a la 018000 de Caprecom, hablo con Nora Rodríguez hago envío en varias ocasiones de los soportes desde diferentes correos sin éxito, la asesora recomienda establecer comunicación en 30 minutos

...

10.06.2014 14:00 me comunico con caprecom habla con Luz Ramírez quien manifiesta que el paciente ha sido comentado sin disponibilidad de camas (...)" (fls. 54-57 C2)

Además, la obligación de gestionar la remisión recae sobre la EPS, en virtud de lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007¹⁰ y desarrollado en el artículo 17 del Decreto 4747 de 2007¹¹, que señala que, la responsabilidad del proceso de referencia y contrarreferencia es de la entidad responsable del pago:

Artículo 17. Proceso de referencia y contrarreferencia. *El diseño, organización y documentación del proceso de referencia y contrarreferencia y la operación del sistema de referencia y contrarreferencia es obligación de las entidades responsables del pago de servicios de salud, quienes deberán disponer de una red de prestadores de servicios de salud que garanticen la disponibilidad y suficiencia de los servicios en todos los niveles de complejidad a su cargo, así como la disponibilidad de la red de transporte y comunicaciones.*

Con el fin de garantizar la calidad, continuidad e integralidad en la atención, es obligación de las entidades responsables del pago de servicios de salud la consecución de institución prestadora de servicios de salud receptora que garantice los recursos humanos, físicos o tecnológicos, así como los insumos y medicamentos requeridos para la atención de pacientes. La responsabilidad del manejo y cuidado del paciente es del prestador remitido hasta que ingrese en la institución

¹⁰ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

¹¹ 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.

receptora. Cuando el transporte se realice en una ambulancia debidamente habilitada, que no dependa de la IPS remitora, la entidad que tiene habilitado el servicio de transporte será responsable de la atención durante el mismo, con la tecnología disponible de acuerdo con el servicio de ambulancia habilitado, hasta la entrega del paciente en la entidad receptora definida por la entidad responsable del pago.

Parágrafo. Las entidades responsables del pago de servicios de salud podrán apoyarse para la operación del proceso de referencia y contrarreferencia a su cargo, en los centros reguladores de urgencias y emergencias, para lo cual deberán suscribir contratos o convenios según sea el caso”.

Así, en el fallo de tutela del 27 de junio de 2014, proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de La Dorada (Caldas), con radicado No. 2014-0150, se ordenó *“que de manera INMEDIATA la EPS CAPRECOM proceda a REMITIR al señor DIEGO HERNANDO CASTRILLÓN GIRALDO a un Hospital de IV nivel.”*

Adicionalmente, de la historia clínica de la ESE Hospital Santa Sofía de Manizales, no se advierte que debido al lapso que duró en ser aceptada la remisión, se hubiese agravado la situación de salud del señor Castrillón. Por el contrario, de la historia clínica correspondiente a los días 29 de mayo de 2014, fecha en que se ordenó la remisión, al 10 de junio de 2014, fecha de ingreso del paciente en la institución receptora, se observa que la atención médica prestada al paciente en el hospital demandado fue continua, sin que esto sea objeto de cuestionamiento por la parte demandante.

4.4. CONCLUSIÓN

Corolario de lo expuesto, encuentra el Tribunal que el daño que sufrió el señor Diego Hernando Castrillón Giraldo, no es imputable por acción u omisión de la ESE Hospital San Félix de La Dorada, toda vez que: 1) el mismo era una posible complicación inherente al procedimiento denominado colecistectomía; 2) no se demostró que la lesión haya sido provocada por mala praxis o impericia del galeno que la llevó a cabo; y 3) la demora en la remisión del paciente a un nivel de mayor complejidad no fue causada por la entidad aquí demandada.

5. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: ¿Existió una indebida valoración probatoria por parte del Juzgado de primera instancia?

Tesis del Tribunal: En el fallo de primera instancia se realizó una adecuada valoración de los elementos que fueron allegados como pruebas al proceso.

Alega el apelante que, en la sentencia de primera instancia solo fue tenido en cuenta el

testimonio del médico cirujano Jairo Alberto Amín Sanabria y que no fueron valoradas las demás pruebas allegadas.

Al respecto encuentra la Sala que el Juzgado de primera instancia tuvo en cuenta, entre otras, la historia clínica de la atención prestada en la ESE Hospital San Félix de la Dorada (Caldas), destacándose que el *a quo* hizo referencia a las anotaciones consignadas por los galenos que prestaron la atención en salud, ello para identificar el daño sufrido por el señor Diego Hernando Castrillón Giraldo, tanto desde la primera intervención quirúrgica realizada el 28 de mayo de 2014, hasta el momento en que fue remitido al Hospital Santa Sofía de Manizales.

En igual sentido, fue valorada la historia clínica de los procedimientos realizados al señor Castrillón en el Hospital Santa Sofía; fueron valoradas, además, las pruebas que acreditaron el vínculo filial de los demás demandantes con la víctima y finalmente, fue debida y objetivamente valorada la declaración rendido por el médico cirujano Jairo Alberto Amín Sanabria, sujeto que declaró sobre los aspectos científicos de los procedimientos quirúrgicos que le fueron realizados al señor Castrillón.

Se destaca además que, no fue arrimado al cartulario, ningún medio de convicción que siquiera ponga en duda la pericia o experiencia profesional del cirujano, o que indique que su proceder no fue conforme a la *lex artis*.

De manera que, no tiene ningún fundamento jurídico, ni probatorio la aseveración realizada por la parte demandante, respecto a la falta de objetividad de la valoración probatoria por parte de la Juez de primera instancia.

De otra parte, alega el demandante que no comparte los fundamentos con los cuales no fue aceptada la tacha formulada contra el testimonio del doctor Jairo Alberto Amín Sanabria, aduciendo que se le notaba al testigo la parcialidad para defender al Hospital San Félix de La Dorada, dado su vínculo laboral.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que *“los testimonios que resulten sospechosos no pueden despacharse de plano, sino que deben valorarse de manera más rigurosa, de cara a las demás pruebas obrantes en el expediente y a las circunstancias de cada caso, todo ello basado en la sana crítica”*.¹²

Dicho lo anterior, al analizarse el testimonio del médico cirujano Jairo Alberto Amín Sanabria, encuentra este Juez Plural que, el vínculo con el Hospital San Félix de La Dorada no es suficiente para dejar de valorar el testimonio, pues no se evidencia que este influyera en su declaración, pues aquel se limitó a dar respuesta sobre los aspectos médicos que se le preguntaba, ello desde la ciencia médica; aclarando en esencia los

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, sentencia del 14 de julio de 2016, C.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 36932.

puntos que no son de resorte del conocimiento jurídico.

Adicionalmente su declaración es coherente con los demás medios probatorios allegados y practicados en el proceso, sin que exista elemento de juicio que permita señalar que su declaración se encontraba dirigida a favorecer los intereses de la parte demandada; de tal manera que, la valoración de la prueba testimonial fue acertada y sopesada en el fallo de primera instancia.

En conclusión, encuentra el Tribunal que, que el fallo de primera instancia fue emitido en derecho y con la debida y razonada valoración de las pruebas que las partes pusieron a su disposición para decidir la litis, por lo tanto, se rechaza el cargo propuesto por el apelante.

6. TERCER PROBLEMA JURÍDICO: *¿Se encuentra debidamente valorada la imposición de costas y agencias en derechos en el fallo de primera instancia?*

Tesis del Tribunal: La imposición de costas y agencias en derecho en el fallo de primera instancia no cumplió con la valoración objetivo-valorativa, por lo que se dispondrá su revocatoria, ello según se pasa a exponer.

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

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispuso lo siguiente: *“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”*. Remisión que debe entenderse realizada al actual Código General del Proceso, norma que reguló el asunto en sus artículos 365¹³ y 366¹⁴.

¹³ **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. // 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.*

Al respecto, la Sección Segunda – Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez del 7 de abril de 2016, radicación 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14) consideró:

“El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- 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*

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.

¹⁴ **Artículo 366. Liquidación.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.

2. Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.

3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca 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 apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.

6. Cuando la condena se imponga en la sentencia que resuelva los recursos de casación y revisión o se haga a favor o en contra de un tercero, la liquidación se hará inmediatamente quede ejecutoriada la respectiva providencia o la notificación del auto de obediencia al superior, según el caso.

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”.

Posición que se encuentra ratificada en sentencias del 30 de noviembre de 2017, también con ponencia del Consejero William Hernández Gómez, dentro del proceso radicado 70001-23-33-000-2013-00052-01(3280-14); y del 25 de enero de 2018, también de la Subsección A de la Sección Segunda, Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez Vargas - radicación número: 25000-23-42-000-2013-00330-01(4922-15).

En el caso concreto, el fallo primigenio en el acápite de costas se indicó: *“Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 /11 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), se condena en costas a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al citado CGP (...) Se fija agencias en derecho la suma de (...) (\$20.683.650), también a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada.*

De acuerdo con el desarrollo normativo y jurisprudencia antedicho, observa la Sala que el *a quo* no realizó la valoración del criterio valorativo para arribar a la condena en costas y agencias en derecho, por lo tanto, no procede su imposición.

Corolario de lo anterior, con fundamento en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y acogiendo el criterio objetivo valorativo, se revocará el ordinal *“CUARTO”* de la sentencia recurrida.

7. COSTAS EN ESTA INSTANCIA

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP (Código General del Proceso), toda vez que el recurso de apelación prosperó de manera parcial.

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

RESUELVE:

Primero: Revocar el ordinal “CUARTO” de la sentencia proferida el 17 de enero de 2020 por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, **en su lugar:** “No condenar en costas y agencias en derecho”

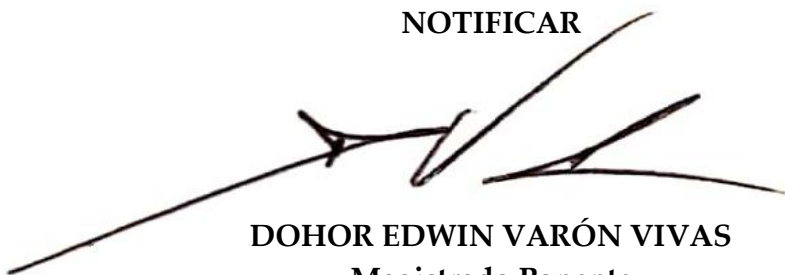
Segundo: Confirmar en lo demás la sentencia impugnada.

Tercero: Sin condena en costas.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 048 de 2020.


NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

A.I. 247

Radicación:	17 001 23 33 000 2016 00472-00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Neyllyt Díaz Torres
Demandado:	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Procede la Sala a resolver sobre la aprobación del acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes dentro de la audiencia celebrada el 16 de octubre de 2020 ante esta Corporación, ello de conformidad a lo establecido en el artículo 125 del CPACA y ordinal 3 del artículo 243 ibídem.

I. Antecedentes

1. La demanda y lo pretendido

La demandante solicitó en síntesis, se declare la existencia del silencio administrativo negativo y consecuentemente la nulidad del mismo, en relación con la petición elevada el 23 de marzo de 2010 ante la Nación-Ministerio de Defensa Policía Nacional y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reconocimiento, y pago de la *sustitución mensual de pensión* (sic), en calidad de cónyuge del señor Clobis Valencia, dando aplicación a la Ley 100 de 1993; así mismo reliquidar, reajustar e indexar la partidas computables como lo son prima de actividad, prima de antigüedad, subsidio familiar en su totalidad y, demás prestaciones sociales del actor.

Como fundamento de sus pretensiones la parte actora expuso que, el señor Clobis Valencia ingresó en calidad de agente de la Policía Nacional el 14 de octubre de 1991. Que la señora Neyllyt Díaz Torres contrajo matrimonio con el señor Valencia, relación de la cual fueron procreados Katherine Xiomara Valencia Díaz y Miguel Ángel Valencia Díaz. Que el señor Valencia falleció el 4 de abril de 1999, siendo calificado por la Policía Nacional como *en simple actividad*.

Que a través de petición elevada el 3 de abril del 2010, la demandante solicitó “*ser reconocido (a) como beneficiario (a) sustituto (a) con derecho de pensión*”, lo anterior en virtud de la aplicación del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

II. Sentencia de Primera Instancia

Mediante sentencia proferida el 21 de febrero de 2020 por este Sala de Decisión, accedió a las pretensiones de la siguiente forma:

“Primero: Declarar la existencia del acto ficto negativo, en virtud a la petición de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de que trata la Ley 100 de 1993 elevada el día 23 de marzo de 2010 por la señora Neyllyt Díaz Torres frente a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

Segundo: Declarar la nulidad del acto ficto negativo proveniente de la petición elevada el día 23 de marzo de 2010 por la señora Neyllyt Díaz Torres frente a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

Tercero: Como consecuencia de tal nulidad, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional a que reconozca y pague a la señora Neyllyt Díaz Torres, quien se identifica con cédula No. 60.360.933, la pensión de sobrevivientes, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, en cuantía equivalente al 45% del ingreso base de liquidación; advirtiéndose que, si el valor correspondiente a dicho porcentaje fuere inferior al salario mínimo legal mensual vigente, deberá reconocerse la pensión en cuantía del salario mínimo fijado por el Gobierno Nacional.

Las sumas reconocidas, serán ajustadas en los términos del artículo 187 del CPACA, conforme a fórmula señalada en la parte considerativa de esta providencia.

El reconocimiento y pago del derecho reclamado será efectivo a partir del día 13 de julio de 2013, en virtud del fenómeno de la prescripción.

Cuarto: La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, descontará el 50% de los valores indexados reconocidos y pagados a Neyllyt Díaz Torres mediante Resolución No. 00643 del 9 de julio de 1999. En el evento en que el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar, supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, será necesario realizar un acuerdo de pago con el fin de que la beneficiaria de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.

Quinto: Se condena en costas a la parte demandada y a favor de la demandante, ello en virtud a lo dispuesto en el 188 del CPACA. Se fija como agencias en derecho la suma de cuatro millones ochocientos cuarenta y dos mil pesos (\$4.842.000), también a cargo de la parte demandada y a favor de la demandante.”

III. Recurso de apelación

La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, interpuso recurso de apelación contra la sentencia, señalando que, no es viable la aplicación de la Ley 100 de 1993, ello en virtud de lo establecido en el artículo 279, por lo cual solicitó que se revoque el fallo.

IV. La conciliación

Mediante providencia de fecha 10 de septiembre del año que avanza, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación de que trata el inciso 4o del artículo 192 del CPACA.

Llegado el día y hora programada para llevar a cabo la diligencia, las partes se presentaron y la entidad demandada a través de su apoderado presenta una fórmula de arreglo que consta en la correspondiente acta, de la que se extrae lo siguiente:

“(...) El Secretario Técnico del Comité de Conciliación y Defensa Judicial

CERTIFICA

Que en sesión del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Defensa Nacional de la Policía Nacional, agenda No. 011 del 8 de abril de 2020, con relación a su propuesta de conciliación, donde el actor es NEYLLYT DÍAZ TORRES se decidió:

ACOGER, los numerales primero, segundo, tercero y cuarto de la sentencia.

En cuanto a la forma de pago, la misma se pactará bajo el siguiente acuerdo:

Una vez sea presentada la respectiva cuenta de cobro ante la Dirección General de la Policía Nacional – Secretaría General, la cual deberá ser acompañada entre otros documentos, con la copia integral y que sea legible, de la sentencia o del auto aprobatorio con su respectiva constancia de ejecutoria y una vez se cuente con toda la documentación pertinente, se procederá a conformar el expediente de pago, al cual se le asignará turno, tal y como lo dispone el artículo 35 del Decreto 359 de 1995 y de acuerdo a la disponibilidad presupuestal que exista en el momento, se procederá a efectuar el pago mediante acto administrativo dentro del término legal establecido en el artículo 195, numeral cuarto.(...)”

Adicionalmente el apoderado de la Policía Nacional señaló que, se entendía que el numeral cinco de la sentencia, es decir la condena en costas a la entidad, no se encontraba incluida dentro de la propuesta, por lo tanto debía la parte demandante renunciar al pago de las costas.

- Concedida la palabra al apoderado de la parte demandante manifestó que aceptaba la **propuesta de pago** en los términos señalados por el Ministerio de Defensa-Policía Nacional, señalando además que aceptaba desistir sobre el **cobro de las costas** señaladas en el ordinal quinto de la sentencia.

- El agente del Ministerio Público manifestó que el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes es válido debido a que: i) La acción no ha caducado; ii) Las partes están debidamente representadas, iii) Se trata de derecho económicos que son susceptibles de conciliar, iv) Existe suficiente respaldo probatorio de la decisión que tomó el Tribunal Administrativo de Caldas y v) El acuerdo no resulta lesivo para las partes, ni tampoco para el patrimonio público; por lo anterior, indicó que el acuerdo reúne los presupuestos para que sea aprobada la conciliación.

V. Consideraciones

1. La conciliación

Es un mecanismo de resolución de conflictos, mediante el cual las partes que integran un conflicto procesal solucionan sus diferencias, con la intervención de un tercero calificado y neutral, el cual llevará y dirigirá la celebración de la audiencia de conciliación.

Ahora bien, son conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y todos aquellos que de manera expresa determine la ley de conformidad con los artículos 64 y 65 de la Ley 446 de 1998.

Así mismo, se advierte que la conciliación tiene cabida, entre otros asuntos, en los de naturaleza cognoscitiva, cuyo objeto radica en terminar el proceso, total o parcialmente, antes de que se profiera sentencia, tal como lo dispuso el legislador en el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998. Así:

“ARTÍCULO 59.- Modificado ley 446 de 1998, artículo 70. Asuntos Susceptibles de Conciliación. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo”.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional son varios los elementos característicos de la conciliación como mecanismo de solución de conflictos: (1) la autocomposición de un acuerdo en donde las partes pueden abordar la solución del conflicto, ya sea comunicándose e intercambiando propuestas directamente, caso en el cual estaremos ante una negociación, o bien con la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilita y promueve el diálogo y la negociación entre ellas, evento en el cual nos encontraremos ante la mediación, en cualquiera de sus modalidades¹; (2) que se vierta en “un documento que por imperio de la ley hace tránsito a cosa juzgada y, por ende, obligatorio para éstas”²; y, (3) tiene dos acepciones: “una jurídico procesal, que lo identifica o clasifica como un mecanismo extrajudicial o trámite procedimental judicial que persigue un fin específico; y otra jurídico sustancial que hace relación al acuerdo en sí mismo considerado. Bajo estas dos acepciones son las partes las que en ejercicio de su libertad dispositiva deciden voluntariamente si llegan o no a un acuerdo, conservando siempre la posibilidad de acudir a la jurisdicción, es decir, a los órganos del Estado que constitucional y permanentemente tienen la función de administrar justicia para que en dicha sede se resuelva el conflicto planteado”³

¹ Corte Constitucional, sentencia C-1195 de 2001. “[...] Si bien el término conciliación se emplea en varias legislaciones como sinónimo de mediación, en sentido estricto la conciliación es una forma particular de mediación en la que el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la comunicación y la negociación entre las partes, puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad”.

² Corte Constitucional, sentencia C-598 de 2011.

³ Corte Constitucional, sentencia C-598 de 2011. “[...] Entendida así, la conciliación debe ser asumida como un mecanismo que también hace efectivo el derecho a la administración de justicia, aunque sea ésta menos formal ni un dispositivo que tenga como fin principal la descongestión judicial, pues si bien ésta se convierte en una excelente alternativa para enviarla, no se le puede tener ni tratar como si ésta fuera su única razón de ser”.

Por su parte, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado sostiene que la *“decisión frente a la aprobación de la conciliación está íntimamente relacionada con la terminación del proceso; si se trata de una conciliación judicial y ésta es aprobada, el auto que así lo decide pondrá fin al proceso; si en el auto no se aprueba la conciliación esa providencia decide sobre la no terminación del proceso, dado que la no aprobación impide la finalización del mismo”*⁴.

A dicha posición se agrega por la jurisprudencia que de la *“misma manera que la transacción, la conciliación es un negocio jurídico en el que las partes terminan extrajudicial o judicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. La validez y eficacia de ese negocio jurídico en asuntos administrativos, está condicionada a la homologación por parte del juez quien debe ejercer un control previo de la conciliación con miras a verificar que se hayan presentado las pruebas que justifiquen la misma, que no sea violatoria de la ley o que no resulte lesiva para el patrimonio público en la medida en que la ley establece como requisito de validez y eficacia de la conciliación en asuntos administrativos la previa aprobación u homologación por parte del juez, hasta tanto no se produzca esa aprobación la conciliación no produce ningún efecto y por consiguiente las partes pueden desistir o retractarse del acuerdo logrado, no pudiendo por tanto el juez que la controla impartirle aprobación u homologarla cuando media manifestación expresa o tácita de las partes o una de ellas en sentido contrario”*⁵.

Finalmente, la Sección Tercera considera que *“el sólo acuerdo de voluntades de las partes o el reconocimiento libre y espontáneo que alguna de ellas manifieste en torno de las razones de hecho y de derecho que contra ella se presenten, si bien es necesario no resulta suficiente para que la conciliación sea aprobada en materia Contencioso Administrativa, puesto que el legislador exige que, al estar de por medio los intereses y el patrimonio público, el acuerdo conciliatorio debe estar soportado de tal forma que en el momento en el cual se aborde su estudio, al juez no le quepan dudas acerca de la procedencia, la legalidad y el beneficio –respecto del patrimonio público– del mencionado acuerdo conciliatorio. Así las cosas, cualquier afirmación –por más estructurada y detallada que esta sea– por medio de la cual se reconozca un derecho como parte del objeto del acuerdo conciliatorio y que genere la afectación del patrimonio público, debe estar debidamente acreditada mediante el material probatorio idóneo que produzca en el juez la convicción de que hay lugar a tal reconocimiento”*⁶.

2. Caso concreto

De conformidad con lo consagrado en el artículo 65 literal a) de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, cuyo párrafo fue derogado por el artículo 49 de la Ley 640 de 2001, para la aprobación del acuerdo conciliatorio se requiere la concurrencia de una serie de presupuestos⁷ a saber: (1) que las partes que concilian estén debidamente representadas, y que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar; (2) legitimación en la causa de la demandante; (3) que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes; (4) que lo reconocido patrimonialmente

⁴

Sección Tercera, auto de 24 de agosto de 1995, expediente 10971.

⁵ Sección Tercera, auto de 1 de julio de 1999, expediente 15721; de 3 de marzo de 2010, expediente 26675.

⁶ Sección Tercera, auto de 3 de marzo de 2010, expediente 37644.

⁷ Sección Tercera, autos de 3 de marzo de 2010, expediente 37644; de 3 de marzo de 2010, expediente 37364; de 3 de marzo de 2010, expediente 30191.

esté debidamente respaldado en la actuación; (5) que no resulte abiertamente lesivo para las partes; y (6) que no haya operado la caducidad.

Al respecto se lee: “Artículo 65A. (...) La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público. “

De acuerdo con estos presupuestos la Sala examina la concurrencia de los mismos en el caso en concreto.

2.1. Que las partes que concilian estén debidamente representadas y que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar.

Para determinar que en el *sub judice* las partes se encontraban debidamente representadas, se hace necesario referirse al artículo 74 del Código General del Proceso - CGP, que regula lo atinente a los poderes otorgados para la representación de los sujetos procesales. Por otra parte, el artículo 159 del CPACA consagra específicamente la manera cómo deben estar representadas las entidades públicas y las privadas que cumplen funciones públicas, en procesos adelantados en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; el citado artículo establece que:

“Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.

La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con la Rama Legislativa; y el Director Ejecutivo de Administración Judicial la representa en cuanto se relacione con la Rama Judicial, salvo si se trata de procesos en los que deba ser parte la Fiscalía General de la Nación.

En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto.

En materia contractual, la representación la ejercerá el servidor público de mayor jerarquía de las dependencias a que se refiere el literal b), del numeral 1 del artículo 2o de la Ley 80 de 1993, o la ley que la modifique o sustituya. Cuando el contrato o acto haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de esta se ejercerá por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o

municipal. En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor"

Así las cosas, el Despacho encuentra demostrado que la parte actora está debidamente representada por el abogado Mauricio Ortiz Santacruz, quien actúa como apoderado de la demandante, está facultado con plenos poderes para conciliar.⁸

Asimismo, en lo que respecta a la representación de la entidad demandada, se encuentra que la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, está debidamente representada por el abogado Carlos Patiño Moreno, quien a su vez tiene plenos poderes para conciliar⁹, y se halla facultado por el Comité de Conciliación para conciliar bajo la fórmula de arreglo planteada en la audiencia de conciliación realizada ante el Tribunal.

Visto lo anterior, se considera que para la aprobación del acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes en el presente asunto, se encuentra cumplido el presupuesto referente a la representación de los sujetos procesales y las facultades para conciliar.

2.2. Legitimación en la causa de los demandantes

La Sala procede analizar la legitimación en la causa en cabeza de los demandantes dentro del plenario previo las siguientes consideraciones.

La jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la *"calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso"*¹⁰, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.

Por su parte, el Consejo de Estado¹¹ ha sostenido que la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones.

Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.

Así las cosas, frente a la señora Neyllyt Díaz Torres, la Sala encuentra que está debidamente acreditada su relación con el señor Clobis Valencia, quienes contrajeron matrimonio civil, según se desprende del Registro Civil de Matrimonio aportado (fls. 22 C1).

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal concluye que se cumple con el segundo de los requisitos establecidos para la aprobación de la conciliación lograda por las partes

2.3. Que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes.

⁸ Fl.. 1 C1

⁹ Fl. 54 C1

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003

¹¹ Sentencia del 23 de octubre de 1990. Expediente No. 6054

Tratándose de conflictos en los cuales una de las partes es el Estado, se pueden conciliar aquellos asuntos que por su naturaleza puedan ser sometidos a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante cualquiera de los medios de control consagrados en la ley 1437 de 2011, pues estas acciones son de naturaleza económica (salvo las excepciones contempladas en la ley).

Este requisito se cumple en el presente asunto, si se tiene en cuenta que la Policía Nacional -según el certificado expedido por el comité de conciliación, acogió en su totalidad la condena impuesta a la entidad, indicadas en los ordinales 1º, 2º, 3º y 4º¹² de la sentencia, proponiendo una **forma de pago y que la parte actora renuncie a la condena en costas**, rubros que por tener un carácter económico son perfectamente desistible y disponibles.

2.4. Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.

Con relación al respaldo probatorio del reconocimiento patrimonial efectuado por la entidad demandada, la Sala encontró acreditado en el proceso lo siguiente:

- El señor Clobis Valencia contrajo matrimonio con Neyllyt Díaz Torres. (Registro civil de matrimonio. Fl. 22).
- De dicha unión fueron procreados Katherine Xiomara Valencia Díaz y Miguel Ángel Valencia Díaz, quienes nacieron el 15 de abril de 1990 y el 28 de septiembre de 1994 respectivamente. (Registro civil de nacimiento. Fl. 19-20).
- El señor Clobis Valencia falleció el 1 de abril de 1999 (Registro Civil de defunción. F. 21).
- En la hoja de servicios No. 93416477 de la Dirección de Recursos Humanos de la Policía Nacional, se señaló como causal de retiro del agente Clobis Valencia: *muerte en servicio activo* y que estuvo al servicio de la Policía Nacional por un tiempo de 7 años, 6 meses y 28 días. (fls. 17-18)
- Por medio de la Resolución 00643 del 9 de julio de 1999, expedida por el Director de la Policía Nacional, se reconoció a favor de la señora Neyllyt Díaz Torres, en calidad de cónyuge del señor Clobis Valencia y en representación de sus hijos menores de edad Katherine Xiomara y Miguel Ángel Valencia Díaz, la cesantía definitiva y una indemnización por muerte, la última por un valor de \$20.416.585; de conformidad con el Decreto 1213 de 1990, artículos 103 y 121. (f. 7)
- El 23 de marzo de 2013, la señora Neyllyt Díaz Torres radicó escrito en ejercicio del derecho de petición ante la Policía Nacional, con el fin de que le reconocieran la pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiaria de su difunto esposo, con fundamento en la ley 100 de 1993. (fl. 2-3).

Fundamento fáctico con el cual este Tribunal concluyó en primera medida que, la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes podía ser analizada a la luz de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que esta resultaba más favorable a la demandante y estaba vigente al momento en que se habría causado el derecho, esto es, para la fecha del fallecimiento del señor Clobis Valencia ocurrido el 1 de abril de 1999.

¹² Los cuales versan sobre el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, derecho que es irrenunciable.

Adicionalmente, de acuerdo con las pruebas antes relacionadas y no controvertidas por la entidad demandada, el señor Clobis Valencia estuvo vinculado a la Policía Nacional por 7 años, 6 meses y 28 días, esto es, más de 26 semanas, tiempo mínimo exigido por la Ley 100 de 1993 para que sus beneficiarios reclamen la pensión de sobrevivientes, según la regulación vigente para la época del deceso y, en igual medida, se demostró con el registro civil de matrimonio que la demandante Clobis Valencia contrajo matrimonio con Neyllyt Díaz Torres el 6 de junio de 1995.

Por lo que la demandante, en su calidad de cónyuge supérstite del agente Clobis Valencia, fallecido el 1 de abril de 1999, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente prevista en el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, en aplicación de la regla de favorabilidad ya que fueron acreditados los requisitos establecidos por esta.

2.5. Que no resulte abiertamente lesivo para las partes:

Teniendo en cuenta que en la sentencia fue ordenado el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a favor de la señora Neyllyt Díaz Torres, se observa en esencia que el acuerdo conciliatorio al que llegó con la Policía Nacional, versa únicamente sobre la **forma de pago y la condena en costas**, rubros que por tener un carácter económico son perfectamente conciliable y la fórmula de pago acordada así como la renuncia al cobro de la condena en costas, no resultan lesivas a los intereses de la actora.

2.6. Que no haya operado la caducidad:

Toda vez que el asunto que fue objeto del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, versaba 1) sobre derechos irrenunciables y 2) prestaciones periódicas, dicho medio de control no es susceptible de aplicarse el fenómeno jurídico de la caducidad, ello, de conformidad con lo establecido en el literal c), ordinal 1 del artículo 164 del CPACA.

2.7. Conclusión:

Así las cosas, en el presente caso se encuentran satisfechos los requisitos para que se lleve a cabo la conciliación en la forma propuesta y aceptada por las partes, toda vez, que el acuerdo conciliatorio en sí mismo, no menoscaba derechos ciertos e indiscutibles. En consecuencia, el Tribunal aprobará el presente acuerdo conciliatorio.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

Primero: Aprobar la conciliación celebrada en audiencia del 16 de octubre de 2020, entre Neyllyt Díaz Torres y la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, consistente en:

“ACOGER, los numerales primero, segundo, tercero y cuarto de la sentencia.

En cuanto a la forma de pago, la misma se pactará bajo el siguiente acuerdo:

Una vez sea presentada la respectiva cuenta de cobro ante la Dirección General de la Policía Nacional – Secretaría General, la cual deberá ser acompañada entre otros documentos, con la copia integral y que sea legible, de la sentencia o del auto aprobatorio con su respectiva constancia de ejecutoria y una vez se cuente con toda la documentación

pertinente, se procederá a conformar el expediente de pago, al cual se le asignará turno, tal y como lo dispone el artículo 35 del Decreto 359 de 1995 y de acuerdo a la disponibilidad presupuestal que exista en el momento, se procederá a efectuar el pago mediante acto administrativo dentro del término legal establecido en el artículo 195, numeral cuarto.(...)”.

La parte demandante renuncia a la condena en costas señalada en el numeral Quinto de la sentencia.

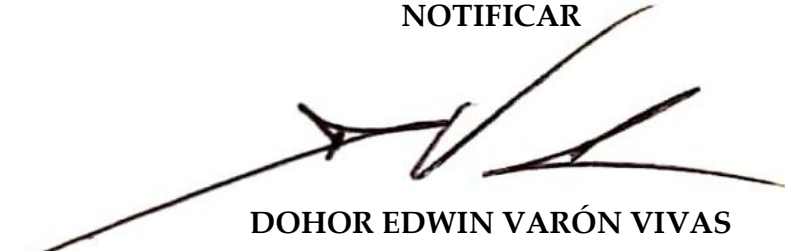
Segundo: Declarar terminado el presente proceso.

Tercero: A costa de la parte interesada, **se ordena expedir** las copias auténticas que solicite de la sentencia y de esta providencia, con constancias de notificación y ejecutoria teniendo en cuenta la Secretaría los lineamientos del artículo 114 del C.G.P.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, **devolver** los remanentes si los hubiere y **archivar** las diligencias, previas 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. 048 de 2020.


NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

**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: Flor María Henao Cardona
Demandado : Universidad Nacional de Colombia- Fondo Pensional
Radicación : 17-001-33-33-003-2014-00312-02
Sentencia: 152

Manizales, veintiséis (26) de octubre dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

Asunto

§01. **Síntesis:** La parte demandante solicita le sean devueltos los aportes en salud descontados por la demandada al hacer la reliquidación de la pensión con nuevos factores que fue ordenado por una sentencia previa. La sentencia de primera instancia no accedió a las pretensiones. La sala revoca esta decisión y concede las pretensiones.

§02. A Despacho se encuentra el recurso de apelación interpuesto por la parte **demandante** en contra de la sentencia proferida el **14 de junio del 2018** por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **Flor María Henao Cardona** en contra de la **Universidad Nacional de Colombia- Fondo Pensional**, que negó las pretensiones de la demanda.

1. **Antecedentes**

1.1. **La demanda¹**

§03. Se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) el **Oficio FP 0351 del 18 de noviembre de 2013**, por el cual se reliquidaron los aportes retroactivos a seguridad social, pensión, salud y fondo de solidaridad, como consecuencia de la aplicación de la Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado; (ii) la Resolución FP 042 del 10 de febrero de 2014, y (iii) el oficio 615 del 21 de marzo de 2014, que resolvieron los recursos contra el anterior acto y modificaron la resolución de reliquidación de aportes, respectivamente.

¹ (fs. 2 a 16 c. 1)

§04. A título de restablecimiento del derecho, la demandante solicitó que se declare que la demandante tiene derecho a que la Universidad Nacional de Colombia liquide los aportes de la seguridad social sobre los factores de salario concernientes a: subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, conforme a los siguientes pedimentos:

§04.1. Que el descuento a efectuar **sea únicamente por el concepto de aportes para pensión**, ya que la obligación de efectuar **descuentos simultáneos para pensión y salud** solo nació a partir de la vigencia del Decreto 510 de 2003.

§04.2. Que la indexación sobre la liquidación de aportes, si hay lugar a ella, deberá decretarse a cargo del ente nominador, por cuanto la facultad de recaudo de estos aportes estaba en cabeza del ente y no del trabajador.

§04.3. Que se elimine la liquidación y los descuentos de aportes al Fondo de Solidaridad Pensional.

§05. Se ordene liquidar, a expensas de la parte demandada, las compensaciones por los mayores valores descontados por concepto de aportes para pensión, **salud y fondo de solidaridad** en el período del **18 de marzo de 1980 al 30 de junio de 2006**, periodo en el cual la obligatoriedad de los aportes se encontraba prescrita.

§06. Condenar a la entidad demandada a que las sumas a devolver sean ajustadas conforme lo ordenó **el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales** en la sentencia previa que dispuso reliquidar la pensión por factores salariales, como al pago de costas y agencias en derecho.

§07. En los hechos relató que la parte demandante laboró al servicio de la Universidad Nacional de Colombia, por el periodo de 20 años, y se retiró del servicio a partir del **1 de julio de 2006**, después de haber cumplido 55 años.

§08. Señaló que la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional, a través de la Resolución VR 1133 del 4 de julio de 2006, reconoció la pensión calculada sobre el promedio de los salarios cotizados en los últimos diez años conforme lo prevé el Decreto 1158 de 1994, sin tener en cuenta todos los factores salariales certificados en el último año.

§09. Apuntó que una vez agotada la vía gubernativa, interpuso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el objetivo de reliquidar la pensión con todos los factores de salario devengados en el último año de servicios, la cual fue decidida en veredicto del 16 de noviembre del 2012 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Descongestión, que accedió a la reliquidación y ordenó a la demandada realizar los descuentos correspondientes a los nuevos factores salariales incluidos, sobre los cuales no se hubieran efectuado las deducciones legales.

§10. En cumplimiento de lo anterior, la demandada **expidió la Resolución 0071 del 22 de marzo de 2013** que reliquidó la pensión en la suma de \$ 756.611 efectiva a partir del 1 de julio de 2006.

§11. Además, dispuso el **descuento** de los **aportes** por los nuevos factores, **con destino a pensión** por la suma de \$3.563.051, **desde el 18 de marzo de 1980 al 30 de**

junio de 2006, y **por salud** en la suma de \$2.151.786, desde el 1 de abril de 1994 hasta el 30 de junio del 2006, para un total de \$5.714.837, a cargo del trabajador.

§12. El acto administrativo demandado no acató la decisión previa proferida por la jurisdicción administrativa, pues los descuentos solo debían efectuarse para pensión, toda vez que los descuentos a salud solo fueron obligatorios a partir del Decreto 510 de 2003, pues antes era válido cotizar solo para pensiones.

§13. Precisó que conforme a la Ley 797 de 2003, el empleador tenía la obligación de efectuar el recaudo oportuno de los aportes durante la vigencia de la relación laboral, y para el trabajador cesa la obligación cuando cumple con los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, por lo que la administradora de pensiones era la responsable de adelantar el proceso ejecutivo en caso de incumplimiento en la realización de los aportes por parte del empleador.

§14. Expuso que los descuentos para la a pensión se encuentran sujetos a los términos de prescripción que establece el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, es decir, la obligación prescribe pasados cinco años de su exigibilidad.

§15. Con referencia a la indexación de la liquidación de los aportes puntualizó que la obligación de recaudo se encontraba en cabeza de la Universidad Nacional.

§16. Criticó que se hayan generado descuentos por concepto al Fondo de Solidaridad, siendo que la parte demandante no devengó los promedios salariales superiores a cuatro salarios mínimos mensuales legales vigentes – smlmv-.

1.2. **Contestación Universidad Nacional²**

§17. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y precisó como algunos hechos ciertos, y otros no constarle.

§18. Hizo énfasis en la obligatoriedad de la aplicación de los descuentos de salud, pensión y solidaridad sobre los factores que se ordenaron en la sentencia judicial para la reliquidación pensional. Al mismo tiempo, estos no solo rigen para pensión sino con destino al sistema general de seguridad social en salud, con apoyo en el principio de solidaridad.

§19. Afirmó que los descuentos realizados deben efectuarse por toda la vida laboral de manera indexada, conforme al artículo 127 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Y deben ser motivo de indexación, según la sentencia del 5 de diciembre de 2013 del Honorable Consejo de Estado.

§20. En este orden, propuso como medios exceptivos los siguientes:

§20.1. **Cosa juzgada:** Los descuentos de seguridad social dispuestos por el juzgado en sentencia, no debieron ser objeto de un nuevo debate, en aras de respetar la seguridad jurídica.

§20.2. **Caducidad:** Transcurrió un tiempo superior al legal para instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

² Fl. 85-129, c1.

§20.3. **Prescripción Extintiva:** Si se tiene en cuenta el tiempo de prescripción trienal desde la exigibilidad del derecho.

§20.4. **Ineptitud Sustantiva de la demanda por ser el acto demandado un acto de ejecución de una Sentencia Judicial.** Los actos administrativos atacados provienen de una decisión judicial, lo que impide ser demandados por ser actos ejecución.

§20.5. **Inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de la obligación e imposibilidad de reconocer derechos por fuera del ordenamiento legal, falta de causa, y título para pedir el cobro de lo debido:** Insistió que la acción impetrada no es la idónea, dado que persigue el cumplimiento o ejecución de sentencias, sin examinar la legalidad de los actos relacionados.

§20.6. **Obligatoriedad de la Aplicación de los Descuentos de Salud, pensión y Solidaridad Pensional sobre factores que se ordenaron incluir para la Reliquidación de la Pensión.** Esbozó que la entidad procedió a realizar los descuentos al sistema de seguridad social sobre la reliquidación pensional, conforme a la normatividad vigente y a los parámetros adoptados por la sentencia del 4 de agosto de 2010 proferida por el Honorable Consejo de Estado.

§20.7. **Descuentos al Sistema de seguridad en salud – por concepto de solidaridad pensional – desde cuándo deben efectuarse los descuentos.** Reiteró que las deducciones de ley se deben efectuar por toda la vida laboral.

§20.8. **Procedencia de la indexación de los descuentos para seguridad social y fondo de solidaridad.** Indicó sobre la procedencia de la indexación de las sumas que se obtengan de los descuentos a la seguridad social y solidaridad, toda vez que dichos aportes deben traerse a valor presente, dado que en caso contrario se trataría de sumas desvalorizadas.

§20.9. **Sostenibilidad del Sistema Financiero:** Con apoyo en el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, la Ley 100 de 1993 y al principio de sostenibilidad financiera, el ingreso base de cotización debe ser igual tanto en salud como en pensión.

§20.10. **Inexistencia de la prescripción de los aportes para seguridad social:** Aseveró que como los derechos pensionales son imprescriptibles e irrenunciables, los aportes para seguridad social no tienen prescripción, por mandato constitucional y criterio jurisprudencial.

§20.11. **Buena fe de la entidad demandada:** Señaló que ha respetado los principios laborales al efectuar los descuentos para seguridad social ordenados en la sentencia.

§20.12. **No Configuración del derecho al pago de indemnización Moratoria:** Expuso que conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a la parte actora no le asiste el reconocimiento y pago de ningún tipo de indemnización moratoria dado que se le han cancelado en su totalidad las mesadas pensionales.

§20.13. **Excepción de Pago y Compensación:** Respecto de las sumas recibidas por la parte actora y la compensación de las sumas pagadas por concepto de las mesadas.

§20.14. **Innominada – Genérica.**

§21. En el trámite de la audiencia inicial se resolvió las excepciones previas, declaró probado el medio exceptivo de ineptitud sustantivo de la demanda por ser el acto demandado de ejecución de una sentencia judicial, y ordenó dar por terminado el proceso.

§22. Dicha decisión fue recurrida por la parte actora, y decidida por ésta Colegiatura por auto del 11 de julio de 2016³. Que ordenó modificar la decisión recurrida ordenando declarar parcialmente probada la excepción de ineptitud de la demanda, y conocer lo referente a los descuentos por aportes al sistema de pensiones.

§23. En la audiencia inicial el juzgado negó las excepciones de caducidad, cosa juzgada e inepta demanda, dejando para el estudio de fondo de la sentencia las demás.

1.3. Sentencia recurrida⁴

§24. El Juzgado Sexto Administrativo del circuito de Manizales, dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“PRIMERO.- NIÉGANSE las pretensiones de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, formuladas por la señora FLOR MARÍA HENAO CARDONA contra la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.

SEGUNDO: CONDÉNASE EN COSTAS a la parte actora y a favor de la entidad demandada, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. FÍJASE por concepto de agencias en derecho, también la carga de la parte accionante y a favor de la parte demandada, la suma de doscientos mil pesos (\$200.000).”

§25. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problemas jurídicos, los siguientes:

“¿A LA UNIVERSIDAD NACIONAL SOLO LE ERA PERMITIDO EFECTUAR DESCUENTOS POR CONCEPTO DE APORTES A SALUD EN VIRTUD DE LA ENTRADADA EN VIGENCIA DEL DECRETO 510 DE 2003? ¿OPERA LA PRESCRIPCIÓN SOBRE ESOS RUBROS?

¿DEVENGÓ LA DEMANDANTE UN SALARIO INFERIOR AL ESTABLECIDO EN LA LEY PARA EFECTOS DE LOS DESCUENTOS POR CONCEPTO DE SOLIDARIDAD?

³ Folio. 40-44, c1.

⁴ fs. 178-185 voto. c. 1

¿LA UNIVERSIDAD ORDENÓ EL PAGO DE LOS DESCUENTOS A SALUD Y AL FONDO DE SOLIDARIDAD DEBIDAMENTE INDEXADOS?

¿DEBE LA UNIVERSIDAD NACIONAL REINTEGRAR A LA DEMANDANTE EL VALOR DESCONTADO POR CONCEPTO DE APORTES A SALUD Y FONDO DE SOLIDARIDAD?

§26. Analizó el régimen jurídico de las prestaciones sociales reconocidas a los empleados de la Universidad Nacional a través de la Caja de Previsión, conforme a los Acuerdos 239 de 1946; 17 de 1974 y 92 de 1982. Que para la fecha en que ingresó la demandante se encontraba vigente el Acuerdo 92 de 1982. Acto administrativo que ordenaba un aporte del 5% del salario, como ingreso a la respectiva Caja de Previsión.

§27. Referente a los descuentos a Seguridad Social en Salud ordenados en los actos enjuiciados, conforme a los artículos 17 y 204 de la Ley 100 de 1993, estimó que la accionada debía realizar los descuentos a salud a partir del año 1994 a través de los actos acusados, proferidos en virtud de la sentencia judicial. En dicha sentencia se dispuso la reliquidación con base en nuevos factores salariales, ordenando el descuento respectivo por aportes de pensión correspondiendo a la base de liquidación incorporados en la base para la realización de aportes al sistema de salud, en virtud del principio de solidaridad.

§28. Sobre la configuración de la prescripción de los aportes a salud, expuso que no es aplicable la sentencia emitida el 26 de marzo de 2009 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Insiste en el deber de realizar nuevos aportes al sistema de salud con ocasión de la modificación de la base salarial. Y respecto a los descuentos con destino al fondo de solidaridad, precisó conforme a lo previsto en el artículo 27 de la Ley 100 de 1993. De acuerdo con el salario base de cotización se encontraba en la obligación legal de aportar la suma equivalente al 1% de la base de cotización, como en efecto se realizó por el ente Universitario.

§29. En cuanto a la indexación de los descuentos efectuados acogió la postura de esta Colegiatura en providencia del 24 de marzo de 2015, y esbozó que la el descuento es procedente, pues de lo contrario, la realización de aportes sobre rubros desvalorizados desconocería el principio de solidaridad.

§30. Concluyó que conforme a los supuestos fácticos y jurídicos analizados no es viable acceder a las pretensiones de la demanda.

1.4. Recurso de apelación de la parte actora⁵

§31. Inconforme con la decisión de primera instancia, cuestionó los descuentos de salud ordenados, pues va más allá, de lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente señaló, que la obligatoriedad de los descuentos para salud y pensión son deducibles a partir del 1 de marzo de 2003 y no desde el 1 de abril de 1994, conforme lo prevé el Decreto 510 de 2003.

§32. Insistió la prescripción frente a los aportes en pensión y salud con apoyo en pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de

⁵ Fl. 220-227, c1.

Estado. Al ser de naturaleza parafiscal, es aplicable la prescripción extintiva quinquenal conforme lo estipula el artículo 5 de la Ley 383 de 1997.

1.5 Actuación segunda instancia

§33. Mediante auto del 18 de octubre del 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto (fl. 3, cdno 2); y en proveído del 22 de noviembre de la misma calenda, se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al Ministerio Público (fl. 9, c2).

1.6. Alegatos de conclusión segunda instancia

§34. La parte demandante y la demandada presentaron alegatos de conclusión, el Ministerio Público permaneció silente.

§35. Parte demandante⁶: Aludió a los argumentos expuestos en el escrito de apelación.

§36. Parte demandada⁷: Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Y solicitó se confirme la decisión apelada.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

§37. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁸.

§38. *“...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”*⁹

⁶ Fl. 13-18, c2.

⁷ Fl. 19-31, c2.

§39. En razón de lo anterior, es competencia de esta instancia resolver la inconformidad de la parte demandante aludida en el escrito de impugnación.

2.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

§40. ¿La Universidad Nacional estaba facultada según la sentencia judicial que ordenó la reliquidación de la pensión a la parte actora, a descontar de los mayores valores reconocidos aportes a salud y fondo de solidaridad sobre esos nuevos factores y que devengó mientras estuvo vinculada con la Universidad Nacional?

§41. En caso afirmativo ¿Si se ajusta a derecho los montos descontados y si hay lugar a decretar la prescripción de estos?

2.3. Lo demostrado en el proceso

§42. A través de providencia del 6 de febrero de 2012, el Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión del circuito de Manizales, ordenó la reliquidación pensional con la inclusión de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, la indexación de los mismos, y **el descuento correspondiente** sobre los factores salariales reconocidos y respecto de los cuales no se efectuó la **deducción legal**. (fs. 32-42, c1).

§43. Dicha providencia **fue adicionada por la sentencia proferida por esta Colegiatura Judicial del 16 de noviembre de 2012**, en el sentido de precisar que sobre los factores incluidos realice los descuentos por concepto de aportes que corresponden por ley, para dicho efecto teniendo en cuenta el monto de cada factor salarial. (fs. 43-48 vto. c1).

§44. En cumplimiento a la orden judicial, el Fondo Pensional de la Universidad Nacional de Colombia mediante la Resolución FP 0071 del 22 de marzo de 2013, reliquidó la pensión con los factores ordenados, estimando el retroactivo, y descontando lo procedente a los aportes retroactivos de **toda la vida laboral**, por **pensión** desde el 18 de marzo de 1980 y por **salud** desde el desde el 1º de abril de 1994. (fs. 16-18, c1).

§45. A través del oficio FP-351 del 18 de noviembre de 2013, se volvió a reliquidar los descuentos por concepto de salud, pensión y fondo de solidaridad, desde el 1 de enero de 1994 hasta la fecha de retiro. (fs. 18-22, vto. c1).

§46. Resolución FP 042 del 10 de febrero de 2014, se desató el recurso de reposición en contra del anterior acto. (fl.23-26, c1).

2.4. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: ¿La Universidad Nacional estaba facultada según la sentencia judicial que ordenó la reliquidación de la pensión a la parte actora, a descontar de los mayores valores reconocidos aportes a salud y fondo de solidaridad sobre esos nuevos factores y que devengó mientras estuvo vinculada con la Universidad Nacional?

§47. Para decidir de fondo este problema jurídico, debe primero el tribunal hacer la siguiente distinción:

§48. Una cosa son los aportes que al sistema de salud deben realizar los pensionados de lo que reciben de su mesada, y otra muy distinta es el aporte que en materia de salud aportaron ellos, cuando se encontraban vinculados en la relación laboral o legal y reglamentaria.

§49. Lo anterior, por cuanto no es discutible que la Universidad Nacional está en todo su derecho a descontar de las mesadas que cancele, o ahora de los nuevos mayores valores de las mesadas, el aporte a salud desde el mismo momento en que se empezó a pagar la pensión, y sobre lo cual no es dable discutir por la parte actora.

§50. Sin embargo, lo que la Sala debe resolver, es si de la sentencia que ordenó la reliquidación de la pensión, se desprende que la Universidad Nacional como empleadora, estaba facultada a descontar por los nuevos factores que entraron al IBL para su reliquidación, también aportes a salud.

§51. Lo anterior es muy importante, pues tratándose de un acto de ejecución de sentencias debidamente ejecutoriadas y con efectos de cosa juzgada, para saber si la Universidad Nacional estaba autorizada a ordenar el descuento que se discute, debió haber sido expresamente señalado en esas providencias, por lo cual procede la Sala a revisarlas.

§52. En la sentencia proferida por el otrora Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión de Manizales de fecha 6 de febrero de 2012, se dilucidó, si la señora Flor María Henao Cardona, tenía derecho a la reliquidación pensional con la inclusión de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, la indexación de los mismos, y el descuento correspondiente sobre los factores salariales reconocidos y respecto de los cuales no se efectuó la deducción legal. (fs. 32-42, c1).

§53. El Tribunal de Caldas por su parte, en la sentencia del 16 de noviembre de 2012 precisó que sobre los factores incluidos realice los descuentos por concepto de aportes que corresponden por ley, para dicho efecto teniendo en cuenta el monto de cada factor salarial. (fs. 43-48 vto. c1).

§54. Si bien, en la sentencia de segunda instancia que confirma la de primera, esto es la reliquidación pensional pedida, ya hay un argumento sobre la razonabilidad de los descuentos, se fundamenta en el principio de sostenibilidad económica y solidaridad que ordenan reconocer las pensiones sobre la base de que se hayan hecho aportes.

§55. Esto es, el principio de sostenibilidad económica y solidaria que ordenan reconocer las pensiones sobre aportes, significa que, si las pensiones que se reconocen no tienen como contrapartida que los beneficiarios de la pensión, hubieran aportado sobre todos y cada uno de los factores sobre los que se liquida la pensión, el sistema pensional se desequilibra, o dicho de otra forma, habría un enriquecimiento del beneficiario de la pensión, en perjuicio de un empobrecimiento del sistema pensional, que debería pagar una pensión sobre unos factores sobre los que no se cotizó.

§56. Así las cosas, es dable entender, que lo que hace el Juez con la orden de los descuentos sobre los mayores valores reconocidos, es precisamente corregir esa inequidad que surge al proferirse una sentencia que reconoce un nuevo IBL,

incluyendo unos factores sobre los que no cotizó en su oportunidad el beneficiario de la pensión.

§57. Cosa muy distinta de los aportes de salud, pues en ningún momento hubo una discusión sobre ello y tampoco se ven en peligro de desequilibrio, pues es obvio que las prestaciones de tipo de salud que se brindaron al beneficiario, sucedió dentro de la época de actividad laboral, y las vicisitudes que se presenten en vida de la relación pensional, se cubren con los aportes que efectivamente se deben descontar de la mesada pensional.

§58. Frente a la obligatoriedad de los descuentos para pensiones, el art. 17 de la Ley 100 de 1.993 establece:

ARTÍCULO 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.

§59. Es necesario recordar que tanto el empleador como el trabajador tienen el deber legal de efectuar los aportes a pensión en la proporción que el mismo ordenamiento jurídico dispone; sin embargo, en la medida que en sede jurisdiccional se decida acceder a la reliquidación en relación con factores salariales distintos a aquellos sobre los cuales se hicieron los respectivos descuentos de ley, el Consejo de Estado en sentencia de 4 de septiembre de 2014, en el expediente con radicación 1420-11, precisó con claridad en qué proporción ha de asumir el pensionado el pago de dichos aportes:

Resta precisar que en casos como este en los que el empleado no realizó aportes sobre la totalidad de los factores salariales devengados, la Sala ha concluido que procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Lo anterior, toda vez que el monto de la pensión de la actora no puede verse afectado por la omisión en que incurrió la entidad empleadora al no efectuar los descuentos que le correspondían con destino a la seguridad social. En este orden, considera la Sala que, en aras de preservar los derechos del pensionado y satisfacer al mismo tiempo la exigencia de la relación entre aportes y pensión que se deriva del acto legislativo No. 01 de 2005, le corresponde a la entidad demandada proceder a descontar las sumas por conceptos de aportes a la seguridad social que no haya efectuado la actora sobre los factores devengados que se ordenen incluir en la base de liquidación.

§60. La Universidad Nacional, sostiene que los descuentos de salud se hicieron con fundamento en lo ordenado en los artículos 22 de la Ley 100 de 1993.

§61. El artículo 22 de la Ley 100 de 1.993 establece:

ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

§62. Y que los descuentos al fondo de solidaridad se hicieron con fundamento en el artículo 27 de la Ley 100 de 1993 que consagró:

ARTÍCULO 27 RECURSOS. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El fondo de solidaridad pensional tendrá las siguientes fuentes de recursos:

1. Subcuenta de solidaridad

a) El cincuenta por ciento (50%) de la cotización adicional del 1% sobre la base de cotización, a cargo de los afiliados al sistema general de pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes;

b) Los recursos que aporten las entidades territoriales para planes de extensión de cobertura en sus respectivos territorios, o de agremiaciones o federaciones para sus afiliados;

c) Las donaciones que reciba, los rendimientos financieros de sus recursos, y en general los demás recursos que reciba a cualquier título, y

d) Las multas a que se refieren los artículos 111 y 271 de la Ley 100 de 1993.

2. Subcuenta de Subsistencia (...).

§63. Como se desprende de la norma, la misma solo establece una obligación al empleador, de descontar del salario de cada afiliado al momento de su pago el monto de las obligaciones obligatorias y el de las voluntarias autorizadas, y si bien es cierto conforme a la ley, el Ingreso Base de Cotización (IBC) que se deben tener en cuenta para descuentos de pensiones, debe corresponder al IBC para salud, lo cierto es que, los nuevos factores salariales reconocidos como IBL para la reliquidación de la pensión, no estaban incluidos en el IBC inicial de cotización para pensiones y salud, pero en lo que respecta ahora con estos nuevos factores reconocidos para la reliquidación de la pensión, existe frente al empleador una fuente legal para proceder a esos descuentos que es la sentencia judicial que ordenó la reliquidación, más frente a los descuentos de salud no hay fuente legal, y al no haber fuente legal, no le es permitido a los servidores hacer descuentos sobre un IBC no autorizado por ley o por

sentencia judicial, razón por la cual al no existir norma que autorice ni sentencia judicial, el acto debe ser anulado en este aspecto.

§64. En virtud de lo anterior, concluye la Sala que para el caso concreto la entidad demandada se encontraba habilitada al momento de realizar el reajuste pensional para efectuar los descuentos de los aportes sobre los factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de la demandante y respecto de los cuales no se hizo deducción alguna, ello teniendo en cuenta que no puede haber un enriquecimiento sin causa de la actora al no realizar los aportes que debió haber satisfecho en observancia de los principios de solidaridad y sostenibilidad fiscal del sistema pensional.

§65. No sucede lo mismo frente aportes de salud, por lo que se deberá declarar la nulidad parcial de los actos demandados, en el sentido que, de los mayores valores reconocidos no se puede descontar los aportes a salud que corresponden al tiempo que laboró la actora en la Universidad Nacional, más si, lo que corresponde a los aportes ya sobre las mesadas pensionales en las proporciones señaladas en la ley.

§66. Ahora bien, respecto de los descuentos realizados al fondo de solidaridad pensional encuentra la Sala que el artículo 27 de la Ley 100 de 1993 establece como una de las fuentes de recursos del fondo de solidaridad la cotización adicional del 1% sobre el salario, que efectúan los afiliados al régimen de general de pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Conforme a lo consignado en las resoluciones cuya nulidad se deprecia la base de cotización de la actora es \$1.008.815.00¹⁰, de lo que se deriva sin duda alguna que a la actora no le asiste obligación alguna de cotizar al fondo de solidaridad pensional, puesto que no se encuentra dentro de la situación legal descrita en el artículo 27 de la Ley 100 de 1993.

§67. De esta manera, se accederá a la nulidad de los actos demandados, y no se declararán probadas las excepciones de las excepciones de “violación de Derechos Fundamentales”, “Inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de la obligación e imposibilidad de reconocer derechos por fuera del ordenamiento legal, “falta de causa y título para pedir y cobro de lo no debido”, “obligatoriedad de la aplicación de los descuentos de salud, pensión y solidaridad pensional sobre factores que se ordenaron incluir para reliquidación de la pensión”, “sostenibilidad del sistema financiero”, “procedencia de la indexación de los descuentos para seguridad social y fondo de solidaridad”, “inexistencia del derecho reclamado y de la obligación por falta de causa y título para pedir”, “inexistencia de la prescripción de los aportes para seguridad social”, “prescripción extintiva respecto de lo reclamado por el demandante”, “buena fe de la entidad demandada”, “pago y compensación”, “no configuración del derecho al pago de indemnización moratoria”, “innominada o genérica”.

§68. Ahora, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, que proceda nuevamente a expedir los actos de reliquidación pensional, eliminando de los descuentos sobre los mayores valores reconocidos, los aportes a salud y fondo de solidaridad, que hiciera la universidad sobre el tiempo en que la actora estuvo vinculada a la Universidad Nacional. Las diferencias de las mesadas pensionales que resulten por el nuevo reconocimiento, esto es sin descontar valor alguno por concepto de aportes a salud y fondo de solidaridad, deberán ser canceladas debidamente indexados conforme a la siguiente fórmula:

¹⁰ Folio 16, c1.

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

§69. En donde R se determina multiplicando el valor histórico RH que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de descuentos a salud y Fondo de Solidaridad en virtud de la reliquidación de la pensión de jubilación ordenada judicialmente, por el guarismo que resulte de dividir el índice final precios al consumidor, certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de esa providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que se efectuó el pago de los referidos descuentos.

§70. Ahora, al decidir este primer problema jurídico, por sustracción de materia deberá la Sala inhibirse a decidir lo que corresponde a los demás problemas planteados.

3. COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

§71. Se deberán liquidar costas de primera y segunda instancia a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada, en razón a que, por el hecho de esa indebida liquidación, la actora se vio obligada a realizar los gastos que un proceso de estos conlleva, desde honorarios y demás expensas necesarias para llevar a delante su causa. Los gastos se liquidarán conforme lo señala el artículo 365 y 366 del C G. del P.

§72. Se fijan como agencias en derecho, la suma de \$1.500.000,00.

§73. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§74. 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: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Flor María Henao Cardona en contra de la Universidad Nacional de Colombia – Fondo Pensional.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas “Inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de la obligación e imposibilidad de reconocer derechos por fuera del ordenamiento legal, falta de causa, y título para pedir el cobro de lo debido”, “Obligatoriedad de la Aplicación de los Descuentos de Salud, pensión y Solidaridad Pensional sobre factores que se ordenaron incluir para la Reliquidación de la Pensión”, “Descuentos al Sistema de seguridad en salud – por concepto de solidaridad pensional – desde cuándo deben efectuarse los descuentos”, “Procedencia de la indexación de los descuentos para seguridad social y fondo de solidaridad”, “Sostenibilidad del Sistema Financiero”, “Inexistencia de la prescripción de los aportes para seguridad social”, “ Buena fe de la entidad demandada”, “No

Configuración del derecho al pago de indemnización Moratoria” y “Excepción de Pago y Compensación”.

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial de los oficios FP 0351 del 18 de noviembre de 2013; FP 042 del 10 de febrero de 2014, y FP 615 del 21 de marzo de 2014, frente a los descuentos por aportes de salud y fondo de solidaridad.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** nuevamente a expedir los actos de reliquidación pensional, eliminando de los descuentos sobre los mayores valores reconocidos, los aportes a salud, que hiciera la universidad sobre el tiempo en que la actora estuvo vinculada a la Universidad Nacional.

Las diferencias de las mesadas pensionales que resulten por el nuevo reconocimiento, esto es sin descontar valor alguno por concepto de aportes a salud y fondo de solidaridad, deberán ser canceladas debidamente indexados conforme la parte motiva de esta sentencia.

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Donde R se determina multiplicando el valor histórico RH, que es el valor total descontado por aportes a salud incluso el valor indexado, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE y vigente en la fecha de la ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que realizó el pago del retroactivo de la reliquidación ordenada en la sentencia que ordenó la reliquidación pensional

QUINTO: Condenar en costas liquidar costas de primera y segunda a la parte demandada a favor de la parte demandante. Se fija como agencias en derecho \$1.500.000,00. a cargo de la demandada a favor de la demandante.

SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia conforme al artículo 192 del CPACA.

SÉPTIMO: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA y el Decreto 806 de 2020. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

Notifíquese y Cúmplase

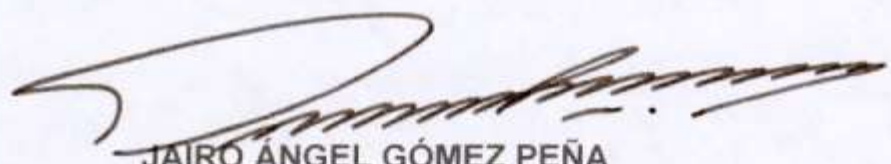
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

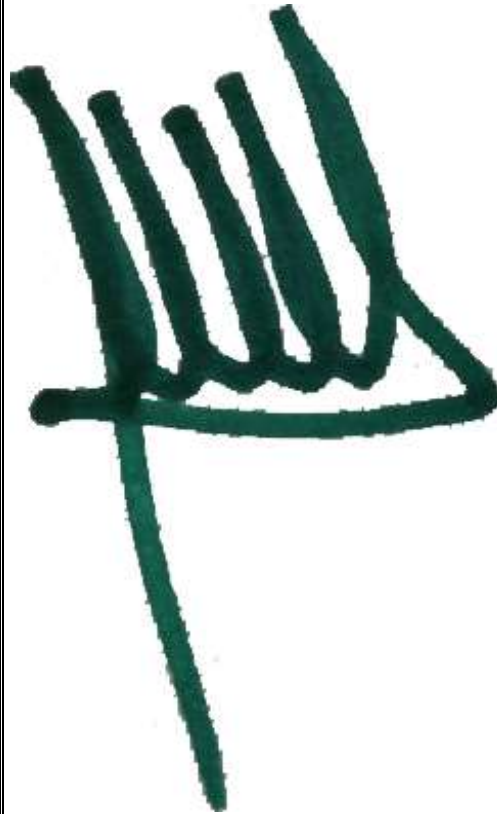


JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico **No. 161**.

Manizales, 3 de noviembre de 2020.

A handwritten signature in green ink, appearing to be 'HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA', written over a horizontal line.

**HÉCTOR JAIME CASTRO
CASTAÑEDA
Secretario**

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

cfea5860fca965697772a5ebbc2363cf494859b300cc6b6c6bbca3602599d509

Documento generado en 29/10/2020 03:04:25 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**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: María Italia Contreras Forero
Demandado : Universidad Nacional de Colombia- Fondo Pensional
Radicación : 17-001-33-33-003-2014-00342-02
Sentencia : 151

Manizales, veintiséis (26) de octubre dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

Asunto

§01. **Síntesis:** La parte demandante solicita le sean devueltos los aportes en salud descontados por la demandada al hacer la reliquidación de la pensión con nuevos factores que fue ordenado por una sentencia previa. La sentencia de primera instancia accedió a las pretensiones. La sala confirma esta decisión.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **María Italia Contreras Forero** en contra de la **Universidad Nacional de Colombia- Fondo Pensional**. El objeto de la decisión es resolver la apelación interpuesta por las partes **demandante y demandada** en contra de la sentencia proferida el **14 de junio del 2018** por la Señoría del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

§03. Se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) la **Resolución FP 0455 del 11 de diciembre del 2013**, que liquidó los aportes retroactivos a seguridad social, pensión, salud y fondo de solidaridad, en cumplimiento de una sentencia que ordenó la reliquidación con nuevos factores de la pensión de la parte demandante; y, (ii) la **Resolución 094 del 3 de marzo de 2014**, que modificó la anterior resolución sobre la reliquidación de aportes en salud.

§04. A título de restablecimiento del derecho, la demandante solicitó:

¹ (fs. 43 a 54 c. 1)

§04.1. Que el descuento por nuevos factores de liquidación de la pensión **sea únicamente por el concepto de aportes para pensión**, ya que la obligación de efectuar descuentos simultáneos para pensión y salud solo nació a partir de la vigencia del Decreto 510 de 2003.

§04.2. Que sobre los aportes deberá aplicarse la prescripción quinquenal de que trata el artículo 54 de la Ley 383 de 1997.

§04.3. Que la indexación sobre la liquidación de aportes, si hay lugar a ella, deberá decretarse a cargo del ente nominador, por cuanto la facultad de recaudo de estos aportes estaba en cabeza del ente y no del trabajador.

§04.4. Que se elimine la liquidación y los descuentos de aportes al Fondo de Solidaridad Pensional.

§05. Se ordene liquidar, a expensas de la parte demandada, las compensaciones por los mayores valores descontados por concepto de aportes para pensión, **salud y fondo de solidaridad** en el período del **17 de septiembre de 1973 al 30 de noviembre de 2002**, en el cual la obligatoriedad de los aportes se encontraba prescrita.

§06. Condenar a la entidad demandada a que las sumas a devolver sean ajustadas conforme lo ordenó la sentencia que dispuso reliquidar la pensión por factores salariales **del Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Manizales**. Como al pago de costas y agencias en derecho.

§07. En los hechos relató que la parte demandante laboró al servicio de la Universidad Nacional de Colombia, por el periodo de 20 años, y se retiró del servicio a partir del **1 de octubre de 2006**, después de haber cumplido 55 años.

§08. La Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional, a través de la Resolución VR 2061 del 23 de octubre de 2006, reconoció la pensión calculada sobre el promedio de los salarios cotizados en los últimos diez años conforme lo prevé el Decreto 1158 de 1994, sin tener en cuenta todos los factores salariales certificados en el último año.

§09. Apuntó que, una vez agotada la vía gubernativa, interpuso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el objetivo de reliquidar la pensión con todos los factores de salario devengados en el último año de servicios. En veredicto del 29 de septiembre del 2011 del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Descongestión, se accedió a la reliquidación y ordenó a la demandada realizar los descuentos correspondientes a los nuevos factores salariales incluidos.

§10. La decisión que fue confirmada por esta Colegiatura Judicial, través de providencia del 7 de marzo de 2013.

§11. En cumplimiento de lo anterior, la demandada **expidió la Resolución 0217 del 2 de agosto de 2013** que reliquidó la pensión en la suma de \$1.298.049 efectiva a partir del 1 de octubre de 2006.

§12. Esta resolución hizo el **descuento** de los **aportes** por los nuevos factores, **con destino a pensión** por la suma de \$8.752.285, **desde el 9 de febrero de 1976 al 30 de**

septiembre de 2006, y **por salud** en la suma de \$3.193.755, desde el 1 de abril de 1994 hasta el 30 de septiembre del 2006, para un total de \$11.946.040, a cargo del trabajador.

§13. Que los valores de aportes tanto en salud como en pensión descontadas de las diferencias de las mesadas, fueron indexadas a valor presente a cargo únicamente del trabajador.

§14. Expuso que los descuentos para la a pensión se encuentran sujetos a los términos de prescripción que establece el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, es decir, la obligación prescribe pasados cinco años de su exigibilidad.

1.2. **Contestación Universidad Nacional²**

§15. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y precisó como ciertos algunos hechos y otros no constarle.

§16. Hizo énfasis en la obligatoriedad de la aplicación de los descuentos de salud, pensión y solidaridad sobre los factores que se ordenaron en la sentencia judicial para la reliquidación pensional. Los descuentos rigen para todos los regímenes pensionales.

§17. Afirmó que los descuentos realizados deben efectuarse por toda la vida laboral de manera indexada, conforme al artículo 127 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Y deben ser motivo de indexación, según la sentencia del 5 de diciembre de 2013 del Honorable Consejo de Estado.

§18. En este orden, propuso como medios exceptivos los siguientes:

§18.1. **Cosa juzgada:** Los descuentos de seguridad social dispuestos por el juzgado en sentencia, no debieron ser objeto de un nuevo debate, en aras de respetar la seguridad jurídica.

§18.2. **Caducidad:** Transcurrió un tiempo superior al legal para instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

§18.3. **Prescripción Extintiva:** Si se tiene en cuenta el tiempo de prescripción trienal desde la exigibilidad del derecho.

§18.4. **Ineptitud Sustantiva de la demanda por ser el acto demandado un acto de ejecución de una Sentencia Judicial.** Los actos administrativos atacados provienen de una decisión judicial, lo que impide ser demandados por ser actos ejecución.

§18.5. **Inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de la obligación e imposibilidad de reconocer derechos por fuera del ordenamiento legal, falta de causa, y título para pedir el cobro de lo debido:** Insistió que la acción impetrada no es la idónea, dado que persigue el cumplimiento o ejecución de sentencias, sin examinar la legalidad de los actos relacionados.

§18.6. **Obligatoriedad de la Aplicación de los Descuentos de Salud, pensión y Solidaridad Pensional sobre factores que se ordenaron incluir para la**

² Fl. 94-117, c1.

Reliquidación de la Pensión. Esbozó que la entidad procedió a realizar los descuentos al sistema de seguridad social sobre la reliquidación pensional, conforme a la normatividad vigente y a los parámetros adoptados por la sentencia del 4 de agosto de 2010 proferida por el Honorable Consejo de Estado.

§18.7. **Descuentos al Sistema de seguridad en salud – por concepto de solidaridad pensional – desde cuándo deben efectuarse los descuentos.** Reiteró que las deducciones de ley se deben efectuar por toda la vida laboral.

§18.8. **Procedencia de la indexación de los descuentos para seguridad social y fondo de solidaridad.** Indicó sobre la procedencia de la indexación de las sumas que se obtengan de los descuentos a la seguridad social y solidaridad, toda vez que dichos aportes deben traerse a valor presente, dado que en caso contrario se trataría de sumas desvalorizadas.

§18.9. **Sostenibilidad del Sistema Financiero:** el ingreso base de cotización debe ser igual tanto en salud como en pensión, según el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, la Ley 100 de 1993 y el principio de sostenibilidad financiera.

§18.10. **Inexistencia de la prescripción de los aportes para seguridad social:** Aseveró que como los derechos pensionales son imprescriptibles e irrenunciables, los aportes para seguridad social no tienen prescripción.

§18.11. **Buena fe de la entidad demandada:** Señaló que ha respetado los principios laborales al efectuar los descuentos para seguridad social ordenados en la sentencia.

§18.12. **No Configuración del derecho al pago de indemnización Moratoria:** Expuso que conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a la parte actora no le asiste el reconocimiento y pago de ningún tipo de indemnización moratoria dado que se le han cancelado en su totalidad las mesadas pensionales.

§18.13. **Excepción de Pago y Compensación:** Respecto de las sumas recibidas por la parte actora y la compensación de las sumas pagadas por concepto de las mesadas.

§18.14. **Innominada – Genérica.**

§19. En el trámite de la audiencia inicial se resolvió las excepciones previas, ordenando declarar el medio exceptivo de ineptitud sustantivo de la demanda por ser el acto demandado de ejecución de una sentencia judicial, y ordenó dar por terminado el proceso.

§20. Dicha decisión fue recurrida por la parte actora, y decidida por ésta Colegiatura por auto del 11 de julio de 2016³. Que ordenó modificar la decisión recurrida ordenando declarar parcialmente probada la excepción de ineptitud de la demanda, y continuar el trámite en lo referente a los descuentos por aportes al sistema de pensiones.

³ Folio. 149-157, c1.

§21. En la audiencia inicial el juzgado negó las excepciones de caducidad, cosa juzgada e inepta demanda, dejando para el estudio de fondo de la sentencia las demás.

1.3. Sentencia recurrida⁴

§22. El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia accedió a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“PRIMERO.-DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones denominadas “violación de Derechos Fundamentales”, “Inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de la obligación e imposibilidad de reconocer derechos por fuera del ordenamiento legal, “falta de causa y título para pedir y cobro de lo no debido”, “obligatoriedad de la aplicación de los descuentos de salud, pensión y solidaridad pensional sobre factores que se ordenaron incluir para reliquidación de la pensión”, “sostenibilidad del sistema financiero”, “ procedencia de la indexación de los descuentos para seguridad social y fondo de solidaridad”, “inexistencia del derecho reclamado y de la obligación por falta de causa y título para pedir”, “ inexistencia de la prescripción de los aportes para seguridad social”, “prescripción extintiva respecto de lo reclamado por el demandante”, “buena fe de la entidad demandada”, “ pago y compensación”, 2no configuración del derecho al pago de indemnización moratoria”, “innominada o genérica”.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial Resolución FP No. 455 del 11 de Diciembre de 2013 y la resolución FP-094 del 3 de marzo de 2014, frente a los descuentos por aportes en salud y fondo de solidaridad.

TERCERO. A título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA efectuar la devolución de las sumas de dinero descontadas por concepto de salud y fondo de solidaridad a favor de la parte actora señora María Italia Contreras Forero de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En todos los casos, dichas sumas de dinero serán debidamente INDEXADAS conforme al ART. 187 del CPACA, es decir, actualizadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula siguiente:

$$R = RH \times \frac{INDICE FINAL}{INDICE INICIAL}$$

En donde R se determina multiplicando el valor histórico RH que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de descuentos a salud y Fondo de Solidaridad en virtud de la reliquidación de la pensión de jubilación ordenada judicialmente, por el guarismo que resulte de dividir el índice final precios al consumidor, certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de esa providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que se efectuó el pago de los referidos descuentos.

⁴ fs. 149-157 c. 1

(...)

SÉPTIMO. – SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandada (UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA), cuya liquidación se efectuará por la Secretaría del Despacho en los términos señalados en el artículo 366 del C.G.P. Se fija como agencias en derecho, a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada, la suma de \$ 509.000.”

§23. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problemas jurídicos, los siguientes:

“¿ Procede la aplicación de descuentos por concepto de aportes en salud y al Fondo de Solidaridad a la suma resultante de la reliquidación de la pensión ordenada a favor de la demandante por la Jurisdicción Contencioso Administrativa?

§24. Analizó el régimen jurídico del Sistema de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993 y el artículo 48 de la Constitución Política, en atención a los principios de universalidad, eficiencia, y solidaridad, enunciados en la sentencia C-258 de 2013, proferida por la Corte Constitucional.

§25. En cuanto a los aportes al Sistema de Seguridad Social, precisó que consonante con los artículos 25, 26 y 27 de la Ley 100 de 1993, el Fondo de Solidaridad se creó con el fin de subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de los trabajadores. Estas normas establecen un monto de cotización del 1% sobre el salario, cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.

§26. Señaló que el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, fijó el monto y la distribución de las cotizaciones al régimen contributivo en salud en diferentes porcentajes a partir del 1 de enero de 2007.

§27. Expuso para el caso concreto que a través de la resolución FP 455 del 11 de diciembre de 2013, la Universidad Nacional dio cumplimiento a la sentencia expedida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, ordenando reliquidar la pensión de jubilación y, además, descontó los descuentos de salud y pensión. Posteriormente a través de los actos actualmente demandados, reliquidó los descuentos retroactivos a seguridad social (salud, pensión y fondo de solidaridad).

§28. Preciso que, atendiendo a la orden judicial, ésta solo dispuso la reliquidación de la pensión en lo que corresponde a efectuar aportes **en pensiones** al Sistema de Seguridad Social. En consecuencia, accedió a las pretensiones de la demanda, y condenó en costas al accionante.

1.4. Los recursos de apelación

1.4.1. Parte Actora⁵

§29. Inconforme parcialmente con la decisión de primera instancia, solicitó modificar el numeral tercero de la providencia, porque **la indexación no era**

⁵ fs. 180 a 181, c.1

procedente, en la medida que las cantidades líquidas que se ordene su devolución, en realidad son diferencias de mesadas dejadas de pagar, ordenadas como consecuencia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que fue resuelto por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales. Lo que debió ordenarse era el pago con las actualizaciones e **intereses de mora que fueron ordenados en el numeral séptimo de la parte resolutive de la sentencia precitada.**

1.4.2. Universidad Nacional de Colombia – Fondo Pensional⁶

§30. Aseveró que los actos administrativos demandados: las resoluciones FP 455 del 11 de diciembre de 2013 y FP-094 del 3 de marzo de 2014, no ordenaron efectuar descuentos, retenciones, por conceptos de seguridad social en salud y fondo de solidaridad.

§31. Luego lo único que se efectúa es la reliquidación a fin de determinar si los descuentos que si se ordenaron en la resolución FP-0217 del 2 de agosto de 2013, estaban bien liquidados y fueron correctamente descontados.

§32. Hizo hincapié que la entidad sí podía realizar los descuentos de salud y del fondo de solidaridad, con asidero en los artículos 17, 27, 80, 204 de la Ley 100 de 1993 y 8 de la Ley 797 de 2003.

§33. Reprochó que no se debió condenar en costas, porque no fueron probadas.

1.5 Actuación segunda instancia

§34. Mediante auto del 15 de noviembre del 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto (fl. 3, cdno 2); y en proveído del 22 de noviembre de la misma calenda, se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al Ministerio Público (fl. 6, c2).

1.6. Alegatos de conclusión segunda instancia

§35. La parte demandante y la demandada presentaron alegatos de conclusión, rememorando los argumentos de las apelaciones; el Ministerio Público permaneció silente.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§36. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁷.

§37. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto

⁶ fs. 184 a 192, c.1

con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁸

§38. En cuanto al **objeto de la apelación** frente al pedido de las partes:

§38.1. DE LA PARTE DEMANDANTE solicita que se modifique la sentencia de primera instancia, para que se dé cumplimiento al numeral cuarto de la sentencia del Juzgado Segundo Administrativo dictada en un proceso anterior, o sea, el **reconocimiento de actualización e intereses moratorios** desde la ejecutoria de dicha sentencia. Frente a este motivo de apelación, dicha petición no se encuentra dentro de las pretensiones de la actual demanda, que requirió: “... *las sumas a devolver al pensionado sean ajustadas conforme lo dispuso la sentencia del Juzgado Segundo de Descongestión del circuito Administrativo de Manizales...*”, por lo que este pedimento no será objeto de la apelación.

§38.2. DE LA PARTE DEMANDADA postuló argumentos atinentes a la imposibilidad de dar cumplimiento a la sentencia recurrida, atendiendo que los actos atacados no ordenaron descuento por concepto de salud o fondo de solidaridad.

§39. Conforme al artículo 328 del CGP: “... *cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.*”

2.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

§40. ¿La Universidad Nacional estaba facultada según la sentencia judicial que ordenó la reliquidación de la pensión a la parte actora, a descontar de los mayores valores reconocidos aportes a salud y solidaridad sobre esos nuevos factores y que devengó mientras estuvo vinculada con la Universidad Nacional?

§41. En caso afirmativo ¿Si se ajusta a derecho los montos descontados y si hay lugar a decretar la prescripción de los mismos?

§42. ¿Es procedente la condena en costas?

2.3. Lo demostrado en el proceso

§43. A través de providencia del 8 de noviembre de 2011, el Juzgado Segundo Administrativo del circuito de Manizales, ordenó la reliquidación pensional con la inclusión de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, su indexación, y **el descuento correspondiente** sobre los factores salariales reconocidos y respecto de los cuales no se efectuó la **deducción legal**. (fs. 14-59, c1).

§44. Dicha providencia **fue confirmada por la sentencia proferida por esta Colegiatura Judicial del 17 de marzo de 2013**. (fs. 30-34 vto. c1).

§45. En cumplimiento a la orden judicial, el Fondo Pensional de la Universidad Nacional de Colombia mediante la Resolución FP 0217 del 2 de agosto de 2013, reliquidó la pensión con los factores ordenados, estimando el retroactivo, y descontando lo procedente a los aportes retroactivos de **toda la vida laboral**, por **pensión** desde el 9 de febrero de 1976 y por **salud** desde el desde el 1º de abril de 1994. (fs. 2-4, c1).

§46. A través de la Resolución FP-455 del 11 de diciembre de 2013, se volvió a reliquidar los descuentos por concepto de salud, pensión y fondo de solidaridad. Se dispuso la devolución de valores a favor de la parte actora, y a la entidad de salud Unisalud y a cargo del fondo de solidaridad. (fs. 5-7, vto. c1).

§47. Mediante la Resolución FP-094 del 3 de marzo de 2014, como consecuencia de la reliquidación de aportes retroactivos a seguridad social se ordenó la devolución a la accionante por un valor de \$ 540.142.

2.4. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: ¿La Universidad Nacional estaba facultada según la sentencia judicial que ordenó la reliquidación de la pensión a la parte actora, a descontar de los mayores valores reconocidos aportes a salud y fondo de solidad sobre esos nuevos factores y que devengó mientras estuvo vinculada con la Universidad Nacional?

§48. Para decidir de fondo este problema jurídico, debe primero el tribunal hacer la siguiente distinción:

§49. Una cosa son los aportes que al sistema de salud deben realizar los pensionados de lo que reciben de su mesada, y otra muy distinta es el aporte que en materia de salud aportaron ellos, cuando se encontraban vinculados en la relación laboral o legal y reglamentaria.

§50. Lo anterior, por cuanto no es discutible que la Universidad Nacional está en todo su derecho a descontar de las mesadas que cancele, o ahora de los nuevos mayores valores de las mesadas, el aporte a salud desde el mismo momento en que se empezó a pagar la pensión, y sobre lo cual no es dable discutir por la parte actora.

§51. Sin embargo, lo que la Sala debe resolver, es si de la sentencia que ordenó la reliquidación de la pensión, se desprende que la Universidad Nacional como empleadora, estaba facultada a descontar por los nuevos factores que entraron al IBL para su reliquidación, también aportes a salud y fondo de solidaridad.

§52. Lo anterior es muy importante, pues tratándose de un acto de ejecución de sentencias debidamente ejecutoriadas y con efectos de cosa juzgada, para saber si la

Universidad Nacional estaba autorizada a ordenar el descuento que se discute, debió haber sido expresamente señalado en esas providencias, por lo cual procede la Sala a revisarlas.

§53. En la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales de fecha 8 de noviembre de 2011, se dilucidó, si la señora María Italia Contreras Forero, tenía derecho a la reliquidación pensional con la inclusión de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, la indexación de los mismos, y el descuento correspondiente sobre los factores salariales reconocidos y respecto de los cuales no se efectuó la deducción legal. (fs. 14-59, c1).

§54. El Tribunal de Caldas por su parte, en la sentencia del 7 de marzo del 2013, confirmó la decisión del *a quo*. (fs. 30-34 vto. c1).

§55. Si bien, en la sentencia de segunda instancia que confirma la de primera, esto es la reliquidación pensional pedida, ya hay un argumento sobre la razonabilidad de los descuentos, se fundamenta en el principio de sostenibilidad económica y solidaridad que ordenan reconocer las pensiones sobre la base de que se hayan hecho aportes.

§56. Esto es, el principio de sostenibilidad económica y solidaria que ordenan reconocer las pensiones sobre aportes, significa que, si las pensiones que se reconocen no tienen como contrapartida que los beneficiarios de la pensión, hubieran aportado sobre todos y cada uno de los factores sobre los que se liquida la pensión, el sistema pensional se desequilibra, o dicho de otra forma, habría un enriquecimiento del beneficiario de la pensión, en perjuicio de un empobrecimiento del sistema pensional, que debería pagar una pensión sobre unos factores sobre los que no se cotizó.

§57. Así las cosas, es dable entender, que lo que hace el Juez con la orden de los descuentos sobre los mayores valores reconocidos, es precisamente corregir esa inequidad que surge al proferirse una sentencia que reconoce un nuevo IBL, incluyendo unos factores sobre los que no cotizó en su oportunidad el beneficiario de la pensión.

§58. Cosa muy distinta de los aportes de salud y fondo de solidaridad, pues en ningún momento hubo una discusión sobre ello y tampoco se ven en peligro de desequilibrio, pues es obvio que las prestaciones de tipo de salud que se brindaron al beneficiario, sucedió dentro de la época de actividad laboral, y las vicisitudes que se presenten en vida de la relación pensional, se cubren con los aportes que efectivamente se deben descontar de la mesada pensional.

§59. Frente a la obligatoriedad de los descuentos para pensiones, el art. 17 de la Ley 100 de 1.993 establece:

ARTÍCULO 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.

§60. Es necesario recordar que tanto el empleador como el trabajador tienen el deber legal de efectuar los aportes a pensión en la proporción que el mismo ordenamiento jurídico dispone; sin embargo, en la medida que en sede jurisdiccional se decida acceder a la reliquidación en relación con factores salariales distintos a aquellos sobre los cuales se hicieron los respectivos descuentos de ley, el Consejo de Estado en sentencia de 4 de septiembre de 2014, en el expediente con radicación 1420-11, precisó con claridad en qué proporción ha de asumir el pensionado el pago de dichos aportes:

Resta precisar que en casos como este en los que el empleado no realizó aportes sobre la totalidad de los factores salariales devengados, la Sala ha concluido que procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Lo anterior, toda vez que el monto de la pensión de la actora no puede verse afectado por la omisión en que incurrió la entidad empleadora al no efectuar los descuentos que le correspondían con destino a la seguridad social. En este orden, considera la Sala que, en aras de preservar los derechos del pensionado y satisfacer al mismo tiempo la exigencia de la relación entre aportes y pensión que se deriva del acto legislativo No. 01 de 2005, le corresponde a la entidad demandada proceder a descontar las sumas por conceptos de aportes a la seguridad social que no haya efectuado la actora sobre los factores devengados que se ordenen incluir en la base de liquidación.

§61. La Universidad Nacional, sostiene que los descuentos de salud se hicieron con fundamento en lo ordenado en los artículos 22 de la Ley 100 de 1993.

§62. El artículo 22 de la Ley 100 de 1.993 establece:

ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

§63. Y que los descuentos al fondo de solidaridad se hicieron con fundamento en el artículo 27 de la Ley 100 de 1993 que consagró:

ARTÍCULO 27 RECURSOS. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El fondo de solidaridad pensional tendrá las siguientes fuentes de recursos:

1. Subcuenta de solidaridad

a) El cincuenta por ciento (50%) de la cotización adicional del 1% sobre la base de cotización, a cargo de los afiliados al sistema general de pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes;

b) Los recursos que aporten las entidades territoriales para planes de extensión de cobertura en sus respectivos territorios, o de agremiaciones o federaciones para sus afiliados;

c) Las donaciones que reciba, los rendimientos financieros de sus recursos, y en general los demás recursos que reciba a cualquier título, y

d) Las multas a que se refieren los artículos 111 y 271 de la Ley 100 de 1993.

2. Subcuenta de Subsistencia (...).

§64. Como se desprende de la norma, la misma solo establece una obligación al empleador, de descontar del salario de cada afiliado al momento de su pago el monto de las obligaciones obligatorias y el de la voluntarias autorizadas, y si bien es cierto conforme a la ley, el Ingreso Base de Cotización (IBC) que se deben tener en cuenta para descuentos de pensiones, debe corresponder al IBC para salud, lo cierto es que, los nuevos factores salariales reconocidos como IBL para la reliquidación de la pensión, no estaban incluidos en el IBC inicial de cotización para pensiones y salud, pero en lo que respecta ahora con estos nuevos factores reconocidos para la reliquidación de la pensión, existe frente al empleador una fuente legal para proceder a esos descuentos que es la sentencia judicial que ordenó la reliquidación, más frente a los descuentos de salud no hay fuente legal, y al no haber fuente legal, no le es permitido a los servidores hacer descuentos sobre un IBC no autorizado por ley o por sentencia judicial, razón por la cual al no existir norma que autorice ni sentencia judicial, el acto debe ser anulado en este aspecto.

§65. En virtud de lo anterior, concluye la Sala que para el caso concreto la entidad demandada se encontraba habilitada al momento de realizar el reajuste pensional para efectuar los descuentos de los aportes sobre los factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de la demandante y respecto de los cuales no se hizo deducción alguna, ello teniendo en cuenta que no puede haber un enriquecimiento sin causa de la actora al no realizar los aportes que debió haber satisfecho en observancia de los principios de solidaridad y sostenibilidad fiscal del sistema pensional.

§66. No sucede lo mismo frente a aportes de salud y fondo de solidaridad, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda.

§67. Ahora bien, respecto de los descuentos realizados al fondo de solidaridad pensional encuentra la Sala que el artículo 27 de la Ley 100 de 1993 establece como una de las fuentes de recursos del fondo de solidaridad la cotización adicional del 1% sobre el salario, que efectúan los afiliados al régimen de general de pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Conforme a lo consignado en las resoluciones cuya nulidad se deprecia la base

de cotización de la actora es \$1.730.733.00⁹, de lo que se deriva sin duda alguna que a la actora no le asiste obligación alguna de cotizar al fondo de solidaridad pensional, puesto que no se encuentra dentro de la situación legal descrita en el artículo 27 de la Ley 100 de 1993.

§68. Ahora, al fallar este primer problema jurídico, por sustracción de materia deberá la Sala inhibirse a fallar lo que corresponde a los demás problemas planteados.

§69. Como conclusión, conforme a la sentencia que ordenó la reliquidación pensional, los únicos descuentos que está autorizada la Universidad Nacional para descontar son los que corresponden a los aportes al sistema pensional sobre los nuevos factores que ingresan al IBL para la reliquidación de su pensión, pero no los aportes a salud y solidaridad, pues el sistema de salud por el hecho de la reliquidación pensional no se ve afectado.

§70. En este sentido, no puede accederse al cargo de la apelación de la Universidad Nacional, debido a que el descuento a los aportes que debió hacer era a pensión, y no a salud ni al fondo de solidaridad.

§71. En cuanto a la inconformidad respecto a que no era procedente la demandad de los actos aquí atacados, se contraargumenta que ya fue motivo de decisión en la excepción de ineptitud de la demanda, y precisamente estos actos volvieron a liquidar los aportes de pensión, salud y fondo de solidaridad que previamente hizo la Resolución FP 0217 del 2 de agosto de 2013 que dio cumplimiento a la sentencia del Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión.

3. Se debe condenar en costas a la parte accionada?

§72. Atendiendo la jurisprudencia reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, desde la expedición de la Ley 1437 de 2011 ha acogido el criterio objetivo valorativo para efectuar el análisis de la condena en las costas, en el cual como se ha dejado expuesto no entra en juego la conducta procesal asumida por las partes, sino que se examina cuál fue la parte vencida, y si las costas se causaron dentro del trámite judicial.

§73. Este tipo de análisis objetivo valorativo no se hizo en la sentencia de primera instancia, pues en esta simplemente se plasmó que con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 se condenaba en costas a la entidad demandada, las que se liquidarían de acuerdo con el artículo 366 del Código General del Proceso.

§74. En consecuencia, se revocará la condena en costas de primera instancia, toda vez que se omitió analizar las costas conforme a los criterios expuestos en las citadas providencias.

4. COSTAS EN ESTA INSTANCIA

§75. Se condenará en costas de esta instancia, porque hubo intervención de la parte demandante en esta instancia. Los gastos se liquidarán conforme lo señala el artículo 365 y 366 del C G. del P.

⁹ Folio 2, c1.

§76. Se fijan como agencias en derecho en un salario mínimo legal mensual.

§77. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§78. 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: REVOCAR el numeral séptimo de la sentencia de la condena en costas proferida el 14 de junio de 2018 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, proferida en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por **María Italia Contreras Forero** contra la **Universidad Nacional de Colombia – Fondo Pensional, conforme a lo expuesto en la parte motiva.**

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Condenar en costas a la parte demandada a favor de la parte demandante. Se fija como agencias en derecho en un salario mínimo legal mensual vigente. a cargo de la demandada a favor de la demandante.

CUARTO: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA y el Decreto 806 de 2020. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

Notifíquese y Cúmplase


Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

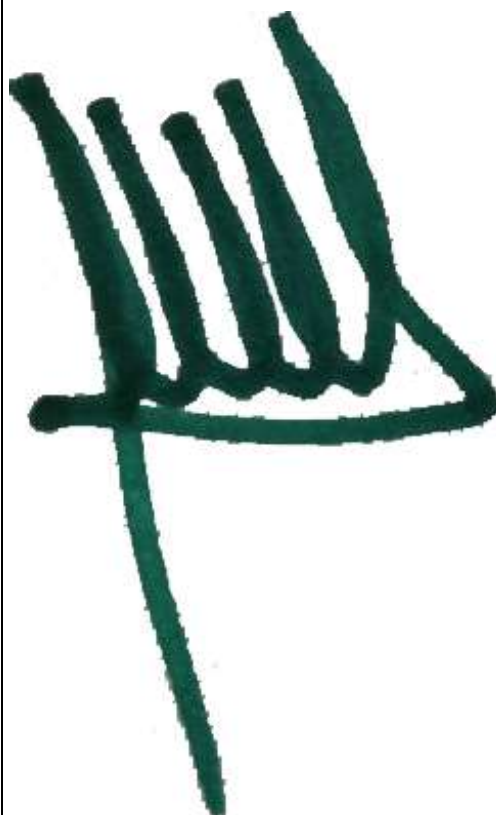


JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico **No. 161**.

Manizales, 3 de noviembre de 2020.

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base line, with a long vertical stroke extending downwards from the left side.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS

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

Código de verificación:

943c21a45e26b537793767ef483e71f0fab0ff4e2635f16c98871da2ccc28a34

Documento generado en 29/10/2020 03:04:30 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

A.I. 233

Manizales, veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicación	17 001 33 39 751 2015 00006 02
Clase	Nulidad
Demandante	Jorge Hernán Blandón Ramírez y otros
Demandado	Municipio de Manizales

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del 29 de agosto de 2019, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales.

I. Antecedentes

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante auto del 29 de agosto de 2019, resolvió la solicitud de integración de litisconsorcio necesario que efectuó el municipio de Manizales en la audiencia de pruebas y la parte demandante en escrito que obra entre folios 159 y 160 del cuaderno 1.

La parte actora considera que debe convocarse como litisconsorte necesario a la Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas, comoquiera que la misma intervino en la elaboración del POT de Manizales, acto administrativo cuya nulidad se depreca en la demanda.

El a quo decidió negar las anteriores solicitudes, recordando que la demanda está encaminada a que se declare la nulidad parcial del artículo 7 del Acuerdo 573 del 24 de diciembre de 2003, expedido por el Concejo del municipio de Manizales, acto de naturaleza general que es cuestionado a través del medio de control de simple nulidad, en donde el extremo por pasiva está constituido solamente por la autoridad que expidió el acto cuestionado. Considera que con la demanda se persigue un interés general, cual es el de restaurar el orden jurídico en abstracto y, por ende, no encuentra base para convocar por pasiva a la Constructora CFC ni a Corpocaldas. Con todo, agrega que si tales entes deseaban intervenir en el proceso, lo pudieron haber hecho a través de la figura de la coadyuvancia, habida cuenta que en este tipo de medio de control cualquier persona puede constituirse como tal, eso sí, hasta la celebración de la audiencia inicial.

(fls. 161 – 163, C. 1)

La parte demandante, mediante escrito radicado en el Despacho de conocimiento el día 4 de septiembre de 2019, presentó recurso de apelación contra el auto del 29 de agosto de 2019 en tanto negó la vinculación de Corpocaldas como litisconsorte necesario.

Sostuvo que dicha Corporación intervino en la elaboración del POT de Manizales –cuya nulidad se depreca en este caso– y es responsable de las falencias que se le endilgan al mismo, razón por la cual debe ser convocada a este proceso. En todo caso, estima que la intervención de la Corporación en el trámite del POT, la invalida para actuar como perito en este litigio.

Aunado a lo anterior, alude a las diferentes actuaciones en las que ha intervenido Corpocaldas y en donde, según dice, ha dejado expuesta una posición sesgada en torno a la utilización y uso del suelo en el terreno adyacente a la reserva forestal protectora Río Blanco. Plantea argumentos que apuntan a cuestionar la imparcialidad de la actuación desplegada por Corpocaldas en calidad de perito dentro de este proceso. (fls. 164 – 184, C. 1)

II. Consideraciones

A efectos de resolver lo pertinente, sea lo primero indicar que, la vinculación solicitada por la parte demandante frente a Corpocaldas y por el municipio de Manizales frente a la Sociedad CFC, se hace al amparo de la figura conocida como “*Litisconsorcio necesario*”, la cual, valga decir, no está expresamente prevista en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), debiéndose entonces acudir al Código General del Proceso (CGP), por remisión expresa del artículo 227 del CPACA.

Ahora bien, el artículo 61 del CGP, dispone lo siguiente:

Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio.

Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

(...)

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio.

Existe litisconsorcio necesario, cuando hay pluralidad de sujetos en calidad de demandante -litisconsorcio por activa- o de demandados -litisconsorcio por pasiva- y se encuentran vinculados por una única relación jurídico sustancial; en tal caso, se hace indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos para que el proceso pueda desarrollarse, dado que cualquier decisión que se tome dentro del mismo es uniforme y puede a su vez perjudicar o beneficiar a todos.

La Corte Suprema de Justicia, sobre el particular, ha dicho:

“El litisconsorcio como bien se sabe, implica la presencia de una pluralidad de personas integrando una de las partes de la relación jurídica procesal, identificándose tres tipos de litisconsorcio; activo, pasivo o mixto, según que la pluralidad de sujetos se halle en la parte demandante o la demandada, o en una u otra”¹.

Por lo anterior, se deduce que el litisconsorcio se considera necesario, cuando no se puede continuar adelante el proceso, si uno o varios de los sujetos que integraría una de las partes, que resulte comprometido con el sentido de la decisión, no ha sido vinculado al proceso.

En el *sub iúdice*, la parte demandante solicita la declaratoria de nulidad parcial de un acto administrativo emanado del Concejo Municipal de Manizales, suscrito y sancionado por el Alcalde de la misma localidad.

Ahora bien: conforme lo expuso en su momento el *a quo*, cuando se trata del medio de control de simple nulidad, el extremo por activa lo constituye quien demanda el acto administrativo, y por pasiva, quien lo ha expedido. El fin que se persigue es la protección de la legalidad en abstracto y no el interés de una persona o sujeto determinado. Además, el hecho de participar en el trámite del acto administrativo no confiere, per se, la legitimación en la causa por pasiva tal y como lo ha hecho ver el Consejo de Estado² en el siguiente pronunciamiento:

En ese sentido, tratándose del medio de control de nulidad, el artículo 137 de la Ley 1437 señala que cualquier persona, natural o jurídica, puede solicitar la nulidad de los actos administrativos de carácter general; medio de control en el que el contradictorio se integra por el sujeto que persigue la nulidad de las normas acusadas, o del acto administrativo cuestionado, en condición de demandante, y la o las entidades públicas que, a través de autoridades públicas y sus respectivos funcionarios, suscribieron el acto acusado, en condición de parte demandada.

En lo que tiene que ver con los sujetos que deben integrar el contradictorio en los procesos de nulidad, la Sección Tercera de esta Corporación, en providencia de 10 de agosto de 2005³, precisó:

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 22 de julio de 1998. Expediente: 5753.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez. Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-24-000-2014-00573-00

³ Consejo de estado, Sección Tercer. Sentencia de 10 de agosto de 2005. Demandante: Daniel Bradford Herrera Exp. 1997-03753-01(13753). M.P. María Helena Giraldo Gómez.

[...]

- Mucho se ha discutido sobre si en estricto derecho, en las demandas públicas en ejercicio de la Acción de Nulidad, en realidad existe un demandado, toda vez que el fin teleológico de la acción pública es la defensa del ordenamiento jurídico subvertido por el acto de menor jerarquía que se demanda, sin que procesalmente la parte pasiva responda a la exacta definición de contendiente.

- El Código Contencioso Administrativo despeja esa discusión, a través, del señalamiento de calificar como parte a las entidades públicas dentro del proceso contencioso administrativo que se adelanta “contra los actos que ellas expidan” (art. 150). De tal suerte que en la acción pública de nulidad la entidad o entidades que expide (n) el acto concurre (n) como parte pasiva porque es el acto de su autoría el acusado de ilegalidad.

- Ese mismo ordenamiento dispone que en los procesos de simple nulidad y en cuanto se refiere a la intervención de terceros, cualquier persona tiene la facultad para pedir que se le tenga como parte coadyuvante o impugnadora (art. 146, inc. 1 ibídem). Esos aspectos permiten diferenciar dentro de la acción de nulidad dirigida contra el acto administrativo, entre las figuras del litisconsorte necesario y de la intervención para coadyuvar o impugnar; la primera estará conformada exclusivamente por la (s) persona (no dependencias) pública (s) o privada (s) (con funciones públicas) que haya expresado la voluntad unilateral, concretada en el acto administrativo que se demanda; la segunda figura, de coadyuvantes o de impugnadores, se deriva del carácter público de la acción, y por ello puede intervenir toda persona que pretenda defender o impugnar la legalidad del acto.

De tal suerte que no es la temática reglamentada en los actos demandados, entiéndase minería, contractual, etc, el parámetro para determinar la parte pasiva en la demanda pública de nulidad, sino la autoría del acto, como se deduce de la norma precitada; lo anterior para contra argumentar el planteamiento de la excepcionante en cuanto a la supuesta afectación que podrían soportar, simplemente porque se trata de una reglamentación ambiental para las actividades mineras, con el fallo que se dicte, la persona jurídica CAR, el DAMA como dependencia del Distrito Especial de Bogotá y el Ministerio de Minas, como otra de las dependencias de la Nación; el litis consorcio necesario pasivo no se configura por la sola circunstancia de que existan eventualmente varias entidades que deben acatar el acto administrativo general.

De lo anterior, se advierte que el litisconsorcio necesario por pasiva, en el marco de las demandas que se presenten en ejercicio de los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad⁴ y de nulidad⁵, estará conformado por las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que intervinieron en la autoría o expedición del acto administrativo -capacidad para ser parte-, las cuales actuarán en el proceso judicial por intermedio de la persona de mayor jerarquía de cada entidad que expido el acto⁶ -representación-.

Para estos efectos, se entiende que la autoría o expedición del acto administrativo se materializa con la firma del funcionario o funcionarios en el acto administrativo, quienes obraron en nombre y representación de la o de las respectivas entidades públicas o de los particulares que cumplen funciones públicas o de los demás sujetos de derecho que, de acuerdo con la ley, tengan capacidad para expedir actos administrativos.

De igual forma, se infiere que no integrarán el litisconsorcio necesario por pasiva en los referidos medios de control, los sujetos que, por diversas situaciones, intervinieron en el trámite pero no en la expedición del acto demandando, como tampoco los sujetos que deben ejecutar o cumplir o exigir el cumplimiento de lo ordenado o dispuesto en el mismo; lo anterior, sin

⁴ Artículo 135 de la Ley 1437

⁵ Artículo 137 de la Ley 1437.

⁶ Artículo 159 de la Ley 1437.

*perjuicio de que, por ser procedente, previa revisión de cada caso concreto, dichas autoridades puedan ser vinculados en calidad de terceros con interés.
/Resalta el Despacho/*

Así las cosas, resulta claro que para emitir una decisión de fondo en controversias de simple nulidad, no se requiere la comparecencia de personas jurídicas diferentes a aquella que expidió el acto administrativo cuya nulidad se depreca; luego, aunque Corpocaldas hubiese intervenido de una u otra manera en el trámite del acto acusado, no fue ella quien lo suscribió o expidió y, por lo tanto, no está llamada a ser considerada litisconsorte necesario en este asunto.

En la misma línea de argumentación conviene precisar que, si bien es cierto Corpocaldas, la Sociedad CFC o cualquier otra persona natural o jurídica puede intervenir en un proceso de simple nulidad, también lo es que, para ello existe una oportunidad procesal, tal y como se encuentra regulado en el artículo 223 del CPACA, a saber:

***Artículo 223.** En los procesos que se tramiten con ocasión de pretensiones de simple nulidad, desde la admisión de la demanda **y hasta en la audiencia inicial, cualquier persona podrá pedir que se la tenga como coadyuvante del demandante o del demandado.** El coadyuvante podrá independientemente efectuar todos los actos procesales permitidos a la parte a la que ayuda, en cuanto no esté en oposición con los de esta. Antes del vencimiento del término para aclarar, reformar o modificar la demanda, cualquier persona podrá intervenir para formular nuevos cargos o para solicitar que la anulación se extienda a otras disposiciones del mismo acto, caso en el cual se surtirán los mismos traslados ordenados para la reforma de la demanda principal.
/Resaltado del Despacho/*

Conforme fue advertido por el a quo en su oportunidad, ni la Constructora CFC ni Corpocaldas solicitaron ser admitidas como coadyuvantes en este proceso, vale decir, ninguna solicitud en tal sentido fue planteada hasta el desarrollo de la audiencia inicial, inclusive, razón por la cual dicha posibilidad también resulta improcedente en este caso.

Finamente, resulta necesario subrayar que, los planteamientos extensamente expuestos en el recurso presentado a instancia de la parte demandante en relación con las actuaciones de Corpocaldas, las cuales, según indica, ponen en entre dicho la imparcialidad del concepto pericial por aquella emitido en este proceso, no tienen lugar en este momento procesal, pues si la intención de la parte actora era desvirtuar la idoneidad e imparcialidad de dicho ente para actuar como perito en esta litis, debió apelar el auto que decretó dicha prueba en su debida oportunidad legal. De igual forma, los cuestionamientos al informe pericial presentado por la Corporación, deberán ser valorados por el juez de conocimiento en su debida oportunidad, no siendo este el momento procesal ni la instancia pertinente para tales efectos.

Siendo ello así, sin necesidad de consideraciones adicionales, se confirmará el auto proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de

agosto de 2019, por medio del cual negó las solicitudes de integración de litis consorcio necesario presentadas por la parte demandante y por el municipio de Manizales.

III. Resuelve

Primero: Se confirma el auto proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de agosto de 2019, por medio del cual negó las solicitudes de integración de litis consorcio necesario presentadas por la parte demandante y por el municipio de Manizales.

Segundo: Notifíquese este proveído a las partes y al Ministerio Público y devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previo registro en el Programa Informático Siglo XXI.

Notifíquese y Cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jairo Ángel Gómez Peña', is centered on a light gray rectangular background.

**Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado**

República de Colombia
Rama Judicial



Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTES: CECILIA DEL SOCORRO GARCÍA CRUZ
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO - FOMAG
RADICACIÓN: 17-001-33-39-007-2018-00115-02
SENTENCIA: 150

Manizales, veintiséis (26) de octubre dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

Asunto

§01. **Síntesis:** La parte actora no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de sus cesantías, en virtud de la Ley 1071 de 2006, en el entendido que la demandada no incurrió en mora.

§02. Esta sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía de recurso de apelación interpuesto por la parte **demandante**, en contra de la sentencia proferida el 09 de agosto del 2019, por la señoría del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso instaurado por Cecilia del Socorro García Cruz, negó a las pretensiones de la accionante.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda¹

§03. La demandante solicitó se declare la nulidad parcial de la **Resolución 8686-6 del 09 de noviembre del 2017**, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, de las cesantías reconocidas. A título de restablecimiento del derecho, pidió que se reconozca a la demandada el pago indexado de dicha sanción, desde los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de esta.

§04. Como hechos precisó que la señora **Cecilia del Socorro García Cruz**, laboró como docente al Servicio Educativo Estatal, y solicitó a la Nación – Ministerio de

¹ Fl 4 a 16 C1

Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. El **22 de marzo del 2017** reclamó el pago de las cesantías, que fueron ordenadas mediante **la Resolución 702 del 11 de mayo del 2016** y pagadas el **25 de agosto del 2016** por intermedio de entidad bancaria, transcurriendo 13 días de mora después de los 70 días que tenía para hacerlo.

§05. La parte actora reclamó el pago de la sanción por mora, pero la demandada negó la petición por medio de la **Resolución 8686-6 del 09 de noviembre de 2017.**

§06. Invocó como violados los artículos 5 y 15 de la ley 91 de 1989; 1 y 2 de la ley 244 de 1995; 4 y 5 de la ley 1071 de 2006, que establecieron un término perentorio para el reconocimiento de las cesantías a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de mora se originaría una sanción equivalente a un (1) día de salario posterior a los 70 días hábiles de haber radicado la solicitud, contando hasta cuando se efectúe el pago.

1.2. Contestación de la demanda

§07. Se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas por la parte accionante, y refirió en cuanto a los hechos ser unos ciertos y otros no constarle.

§08. Manifestó que si bien el reconocimiento y pago de las cesantías superó los términos establecidos en la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006, éstas normas no son aplicables a los docentes Nacionales o Nacionalizados, al contar con un régimen especial previsto en el decreto 2831 de 2005 y la ley 91 de 1989.

§09. Expuso que en virtud de las competencias y de las disposiciones del Decreto 2831 de 2005, la atención a las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es efectuada a través de las Secretarías de Educación de las Entidades territoriales certificadas o las dependencia que haga sus veces, de ahí que el Ministerio de Educación Nacional, no tiene injerencia alguna en este procedimiento y por tal razón no debe ser condenada en la presente litis.

§10. Argumentó que en caso de darse aplicación a la ley 1071 de 2006, las Entidades Territoriales certificadas están obligadas a reconocer, en un término no mayor de 15 días, la prestación solicitada, pues de no ser expedido el acto administrativo en este estricto término, ya se estaría vulnerando el mismo.

§11. **Propuso y sustentó como medios exceptivos:**

§11.1. Falta de integración del contradictorio - litisconsorcio necesario - Vinculación del litisconsorte- Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación por pasiva: Describió que conforme a las competencias previstas en el artículo 6, 7 y 38 de la ley 715 de 2001, las entidades territoriales ejercen potestad nominadora como Administradoras de las Instituciones Educativas, son quienes expiden el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del fondo.

§11.2. Inexistencia del demandado- falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado: Preciso que conforme a lo sostenido por el Consejo de Estado y de

acuerdo al procedimiento establecido en el Decreto 1075 de 2015, no existe relación de causalidad o vínculo entre la entidad y lo solicitado por la parte actora.

§11.3. **Caducidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho:** Aseveró que se presentó la caducidad del medio de control impetrado por la parte actora, toda vez que transcurrió más de cuatro (4) meses desde la expedición del acto administrativo que reconoció el derecho hasta la presentación de la demanda.

§11.4. **Prescripción:** En los términos de los artículos 488 del CST, 102 del Decreto 1848 de 1969 y el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

§11.5. **Régimen prestacional especial e inaplicabilidad de la ley 1071 de 2006 al régimen docente - Cobro de lo no debido:** Resaltó que la Ley 1071 de 2006 no es aplicable al sector docente.

§11.6. **Detrimento patrimonial al estado:** En caso de accederse a aplicar la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006.

§11.7. **Buena fe:** Indicó que la demandada actuó conforme a la ley.

§11.8. **Genérica.**

1.3. La Sentencia apelada²

§12. En desarrollo de la audiencia inicial prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales abrió la audiencia inicial para varios procesos similares, entre ellos en el proceso instaurado por la parte actora **Cecilia del Socorro García Cruz**. Procedió a resolver las excepciones previas, declarando no probadas las de ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación por pasiva e inexistencia del demandado, falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada, falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado.

§13. En la etapa de sentencia no accedió a las pretensiones de la demanda de la siguiente manera:

*“(...) **PRIMERO:** DECLARAR no probada la excepción denominada FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA” propuestas por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en el proceso con radicado 2018-115 en donde es demandante la señora Cecilia del Socorro García Cruz.*

***SEGUNDO:** DECLARAR probadas las excepciones denominadas “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley” y “cobro de lo no debido” propuestas por la Nación- Ministerio de Educación Nacional”, en el proceso con radicado 2018-115 en donde es demandante la señora Cecilia del Socorro García Cruz.*

*(...) **OCTAVO:** SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandante dentro del proceso con radicado 2018-115, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso.*

² Fl 75 a 82 C1

§14. Postuló como problema jurídico el siguiente:

¿Es procedente declarar la nulidad del acto administrativo mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no haberse cancelado las cesantías en los plazos que ordena la ley?

§15. Prosiguió analizando el carácter prestacional de la sanción moratoria, por el no pago oportuno de las cesantías, aplicable al régimen de los docentes de acuerdo a las previsiones establecidas en la Ley 1071 de 2006 y 91 de 1989, Ley 244 de 1995.

§16. Dedujo que infirió que la Ley 1071 de 2006 ampara a los docentes y, por ende, tienen derecho a que se les pague las cesantías, de esta manera: una vez radicada la petición, la administración cuenta con 15 días hábiles para expedir la resolución, más cinco días (5) días hábiles o diez (10) días que corresponden a la ejecutoria, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firma la resolución para un total de 65 o 70 días hábiles. Luego de este plazo se causará la sanción moratoria.

§17. De acuerdo al análisis jurisprudencial y normativo señaló que para el caso de la parte actora no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006.

§18. Esto porque la docente solicitó el reconocimiento y pago de cesantías el **23 de marzo de 2017**, los 70 días previstos para el pago se cumplieron el **10 de julio de 2017** y este se efectuó el **6 de julio de 2017**.

1.4. La apelación de la parte demandante³

§19. La parte actora solicitó se revoque el veredicto, para acceder las súplicas de la demanda.

§20. El argumento principal fue que la fecha que debe tenerse en cuenta como pago de las cesantías, es la del retiro efectivo, o sea, el **14 de julio de 2017**. Y no cuando se puso a disposición el dinero en el banco, que fue el **06 de julio de 2017**. Arguyó que el FOMAG debió notificarle a la demandante que los recursos estaban a disposición en el banco.

§21. Esto por las dificultades económicas de la demandante para trasladarse desde el municipio de Riosucio hasta la ciudad de Manizales para consultar y/o retirar las cesantías.

§22. Precisó que en sede administrativa le reconocieron una “sanción moratoria” a través de la Resolución 8686-6 del 09 de noviembre de 2017, pero a la fecha de presentación del presente recurso no se ha cancelado.

1.6. Actuación Segunda Instancia

³ Fl. 84 a 90 C1

§23. Mediante auto del 28 de enero de 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto, y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al Ministerio Público.⁴

1.7. Alegatos de Conclusión Segunda Instancia.

§24. La parte actora y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentaron alegatos de conclusión, el Ministerio Público permaneció silente.

§25. **Parte actora**⁵: Se ratificó en los argumentos de la impugnación y solicitó al Despacho tener en cuenta la SUJ-SII-012-2018 que para aplicar la indexación de la sanción moratoria, desde el día del pago de las cesantías hasta que se reconozca el pago de los intereses legales.

§26. **Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**⁶: Reiteró que no incurrió en mora y que no resulta procedente la indexación de la sanción por mora con fundamento en jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado.

2. Consideraciones del Honorable Tribunal

2.1. Competencia

§27. El foro es competente para decidir la alzada conforme al artículo 153 del C.P.A.C.A.

§28. “...()El marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no **REFORMATIO IN PEIUS**, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la constitución política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de tratados internacionales relacionados con la protección de los derechos humanos y la vigencia del derecho internacional humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁷

§29. En razón de lo anterior, es competencia de esta instancia resolver la solicitud de la parte demandante su inconformidad aludida en el escrito de impugnación.

2.2. Problema Jurídico

§30. ¿Incurrió la Nación–Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en mora en el pago de las cesantías de la señora Cecilia del Socorro García Cruz?

⁴ Fl 1 C2

⁵ Fl 4 a 12 C2

⁶ Fl 14 a 16 C2

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

2.3. Aplicación de la Ley 1071 a los docentes

§31. Mediante la ley 91 de 1989⁸, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

§32. La ley 244 de 29 de diciembre de 1995⁹ estipuló el término para el pago y reconocimiento de las cesantías parciales que habrán de reconocerse a los servidores públicos de los órganos y entidades del estado una vez terminen su relación laboral, así mismo indicó una sanción por mora en caso de que se pague de forma tardía dicha prestación.

§33. Dicha preceptiva fue derogada por la ley 1071 de 2006¹⁰, en la cual se reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos como la oportunidad de su cancelación.

§34. Por su parte, el decreto 3752 de 2003¹¹ regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4º, los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales. En el artículo 5 definió el trámite de afiliación, por intermedio de las secretarías de educación de las entidades territoriales.

§35. A su vez, el artículo 56 de la ley 962 de 2005¹² señala que las prestaciones sociales de los docentes serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, 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.

§36. Dicha circunstancia fue objeto de estudio en sentencia de unificación SUJ-SII-012, del 18 de julio de 2018, proferida por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado¹³, en la cual dispuso:

*“(...) 81. Con fundamento en lo expuesto, para la sección segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los define como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la rama ejecutiva del estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; **razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.***

⁸ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=299>

⁹ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=315>

¹⁰ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=20870>

¹¹ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=11036>

¹² <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17004>

¹³ Consejo de Estado, Sección Segundo, sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio del 2018 rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015).

82. *Por lo anterior, **la sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la corte constitucional. (...)***-rft-

§37. Por su parte, la Honorable Corte Constitucional en sentencia de Unificación SU 336 de 2017¹⁴, señaló que los educadores estatales no se encuentran rotulados dentro de las categorías de servidores públicos, expuestas en el artículo 125 superior, por lo que son empleados públicos conforman una categoría residual, de régimen especial.

2.4. Respecto al pago de las cesantías

§38. La sentencia de unificación SUJ-SII-012 del Honorable Consejo de Estado proferida el 18 de julio de 2018¹⁵, unificó los términos que se deben contabilizar para el pago de las cesantías y el cómputo de la sanción moratoria, de esta manera:

“(...) En criterio de la sala, éste debe ser el real entendimiento de la sanción moratoria por no expedir el acto de reconocimiento en término, pues lo contrario sería asumir que la simple inacción de la administración impediría la causación de la penalidad analizada en esta sentencia, en detrimento de la filosofía de la cesantía y de los derechos del trabajador.

95. *En consecuencia, la sección segunda de esta corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, **el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (art. 4 L. 1071/2006), 10 del término de ejecutoria de la decisión (arts. 76 y 87 de la ley 1437 de 2011) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – decreto 01 de 1984, artículo 51, y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la ley 1071 de 2006. (...)]** (subrayada por la sala).*

§39. Así mismo, en dicho pronunciamiento, analizó como hipótesis situaciones que se pueden presentar cuando exista acto escrito de parte de la administración que reconoce la cesantía, atinente a si se notifica o no, a través de qué medio o, si se renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, o cuando el acto no se notifica, toda vez que desde dicho tiempo se inicia el periodo para controvertirlo y la verificación del pago oportuno de las cesantías, en efecto, explicó:

“(...) 97. Debe partirse de la base que se está ante el acto administrativo escrito que reconoció la cesantía expedido dentro de los 15 días que se tienen para resolver el asunto. Es de considerar, que este acto al ser de naturaleza particular debe ser notificado personalmente en los términos del artículo 67 del C.P.A.C.A., para lo cual el ente gubernativo tuvo que consultar el contenido de la petición sobre el particular, esto es, sí el peticionario habilitó la notificación por medio de

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU 336 de 2017. MP. Dr. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO, 18 de mayo de 2017.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU336-17.htm>

¹⁵ <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2084699>

electrónico, en cuyo caso, se surtirá a través de éste medio; o si por el contrario deberá acometerse conforme a la norma procesal.

98. En el primer evento, es decir, cuando se produce la notificación por medio electrónico, habrá de considerar el artículo 56 del C.P.A.C.A., para concluir que el término de ejecutoria se computará a partir del día siguiente en que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido íntegro del acto que reconoció la cesantía, vía e-mail informado para el efecto en la petición, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días después de expedido el acto.

99. En el segundo evento, el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68 del C.P.A.C.A., y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores al recibo de la notificación, correspondía hacerlo por aviso remitido a la misma dirección del requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69 ibídem; en cuyo caso, el acto se entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella.

(...)

102. Siendo prácticos, en casos donde existe acto escrito que reconoce las cesantías, el término de ejecutoria y, por ende, los 45 días hábiles posteriores a ésta para que ocurra su pago efectivo, solo empezarán a correr una vez se verifica la notificación en los estrictos términos señalados.

(...)

106. Entonces, frente a un acto escrito que no se notifique, el inicio del término de ejecutoria pende de la posibilidad de que el peticionario ejerza un acto inequívoco y positivo que denote su conocimiento, en cuyo caso, la notificación ocurrirá por conducta concluyente como cuando interpone el recurso procedente. Pero en su defecto, y entendiendo que para el pago de la cesantía lo que existe es un término expreso para el empleador so pena de constituirlo en mora y generar en su contra una sanción, ese deber ocurre luego de verificar el cumplimiento de otras obligaciones entre ellas, la de notificar el acto de reconocimiento conforme se lo ordena la ley, la cual debió ocurrir por ministerio de la ley a más tardar dentro de los 12 días siguientes a que se expide como pasa a explicarse.

107. En estas condiciones, el cómputo del término de ejecutoria del acto que reconoce la cesantía que no es notificado, diligencia que debe verificarse necesariamente para contabilizar el de pago que es de 45 días, solo será viable después de 12 días de expedido el acto definitivo, esto es, considerando la ficción que la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario, 5 días que le dio de espera para comparecer a recibir la notificación, 1 día para entregarle el aviso y 1 más con el que la perfecciona por este medio.

108. Sobre este particular, debe indicar la sección que si bien el artículo 69 del C.P.A.C.A. que desarrolla la notificación por aviso prevé la opción adicional en caso de desconocerse la ubicación del destinatario de la decisión, de publicarlo en el sitio web y en lugar de acceso público de la entidad por el término de 5 días, con la advertencia que la notificación quedará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso; dicha previsión no es de razonable aplicación para los casos donde interviene el FOMAG, si se considera que la información relacionada con la vida laboral y datos personales del docente está al alcance del ente territorial que en forma desconcentrada tramita la solicitud de reconocimiento de la cesantía.

109. Siguiendo esta misma línea, se encuentra la hipótesis de cuando el peticionario renuncia expresamente a los términos de notificación y de ejecutoria, procurando así un ágil cumplimiento del acto que le reconoce la cesantía, adquiriendo firmeza a partir de la fecha en que haga tal manifestación, al tratarse

de oportunidades asociadas al debido proceso que le permite enterarse de la decisión y controvertirla. En este caso, los 45 días para que se produzca el pago de la cesantía reconocida, corren a partir del día siguiente en que renuncia a los términos de notificación y ejecutoria.

110. Podemos concluir así, que el acto de reconocimiento de la cesantía debe notificarse personalmente al interesado en las condiciones previstas en el C.P.A.C.A., y una vez se verifica la notificación, iniciará a computarse el término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día en que así lo manifieste.

111. En las mencionadas situaciones, los términos de notificación y de ejecutoria no corren para sanción moratoria.

112. De otra arista, se tiene que una de las posibilidades frente al reconocimiento de la cesantía es la inconformidad del empleado, que podrá ser total o parcial, situación en donde dentro el término de 10 días siguientes a la notificación debió interponer el recurso procedente con el propósito de lograr la respectiva modificación, en cuyo caso el plazo de los 45 días hábiles, iniciará una vez adquiera firmeza el acto administrativo respectivo, esto es, de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 artículo 87 ibídem, desde el día siguiente a la comunicación de la decisión sobre los recursos interpuestos; por consiguiente, el cómputo se efectuará así: notificado el acto que resuelva la impugnación, se contabilizará 1 día correspondiente a la ejecutoria y a partir del día siguiente correrá el plazo legal para el pago previsto en el 0.

113. Sin embargo, otras de las posibilidades que puede ocurrir cuando se interpone un recurso, es que éste no sea resuelto. Frente a esta circunstancia, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en que una de las modalidades del derecho de petición es justamente el recurso gubernativo, el cual debe ser resuelto por la autoridad competente en el término de 15 días como si se tratara de una solicitud común y corriente, al margen que pasados 2 meses se entienda configurado un acto ficto.

114. De acuerdo con lo anterior, pasados 15 días hábiles sin que se notifique acto que resuelve el recurso interpuesto, empezará a correr el término que tiene la administración para pagar la cesantía en los términos que fue reconocida, plazo previsto en el artículo 5 de la ley 1071 de 2006 que debe agotarse para causar la sanción moratoria.

115. Todo lo explicado, respecto de las normas previstas en el C.P.A.C.A. se puede evidenciar en el siguiente cuadro:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	no aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (DESPUÉS DE 15 DÍAS)	aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición

	<i>termino de pago</i>			
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Personal</i>	<i>10 días, posteriores a la notificación</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la notificación</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Electrónica</i>	<i>10 días, posteriores a certificación de acceso al acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la notificación</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Aviso</i>	<i>10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la entrega del aviso</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>sin notificar o notificado fuera de término</i>	<i>10 días, posteriores al intento de notificación personal 16</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>67 días posteriores a la expedición del acto</i>
ACTO ESCRITO	<i>Renunció</i>	<i>renunció</i>	<i>45 días después de la renuncia</i>	<i>45 días desde la renuncia</i>
ACTO ESCRITO	<i>interpuso recurso</i>	<i>adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve</i>	<i>45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria</i>	<i>46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso</i>
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	<i>interpuso recurso</i>	<i>adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso</i>	<i>45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria</i>	<i>61 días desde la interposición del recurso</i>

2.5. Caso Concreto.

§40. La accionante **Cecilia del Socorro García Cruz**, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales el **23 de marzo del 2017**¹⁷, mismas que fueron reconocidas mediante la **resolución 3197-6 del 02 de mayo de 2017**¹⁸

§41. Como la petición se hizo en vigencia del C.P.A.C.A¹⁹, la ejecutoria del acto con el cual se concede el auxilio de cesantía, es de 70 días hábiles ulteriores a la solicitud, se observa que dicho acto fue expedido de manera extemporánea, esto es después de los 15 días, consagrados en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006.

§42. Por lo anterior, y en aplicación a los parámetros sentados en la sentencia de unificación reseñada, se contará como sanción moratoria 70 días hábiles posteriores a la fecha de petición del pago de las cesantías.

§43. En este orden, se tiene que el reconocimiento de las cesantías hecho el día **02 de mayo del 2017**²⁰, los 70 días a partir de la solicitud (esto es el 23 de marzo de 2017), para la cancelación se cumplieron el **10 de julio del 2017. Pero como fueron puestos por primera vez a disposición el 06 de julio de 2017, será la fecha que se tomará para efectos del pago**, a pesar de que fueran cobrados hasta el 14 de julio de 2017, en el Banco BBVA.

¹⁶ Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

¹⁷ Folio 17, c1.

¹⁸ Fl. 17, C1

¹⁹ Decreto 01 de 1984, **Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo.**
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=6543>

²⁰ Fl. 17 C1

§44. Al respecto la parte demandante se pronunció en el sentido que no sea valorada la fecha de disposición sino la fecha en que realizó el cobro pues a la persona beneficiaria no se le notificó en qué fecha estaban dispuestos los dineros.

§45. Con referencia a lo anterior, es carga de la parte demandante haber demostrado la gestión diligente en el cobro de las cesantías y en la consulta ante la entidad demandada y bancaria, más teniendo en cuenta que al ser una **sanción** debe quedar claro que el cobro efectivo obedeció a circunstancias imputables a la parte demandada.

§46. En consecuencia, de acuerdo con el análisis probatorio abordado se concluye que la demandante, no logró desvirtuar los fundamentos de la sentencia impugnada.

§47. En consecuencia, se confirmará la sentencia proferida por el *a quo*.

2.6. Costas en esta Instancia

§48. Con base en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, dado las actuaciones de la parte demandada en segunda instancia, se condenará en costas en esta instancia.

§49. Se fijarán las agencias en derecho en un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho a cargo de la parte demandante, con fundamento en el artículo 5º numeral 1 del psaa16-10554 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

§50. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§51. En mérito de lo expuesto, la sala de oralidad del **Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida el 09 de agosto de 2019 por la Señoría del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **Cecilia del Socorro García Cruz**, en contra de la **Nación - Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: SE CONDENAN en costas a la parte demandante en esta instancia. Se fija como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, por los motivos anteriormente expuestos.

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

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Notifíquese y Cúmplase

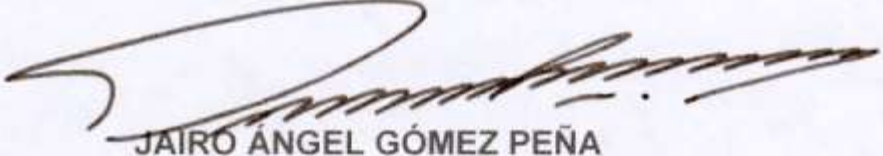
Los Magistrados



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

<p style="text-align: center;">TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico No. 161.</p> <p>Manizales, 3 de noviembre de 2020.</p> 
<p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA</p> <p>Secretario</p>

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO**

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE
MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

31def377751e6676ea6f84555833d3534afec88f116e086bb45105e67812437

1

Documento generado en 29/10/2020 03:04:34 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**República de Colombia
Rama Judicial**



**Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTES: JOSÉ FERNANDO PALACIO ÁNGEL
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCION
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -
UGPP
RADICACIÓN: 17-001-33-33-001-2018-00557-02
SENTENCIA: 149

Manizales, veintiséis (26) de octubre dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

Asunto

§01. **Síntesis:** El demandante solicita se reliquide su pensión conforme a la Ley 33 de 1985. El juzgado negó las pretensiones, al considerar que se encontraba dentro del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y conforme a las últimas líneas jurisprudenciales. La Sala revoca la sentencia y accede a las pretensiones, toda vez el actor está dentro del régimen de transición de la Ley 33 de 1985.

§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 13 de diciembre del 2019 por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor José Fernando Palacio Ángel, en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social en Adelante Ugpp-, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda¹

§03. Se pretende la nulidad de las **Resoluciones RDP 024826 del 19 de junio de 2015 040536 del 30 de septiembre de 2015**, emitidas por la UGPP, que negaron en vía administrativa y en apelación la reliquidación de la pensión de vejez de la parte demandante, con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año

¹ Fl 1 a 28, C1

de servicios. Como restablecimiento pidió que se condene a la demandada a reconocer el 75% de la totalidad de factores percibidos el último año de servicios, conforme a las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993.

§04. Describió el demandante que prestó sus servicios al **como Instructor Auxiliar, en el Indeportes del Departamento de Caldas**, por más de 20 años, por lo que le fue reconocida una pensión vitalicia de vejez mediante Resolución 27090 del 31 de diciembre de 2003, en cuantía de \$ 461.266 efectiva a partir del 29 de agosto de 2002. En la liquidación del ingreso base de solo se tuvieron en cuenta los factores de asignación básica mensual y la bonificación por servicios prestados, omitiendo los demás factores salariales.

§05. Mediante derecho de petición radicado ante la UGPP el **24 de febrero de 2015**, solicitó el reconocimiento de la reliquidación pensional con inclusión en el ingreso base de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios. La solicitud fue negada por los actos demandados.

§06. Como fundamentos de derecho invocó los artículos 48 y 53 de la Constitución Política; 33 de la Ley 33 de 1985; 36 de la Ley 100 de 1993 y Decreto 1045 de 1978.

§07. Como concepto de violación aludió a los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa contemplados en el artículo 53 de la Constitución política; además, precisó que el Decreto 1045 de 1978 enuncia los factores salariales a tener en cuenta en el cálculo del monto de la pensión.

§08. Expuso los pronunciamientos jurisprudenciales contenidos en las sentencias proferidas por el Honorable Consejo de Estado, mediante el cual se unificó el criterio del ingreso base de liquidación de la Ley 33 de 1985 modificado por la Ley 62 de 1985, y a su vez resaltó que las pensiones de jubilación deben liquidarse con todos los factores salariales por el trabajador en el último año.

1.2. Contestación de la Demanda²

§09. Aceptó los hechos referidos a los actos administrativos que concedieron la pensión, resolvieron la petición de reliquidación, y se opuso a las pretensiones.

§10. Como normas aplicables enunció las Leyes, 33 de 1985; 100 de 1993; 1437 de 2011; 1437 de 2011; SU 230 del 29 de abril de 2015; SU 427 del 11 de agosto de 2016; SU 395 del 2017; SU 143 del 28 de agosto de 2018 proferidas por la Corte Constitucional, y Decreto 1158 de 1994.

§11. **Propuso como medios exceptivos los siguientes:**

§11.1. **Inexistencia de la Obligación y Cobro de lo no Debido.** Hizo alusión a los artículos 36 de la Ley 100 de 1993 que establecen el monto para calcular el ingreso base de liquidación para aquellos beneficiarios del régimen de transición. Preciso que las sentencias SU 230 del 29 de abril de 2015, SU 427 de 2016, SU 395 del 22 de junio de 2016 y SU 210 de 2017 de la Corte Constitucional concluyeron que el

² Fl. 228 a 250, C1.1

ingreso base de liquidación no es un aspecto de transición, por lo que será determinado por el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

§11.2. **Prescripción:** Solicitó se declare la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 1968 y en los artículos 488 del C. S. del T. y el 151 del C. P. del T.

§11.3. **Genérica.**

1.3. Sentencia recurrida³

§12. El Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales resolvió:

***PRIMERO: DECLARAR PROBADA** la excepción denominada: “Inexistencia de la obligación de reliquidar las pensiones sobre el 75% de la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios”, en los procesos que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentaron María Amelia Henao Rendón y José Fernando Palacio Ángel en contra de la UGPP.*

***SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de las demandas descritas anteriormente.*

(...)

***SEXTO: SIN CONDENAS EN COSTAS** por cambio de postura jurisprudencial.*

§13. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos contenidos en la demanda, declaró únicamente probada la excepción de “prescripción” propuesta por la accionada, y consideró los siguientes problemas jurídicos:

¿Los demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación pensional, liquidado con base en el 75% de la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios?

En caso afirmativo, ¿Se configuró la prescripción de las mesadas?

§14. Hizo un análisis del régimen pensional aplicable conforme a la situación particular del señor José Fernando Palacio Ángel a quien le reconocieron pensión mediante Resolución 27090 del 31 de diciembre de 2003 a partir del 29 de agosto de 2002, por un monto de \$461.266, liquidada con el 75% del promedio de devengado en los últimos 7 años y nueve meses de servicio.

§15. Mencionó dos tesis jurisprudenciales de la Sección Segunda del Consejo de estado: (i) la tesis por la cual que la duda en la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se aplica los principios de inescindibilidad de la norma y favorabilidad, por lo tanto se incluye todos los factores salariales devengados el último año previo al estatus; y, (ii) la actual tesis que prohíja el criterio que para fijar el monto pensional debe aplicarse el IBL contenido en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

³ Fl. 260 a 268, C 1.1.

§16. Señaló que la parte actora era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la edad, tiempo y monto de la pensión, y el cálculo de del monto pensional. Por lo que el IBL corresponde al promedio de factores sobre las cuales cotizó el afiliado, según lo estipula el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

§17. Sostuvo en cuanto al cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión de la parte demandante, para la entrada de la Ley 100 de 1993, le hacía falta menos de 10 años para acceder al beneficio pensional, por lo que la prestación le fue reconocida teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 7 años, 9 meses, conforme a los lineamientos jurisprudenciales.

1.4. La apelación de la parte demandante⁴

§18. Solicitó se revoque la sentencia, porque la parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus, para lo cual debe aplicarse el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

§19. Respaldó sus argumentos en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado C.P Víctor Hernando Alvarado en la que se aclaró que el contenido del artículo 3º de la Ley 33 de 1985 era enunciativo por tanto el IBL de la pensión debe incluir los demás conceptos que el trabajador devengó durante el último año de servicios si lo recibió de forma habitual.

§20. Finalmente resaltó el deber de aplicar la norma más favorable al trabajador.

1.7. Alegatos de conclusión.

§21. La UGPP presentó alegatos de conclusión, la parte demandante y el Ministerio Público no se pronunciaron como consta en el acta secretarial del 16 de julio de 2020.

§22. **La UGPP⁵** reafirmó los argumentos de la contestación de la demanda y solicitó se confirme el fallo de primera instancia.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§23. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁶.

§24. “...*(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia*”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... *junto con las excepciones*

⁴ Fl 276 a 278, C1.1

⁵ Fl. 5 a 11, C 3

⁶ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”

7

2.2. Lo demostrado en el proceso

2.3. Problema Jurídico

§25. *¿El problema jurídico a resolver por parte de esta Sala, se contrae a determinar si se debe reliquidar el ingreso base de la liquidación de la pensión de la parte demandante teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos el último año de servicios?*

2.4. El demandante pertenece al régimen de transición de la Ley 33 de 1985 y no del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

§26. El señor José Fernando Palacio Ángel nació el 29 de agosto de 1947⁸.

§27. Prestó sus servicios de la siguiente manera: (i) en el Ministerio de Defensa Nacional, fue desde el **25 de febrero de 1968 hasta el 07 de diciembre de 1969**⁹, (ii) en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público fue desde el **08 de marzo de 1971 hasta el 30 de noviembre de 1981**¹⁰; (iii) en Coldeportes del departamento de Caldas desde el **14 de enero de 1982 hasta el 30 de abril de 1999**¹¹; (iv) en Indeportes del departamento de Caldas desde el **01 de mayo de 1999 hasta el 31 de diciembre de 2001**¹².

§28. De esta manera, para la fecha en que entró en vigor la Ley 33 del 29 de enero de 1985, el actor ya contaba con 15 años, siete meses y 15 días de servicios discontinuos.

§29. La Ley 33 de 1985 indica respecto a la pensión y su régimen de transición:

“ARTÍCULO 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁸ FI 62 C 1

⁹ FI 127 C1

¹⁰ FI 127 C1

¹¹ FI 63 C1

¹² FI 63 C1

equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

(...)

PARÁGRAFO 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.”

§30. Por lo que al actor le cobija el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, y no el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

§31. Frente a los beneficiarios del régimen de transición, este tribunal ha señalado con suficiencia¹³ que la normativa reproducida ilustra que, así se hagan aportes a la Caja de Previsión basados en rubros distintos de los enlistados en el inciso segundo del artículo 3º, las pensiones se liquidarán teniéndolos también en cuenta, intelección que se acompasa con lo estipulado en el canon 1º también trasunto.

§32. El Consejo de Estado ha entendido como salario “*lo que el trabajador recibe en forma habitual o a cualquier título y que implique retribución ordinaria permanente de servicios, sea cual fuere la designación que las partes le den...*”¹⁴, esa misma alta Corporación en providencia de 16 de febrero de 2012¹⁵, reiterando lo pregonado en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda, de 4 de agosto de 2010¹⁶, expresó que:

“...Así, esta Sala en la sentencia de Sección del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Expediente No. 0112-2009, Actor: Luis Mario Velandia, unificó los criterios en mención, para llegar a la conclusión de que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios...”. /Subrayas de la Sala/.

§33. Los factores previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 son: **asignación básica mensual**; gastos de representación y **la prima técnica**; dominicales y feriados; **horas extras**; **auxilios de alimentación** y transporte; **prima de navidad**; **bonificación por servicios prestados**; **prima de servicios**; viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978; **prima de vacaciones**; valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

¹³ Ver entre muchas otras, sentencias del 16 de junio de 2015, Exp. 2013-00299-02 y Exp. 2013-00369-02. M.P. Augusto Morales Valencia.

¹⁴ Sentencia del 19 de febrero de 2004, Sección Segunda, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Expediente: 25000-23-25-000-2007-00001-01(0302-11).

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, fecha: 4 de agosto de 2010, Ref: Expediente No. 250002325000200607509 01.-, Número Interno: 0112-2009.-, Actor: Luis Mario Velandia.

§34. El último cargo que desempeñó fue de auxiliar administrativo¹⁷, y adquirió el estatus pensional el 29 de agosto de 2002¹⁸.

§35. La liquidación de la pensión se efectuó con el 75% del salario promedio de 7 años 9 meses, incluyendo los factores salariales de **asignación básica y bonificación por servicios prestados**, conforme a la Resolución 29090 del 31 de diciembre de 2003 expedida por Cajanal que reconoció la pensión efectiva a partir del 29 de agosto de 2002.¹⁹

§36. El actor percibió en el último año de año de servicios los siguientes factores salariales: **asignación mensual, auxilio de alimentación, bonificación, prima servicio de junio, prima de servicio de diciembre, prima de navidad, bonificación recreación y prima de vacaciones**, de acuerdo con el certificado expedido por Indeportes Caldas²⁰.

§37. De esta manera, el actor tiene derecho a que se reliquide el ingreso base de su pensión con todos los factores salariales percibidos el último año de servicios.

§38. No es posible tener en cuenta la bonificación por recreación porque el artículo 15 del Decreto 2710 de 2001 expresamente ordenó que: *“Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado.”*

§39. De esta manera, se revocará la sentencia de primera instancia, y se declarará no probada las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuestas por la demandada.

§40. Respecto a la prescripción de las mesadas pensionales, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 señala que: *“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.”*

§41. Al demandante se reconoció la pensión por la Resolución 27090 del 31 de diciembre de 2003. La solicitud de reliquidación se hizo el 24 de febrero de 2015. La petición fue negada por la demandada mediante las Resoluciones RDP 024826 del 19 de junio de 2015 y 040536 del 30 de septiembre de 2015. La demanda fue presentada en 2016. De esta manera, están prescritas las mesadas anteriores al 24 de febrero de 2012.

§42. Sobre los aportes a pensión no hechos por los nuevos factores por los que se reliquidará la pensión, Acogiendo la jurisprudencia del Alto Tribunal²¹, se dispondrá que, los valores a retener y/o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor

¹⁷ FI 78 C1

¹⁸ Folio 79 C. 1

¹⁹ Fls 95 a 101, C1

²⁰ FI 63 -66 C1

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 5 de junio de 2014. Radicación N°. 25000-23-25-000-2012-00762-01 (0623-13)

presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo). Ahora bien, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores.

§43. Para efectos de la reliquidación que aquí se ordena, se seguirán los parámetros establecidos por el Consejo de Estado²², ordenando a la demandada actualizar las diferencias de mesadas que surjan entre la pensión pagada y la que se calcule con fundamento en la reliquidación del demandante a partir del 29 de agosto de 2002 (fecha de adquisición del estatus), con base en la fórmula que a continuación se indica.

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

§44. En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que de las sumas a indexar 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.

§45. 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.

2.5. Costas en esta Instancia.

§46. Como se revoca la sentencia de primera instancia, y la parte demandante debió incurrir en gastos profesionales para su asistencia ante la entidad, se condenará en costas de ambas instancias, las que se liquidarán por la Secretaría de esta Corporación, conforme al artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho en un salario mínimo legal mensual.

§47. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§48. 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 la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019 por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor **JOSÉ FERNANDO PALACIO ÁNGEL** en contra de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales –UGPP.

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Magistrado Ponente Tarsicio Cáceres Toro; sentencia 8 de agosto 2003, radicación 2500-23-25-000-1999-6516-01.

SEGUNDO: Declarar no probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la demandada.

TERCERO: Declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales anteriores al 24 de febrero de 2012.

CUARTO: Declarar la nulidad de las Resoluciones RDP 024826 del 19 de junio de 2015 040536 del 30 de septiembre de 2015 expedidas por la UGPP.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de Protección Social-UGPP-, reliquidar al señor **JOSÉ FERNANDO PALACIO ÁNGEL**, la pensión de incluyendo los factores de salario que fueron devengados en el año anterior previo al estatus, como son: **asignación mensual, auxilio de alimentación, bonificación, prima servicio de junio, prima de servicio de diciembre, prima de navidad y prima de vacaciones**. Y deberá pagar las diferencias entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir del 24 de febrero de 2012 por prescripción. Las sumas serán indexadas en la forma prescrita en la parte motiva de esta sentencia.

Se tendrá en cuenta el descuento de los aportes por salud correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, en los términos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: La entidad accionada dará cumplimiento a la sentencia de conformidad con el artículo 187 del CPACA.

SÉPTIMO: Condenar en costas de ambas instancias a la parte demandada y a favor del actor. Se fijan agencias en derecho en un salario mínimo legal mensual a favor del demandante y a cargo de la accionada.

OCTAVO: **NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA y el Decreto 806 de 2020.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

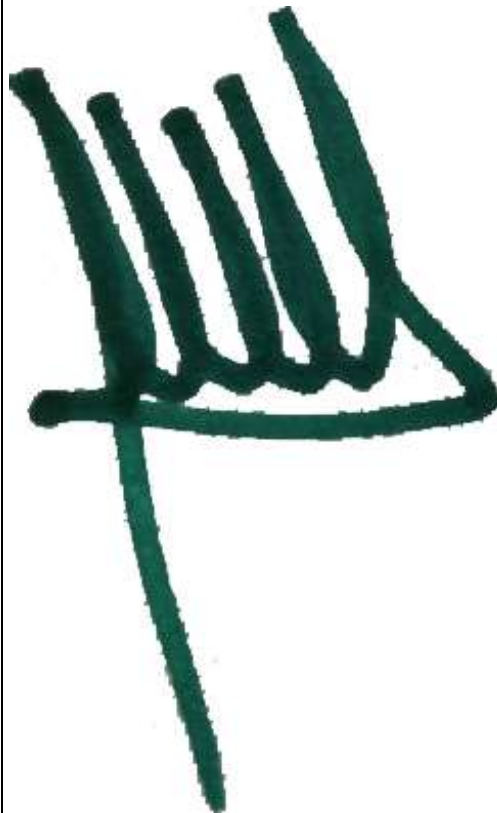


JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico **No. 161**.

Manizales, 3 de noviembre de 2020.



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

b9c323278645d9ffb413e2151ca12272da84d79f11936258473f13c68608d15b

Documento generado en 29/10/2020 03:04:14 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

A.S. 146

Radicado: 17-001-23-33-000-2019-00055-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Juan Carlos Velásquez Osorio
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

FÍJASE como fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de conformidad con el artículo 180 del CPACA dentro del proceso de la referencia, el día **17 de noviembre de 2020 a partir de las 9:00 am.**

Se requiere a los apoderados de ambos extremos procesales, informar los correos electrónicos y números telefónicos, previamente a la celebración de la audiencia al correo: sgtadmincl@ntificacionesrj.gov.co, para enviarles el enlace del aplicativo a través del cual se realizará la audiencia.

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized representation of the name.

DOHOR EDWIN VARÓN VÍVAS

Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

A.I.156

Asunto: Auto decide excepciones
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-23-33-000-2019-00318-00
Demandante: Adalgiza González de Aristizábal
Demandados: Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Caldas.

Manizales, veintiséis (26) de octubre dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

Asunto

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 12 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020 “*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*”, esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas procede a decidir las excepciones dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Adalgiza González de Aristizábal** en contra de la **Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

Antecedentes

La Nación Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas, contestaron la demanda de manera oportuna como se evidencia en la constancia secretarial visible a folio 105 del cuaderno uno. Se formuló excepciones, de las cuales se corrió traslado como se observa en el mismo documento.

La parte demandante no se pronunció sobre las excepciones propuestas.

Teniendo en cuenta el *Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica* decretado por el Gobierno Nacional y la suspensión de términos entre el 16 de marzo de 2020 y el 30 de junio de la misma anualidad, se continuará con el trámite procesal.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 12 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, a través del cual se adoptaron medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente respecto de la resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez. subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

En el presente asunto la accionada presentó la contestación de la demanda como seguidamente se indica:

Nación – Ministerio de Educación Nacional (fls. 79 a 81, C.1)

Actuando oportunamente, la entidad accionada respondió la demanda en los siguientes términos:

En relación con los hechos, el Ministerio de Educación tuvo como ciertos algunos y frente a los demás consideró que eran afirmaciones que no le constaban.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual propuso como excepciones las que denominó:

Inexistencia de la obligación y Cobro de lo no debido, en el sentido de indicar que las actuaciones de la entidad no atentan contra los derechos de la parte actora, ya que los mismos se encuentran satisfechos. Y no puede alegarse error o inaplicación de la ley.

Genérica: pidió se declare oficiosamente probada cualquier excepción, conforme lo autoriza el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil – CPC.

Departamento de Caldas (fls. 96 a 99, C.1)

Dentro del término otorgado, la entidad territorial demandada contestó la demanda de la siguiente manera.

Respecto de los hechos, el ente demandado tuvo como ciertos algunos, frente a otros consideró que no constituían hechos o que eran afirmaciones que no le constaban y negó otros.

Se opuso a las súplicas de la demanda, con fundamento en los medios exceptivos que denominó:

No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios (vinculación por litisconsorcio): la fundamenta en que la accionante prestó sus servicios para el municipio de Samaná, y la Fundación para el desarrollo comunitario de Samaná – Fundesco. Por ello, argumentó que frente a estos se puede configurar una eventual responsabilidad.

Falta de legitimación en la causa por pasiva: Con fundamento en que el Ministerio de Educación Nacional es el competente para reconocer las prestaciones sociales a cargo del personal del Fondo de Prestaciones del Magisterio. Y la entidad territorial no tiene responsabilidad en los resultados de los hechos.

Inexistencia de la obligación: Afirmó que la función del ente territorial es de trámite de las solicitudes prestacionales, y no es responsable de reconocer el derecho pensional solicitado por la parte actora.

Para resolver la excepción previa **No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios** y la excepción mixta falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas por el Departamento de Caldas, se tiene que el inciso segundo del artículo 12 del Decreto 806 de 2020, remitió a los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso, por lo que la decisión de las excepciones previas se adelanta por este último código.

Pronunciamiento frente a las excepciones de o comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios y falta de legitimación en la causa por pasiva de la Gobernación de Caldas

Integración de litisconsorcio necesario: El capítulo dispuesto a la intervención de terceros en el CPACA no reguló la figura del litisconsorcio necesario. Sin embargo, el artículo 227 ibídem estableció que en lo no regulado en dicho código sobre la intervención de terceros se aplicarán las normas del CPC, hoy CGP que señala:

“Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera

así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado. En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

De la norma precitada se colige que la procedencia de la vinculación bajo la figura de litisconsorcio necesario, requiere en primer lugar que sobre la cuestión litigiosa se debe resolver de manera uniforme para todos los litisconsorciados, y requiere de manera obligatoria su comparecencia .

En el presente caso, de acuerdo a los supuestos fácticos, la excepción previa propuesta por el Departamento de Caldas tiene fundamento en que las entidades como el municipio de Samaná y la FUNDESCO fueron empleadores de la parte actora. Luego, por haber desempeñado sus servicios en dichas entidades o instituciones cabría una eventual responsabilidad frente a éstas.

La señora Adalgiza González de Aristizábal laboró por contrato de prestación de servicios y se encuentra laborando actualmente con nombramiento provisionalidad en instituciones educativas del municipio de Samaná, Caldas. Solicitó ante el Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la pensión por aportes prevista en el artículo 71 de 1988. Sin embargo la accionada denegó el derecho pensional a través de acto que se pretende la nulidad.

En tal medida se tiene que el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a cargo del sector docente, se encuentra consagrado en la Ley 91 de 1989, norma que creó el FOMAG, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren afiliados a la fecha de su promulgación.

De otro lado, conforme a lo indicado en la demanda, a parte del tiempo laborado por nombramiento en el sector docente, ya cotizó aportes al sistema de seguridad social, por contratos de prestación de servicios cargo de Colpensiones.

En el caso del reconocimiento pensional por acumulación de tiempos de servicios el artículo 75.3 del Decreto 1848 de 1969 señala: *“En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el Artículo 72, de este Decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquéllas.”*

En igual sentido el artículo 2 de la Ley 33 de 1985: *“La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince (15) días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos.”*

Y en el mismo sentido el artículo 1 del Decreto 13 de 2001: “*En los casos en que de acuerdo con la ley no corresponda emitir bonos pensionales, la entidad que haya reconocido o que reconozca la pensión, tendrá derecho a obtener el pago de la cuota parte correspondiente a los tiempos de servicio prestados o cotizados a otras entidades que se hayan tomado en cuenta para el reconocimiento de la pensión, de conformidad con las normas aplicables y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 490 de 1998.*”

De esta manera, en caso de prosperar las pretensiones de la demanda, la entidad condenada podrá repetir contra las entidades o la caja responsable de los aportes o bonos de los tiempos de servicios prestados en entidades diferentes a la que concede la pensión.

Aunado a ello, el acto administrativo que se pretende declarar la nulidad fue expedido por la entidad accionada, que denegó el derecho pensional. En tal sentido, tal decisión no podría vincular sino a la entidad que expidió el acto administrativo.

En este sentido, al no demostrarse la necesidad de integración del litisconsorte necesario, por no evidenciarse una relación directa con las instituciones educativas, que impida proferir una decisión de fondo y que haga indispensable su vinculación al proceso. Por tanto, se denegará la excepción propuesta.

En lo que respecta al medio exceptivo de *falta de legitimación en la causa por pasiva* propuesto por el Departamento de Caldas, considera el Despacho que los argumentos que lo sustenta corresponden a un debate relativo a la legitimación material en la causa, en tanto alegan la ausencia de participación o responsabilidad en la pretensión económica que se demanda; lo cual debe ser resuelto al decidir el fondo de la controversia y no en esta etapa procesal.

En lo que respecta a los demás medios exceptivos formulados, además de que no aparecen enlistados en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso – CGP, guardan relación directa con la cuestión litigiosa, por lo que su análisis también habrá de realizarse con el fondo de la controversia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión

RESUELVE

Primero. NEGAR la prosperidad de la excepción propuesta por la Gobernación de Calas de **No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.** Se dispone resolver la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en el fondo del asunto, conforme a lo expuesto en este acto judicial.

Segundo. Ejecutoriada esta providencia, pase el expediente a Despacho del Magistrado ponente de esta decisión para resolver respecto de las pruebas aportadas y pedidas por las partes.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

<p style="text-align: center;">TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico No. 161. Manizales, 3 de noviembre de 2020.</p> 
<p style="text-align: center;">HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

**NOTIFICACIÓN POR ESTADO
ELECTRÓNICO**

No.

Firmado Por:

**PUBLIO
ANDRES
MEJIA**

<p>FECHA:</p> <p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>

**MARTIN
PATIÑO**

**MAGISTRADO
MAGISTRADO**

**- TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE
MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

a82cdab5c459ee3563eb53ef2f600ec2425b6616455150e67f889389c77b8bed

Documento generado en 29/10/2020 03:04:18 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

A.I.157

Asunto: Auto decide excepciones
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-23-33-000-2019-00338-00
Demandante: Javier Vallejo Román
Demandados: Nación – Ministerio de Educación –
Administradora Colombia de Pensiones - Colpensiones

Manizales, veintiséis (26) de octubre dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 12 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas procede a decidir las excepciones dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Javier Vallejo Román** en contra de la **Nación – Ministerio de Educación - Colpensiones**.

ANTECEDENTES

La entidad **Nación – Ministerio de Educación y Colpensiones** contestaron la demanda de manera oportuna como se evidencia en la constancia secretarial visible a folio 104 del cuaderno uno. Se formularon excepciones, y se corrió traslado como se observa en el mismo documento.

La parte demandante no se pronunció sobre las excepciones propuestas.

Teniendo en cuenta el *Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica* decretado por el Gobierno Nacional y la suspensión de términos entre el 16 de marzo de 2020 y el 30 de junio de la misma anualidad, se continuará con el trámite procesal.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 12 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, a través del cual se adoptaron medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente respecto de la resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez. subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

En el presente asunto las accionadas presentaron la contestación de la demanda como seguidamente se indica:

Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones (fls. 52 a 72, c.1)

Aceptó los hechos referidos a los actos administrativos que reconocieron la pensión de jubilación, y denegaron la misma por demás factores salariales.

Se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones previas y mixtas:

Inepta demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa: señaló que el actor no solicitó la pensión a COLPENSIONES.

Falta de legitimación en la causa: la sustenta en que no estuvo vinculada en el trámite administrativo que negó al accionante el reconocimiento pensional.

Prescripción del reajuste de la mesada pensional. Respecto a las bases salariales de la liquidación del monto de la pensión con apoyo en la jurisprudencia de las Honorables Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional.

Prescripción: Solicitó la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 1968.

- **Nación – Ministerio de Educación Nacional (fls. 91 a 94, C.1):**

En relación con los hechos, el Ministerio de Educación tuvo como ciertos algunos y frente a los demás consideró que eran afirmaciones que no le constaban. No propuso excepciones previas ni mixtas.

- **Resolución de excepciones**

Para resolver las excepciones previas de inepta demanda, falta de legitimaciones en la causa y prescripción, propuestas por COLPENSIONES, se tiene que el inciso segundo del artículo 12 del Decreto 806 de 2020, remitió a los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso.

Pronunciamiento frente a las excepciones propuestas por COLPENSIONES.

La parte demandante pretende que FOMAG reconozca la pensión como docente de la parte demandante, aunando tiempo de servicios y aportes hechos al FOMAG y a COLPENSIONES.

Solicitó ante el Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988. Sin embargo, la accionada denegó el derecho pensional a través de acto que se pretende la nulidad.

En tal medida se tiene que el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a cargo del sector docente, se encuentra consagrado en la Ley 91 de 1989, norma que creó el FOMAG, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren afiliados a la fecha de su promulgación.

En el caso del reconocimiento pensional por acumulación de tiempos de servicios el artículo 75.3 del Decreto 1848 de 1969 señala: *“En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el Artículo 72, de este Decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquéllas.”*

En igual sentido el artículo 2 de la Ley 33 de 1985: *“La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince (15) días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos.”*

Y en el mismo sentido el artículo 1 del Decreto 13 de 2001: *“En los casos en que de*

acuerdo con la ley no corresponda emitir bonos pensionales, la entidad que haya reconocido o que reconozca la pensión, tendrá derecho a obtener el pago de la cuota parte correspondiente a los tiempos de servicio prestados o cotizados a otras entidades que se hayan tomado en cuenta para el reconocimiento de la pensión, de conformidad con las normas aplicables y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 490 de 1998.”

De esta manera, en caso de prosperar las pretensiones de la demanda, la entidad condenada podrá repetir contra las entidades o la caja responsable de los aportes o bonos de los tiempos de servicios prestados en entidades diferentes a la que concede la pensión.

Sobre la excepción de inepta demanda Colpensiones increpa que la parte demandante no agotó la vía administrativa ante ella.

El artículo 161 del CPACA señala los requisitos para demandar:

“1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.

3. Cuando se pretenda el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, se requiere la constitución en renuencia de la demandada en los términos del artículo 8º de la Ley 393 de 1997.

4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código.

5. Cuando el Estado pretenda recuperar lo pagado por una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, se requiere que previamente haya realizado dicho pago.

6. Cuando se invoquen como causales de nulidad del acto de elección por voto popular aquellas contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 275 de este Código, es requisito de procedibilidad haber sido sometido por cualquier

persona antes de la declaratoria de la elección a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente.”

El Honorable Consejo de Estado señaló que *“Solo puede declararse probada la excepción previa de «ineptitud de la demanda», cuando esta no cumple cualquiera de los requisitos formales consagrados en los artículos 162 y 166 del CPACA, o en el evento en que exista indebida acumulación de pretensiones. Cabe precisar que se debe tener en cuenta también, para los efectos mencionados, el contenido del artículo 163 de la última norma mencionada, que advierte que «Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión» en tanto que este se aplica junto con lo regulado en el artículo 162 ejusdem en su ordinal 2.º que establece como uno de los requisitos formales de la demanda señalar «lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad».*

En el caso sub examine, se pretende declarar la nulidad de la Resolución 3602-6 del 19 de junio de 2019, expedida por la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, a nombre del FOMAG que negó la pensión de jubilación conforme lo prevé la Ley 71 de 1988. Por su parte, el accionante pretende que se reconozca la pensión por aportes, por haber cumplido la edad de 60 años y el cumplimiento de 1.000 semanas de cotización.

Aunque la solicitud de la pensión se hizo al FOMAG, como se pretende la acumulación de aportes por tiempos de servicios acumulados entre este fondo y COLPENSIONES, no se configura la inepta demanda porque la sentencia puede efectos frente a COLPENSIONES.

En lo que respecta al medio exceptivo de falta de legitimación en la causa por pasiva considera la Sala que los argumentos que lo sustenta corresponden a un debate relativo a la legitimación material en la causa, en tanto alegan la ausencia de participación o responsabilidad en la pretensión económica que se demanda, lo cual debe ser resuelto al decidir el fondo de la controversia y no en esta etapa procesal.

Sobre la excepción de Prescripción se debe resolver una vez se constate que el accionante tiene derecho a las pretensiones, por lo que se resolverá de fondo en la sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión

RESUELVE

Primero. Declarar no probada la excepción propuesta de inepta demanda, y ordenar resolver en la sentencia las excepciones de prescripción y falta de legitimación en la causa propuestas por COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en este acto judicial.

Segundo. Ejecutoriada esta providencia, pase el expediente a Despacho del Magistrado ponente de esta decisión para resolver respecto de las pruebas aportadas y pedidas por las partes.

**Notifíquese y cúmplase
Los Magistrados**



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

<p style="text-align: center;">TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico No. 161. Manizales, 3 de noviembre de 2020.</p> 
HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS

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

Código de verificación:

b5c3e6d67042d6b842d3d88c18b1db40d594441ccae9360d544ee864f4751747

Documento generado en 29/10/2020 03:04:22 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, treinta (30) de octubre del año dos mil veinte (2020).

A.I.: 245

Radicado: 17001-23-33-000-2019-00512-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Milvia Suarez Pérez
Demandados: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

Procede el Despacho Sustanciador de conformidad con lo establecido el artículo 13 de Decreto 806 de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, a resolver sobre el traslado para alegar previo a la emisión de sentencia anticipada, dando por agotadas las siguientes etapas.

1.- Saneamiento:

Analizadas las etapas previamente adelantadas dentro del asunto, no se observa algún vicio o situación que deba ser objeto de saneamiento.

De tal suerte que, ejecutoriada esta actuación, mientras no se trate de situaciones presentadas con posterioridad, no se podrá alegar vicio alguno respecto de las actuaciones surtidas.

2.- Resolución de Excepciones Previas:

El Despacho no emitirá pronunciamiento en esta etapa advirtiendo que, la entidad accionada Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP no propuso alguna de aquellas que deban ser resueltas en esta etapa al tenor del numeral 6º del artículo 180 del CPACA, y que, a su vez, el Despacho no observa de manera oficiosa la configuración de alguna que impida seguir con el trámite ordinario del asunto.

Cabe advertir frente a la excepción de caducidad propuesta que, la misma no puede ser analizada en esta etapa de la controversia, pues como se desprende del escrito de demanda uno de los cargos principales de nulidad planteados por la parte actora, hacer referencia precisamente a la vulneración del debido proceso de la contribuyente por haberse efectuado una indebida notificación del acto demandado, por lo cual se dispondrá diferir la decisión de caducidad planteada a la sentencia que ponga fin a este asunto, para que de tal manera se determine la

existencia o no de una indebida notificación a la parte actora y con base a ello se pueda determinar o no la existencia de caducidad en la presentación de medio de control *sub examine*.

3.- Decreto De Pruebas:

➤ Prueba Común:

Documentales: Se decreta y se apreciará por su valor legal al momento de proferir sentencia los documentos aportados con la contestación a la demanda contentivos del expediente administrativo de los actos demandados, obrantes en disco compacto a folio 166 del cuaderno principal

➤ Parte Demandante:

Documentales: Se decretan y se apreciarán por su valor legal al momento de proferir sentencia los documentos aportados con la demanda, visibles de folios 25 a 85 del cuaderno principal

➤ Parte Demandada:

No aportó, ni realizó solicitud alguna de decreto y práctica de pruebas diferentes al expediente administrativo previamente decretado como tal.

4.- Traslado Alegatos:

De conformidad con lo establecido en el ordinal primero, artículo 13 del Decreto 806 de 2020, se correrá traslado a las partes y al Ministerio Público para la presentación por escrito de los alegatos y concepto respectivamente, dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento de la ejecutoria de providencia, ello según lo dispuesto en el artículo 181 del CPACA.

De ser requerida la reproducción de uno o varios documentos que obren en el expediente, podrán solicitarlos dentro de los tres (3) días de ejecutoria de esta providencia, caso en el cual la Secretaría del Tribunal deberá suministrar en medio magnético las piezas procesales requeridas.

De conformidad con el artículo 78 del C.G.P., se **insta** a las partes para que, en el término de ejecutoria de esta providencia, alleguen las piezas procesales que se encuentren en su poder en medio magnético en formato PDF al buzón de correo sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co.

Por lo expuesto el Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

Primero: Declarar saneado el proceso.

Segundo: Incorporar como prueba hasta donde la Ley lo permita, los documentos aportados con la demanda, visibles de folios 25 a 85 y 166 del cuaderno principal.

Tercero: Correr traslado a las partes y al Ministerio Público para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión y concepto respectivamente, dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento de la ejecutoria de providencia, ello según lo dispuesto en el artículo 181 del CPACA.

De ser requerida la reproducción de uno o varios documentos que obren en el expediente, podrán solicitarlos dentro de los tres (3) días de ejecutoria de esta providencia, caso en el cual la Secretaría del Tribunal deberá suministrar en medio magnético las piezas procesales requeridas.

De conformidad con el artículo 78 del C.G.P., se **insta** a las partes para que, en el término de ejecutoria de esta providencia, alleguen las piezas procesales que se encuentren en su poder en medio magnético en formato PDF al buzón de correo sgtadmincltd@notificacionesrj.gov.co.

Notifíquese



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

A.I. 246

RADICADO: 17-001-23-33-000-2019-00603-00
NATURALEZA: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTES: Operadora de Reposterías y Otros S.A.S.
Mónica Villegas Villegas
Gustavo Alonso Cardona López
DEMANDADOS: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Dian

I. ANTECEDENTES

En el presente asunto, la parte actora deprecia la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se modificaron las liquidaciones privadas del impuesto de renta y complementarios, del impuesto de renta para la equidad – Cree y del impuesto sobre las ventas (periodos 1 y 2) de la sociedad demandante respecto del año gravable 2016 y se impusieron sanciones a los demandantes Mónica Villegas Villegas y Gustavo Alonso Cardona López.

Así, la demanda que por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró la parte actora fue admitida mediante auto del 30 de enero de 2020 (fl. 114) y notificada a la entidad demandada y demás intervinientes el 04 de marzo de 2020 (fl. 116).

Por su parte la apoderada demandante, radicó escrito de reforma a la demanda el 24 de septiembre de 2020 (fls. 158-193).

II. CONSIDERACIONES

El artículo 173 de la Ley 1437 de 2011 estipula a la letra:

“Reforma de la demanda. El demandante podrá adicionar, aclarar o modificar la demanda, por una sola vez, conforme a las siguientes reglas:

- 1. La reforma podrá proponerse hasta el vencimiento de los diez (10) días siguientes al traslado de la demanda. De la admisión de la reforma se correrá traslado mediante notificación por estado y por la mitad del término inicial. Sin embargo, si se llama a nuevas personas al proceso, de la admisión de la demanda y de su reforma se les notificará personalmente y se les correrá traslado por el término inicial.*
- 2. La reforma de la demanda podrá referirse a las partes, las pretensiones, los hechos en que estas se fundamentan o a las pruebas.*

3. *No podrá sustituirse la totalidad de las personas demandantes o demandadas ni todas las pretensiones de la demanda. Frente a nuevas pretensiones deberán cumplirse los requisitos de procedibilidad...* (Subrayas y negrillas extra-texto).

En este orden de ideas, se tiene que la norma reproducida ilustra que la reforma a la demanda bien puede ser propuesta hasta que venza el término de diez (10) días siguientes al traslado de la demanda, el cual se extiende por el plazo de treinta (30) días conforme a lo dispuesto en el precepto 172 del CPACA¹, teniendo presente, claro está, que este último período corre a partir del “...vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación...” del auto admisorio del libelo introductor (art. 199 inciso 5º L. 1437/11)².

Ahora bien, una vez estudiado el escrito de reforma de la demanda se advierte que, el mismo fue radicado el 24 de septiembre de 2020, fecha para la cual ya había transcurrido el término de traslado de la demanda, así como el de reforma a la demanda según se pasa a exponer:

Actuación Procesal	Data Inicial	Vencimiento
Término común (25 días)	05 de marzo de 2020 ³	27 de julio de 2020
Traslado de la demanda (30 días)	28 de julio de 2020	09 de septiembre de 2020
Reforma a la demanda (10 días)	10 de septiembre de 2020	23 de septiembre de 2020

Cabe advertir, que el referido conteo de términos tiene en cuenta el periodo de suspensión de los mismos que fue decretado por el Consejo Superior de la Judicatura con ocasión de los estados de emergencia decretados por el Gobierno Nacional en razón de la pandemia mundial “Covid-19” a partir del 16 de marzo de 2020, suspensión que fue levantada a partir del 1º de julio de 2020 de conformidad con lo señalado en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio hogañó.

En tal sentido, el término común de 25 días del cual habían corrido 7 días al 13 de marzo de 2020 se reanudó el 1º de julio siguiente, por lo que los 18 días restantes fenecieron el 27 de julio avante, y los demás términos transcurrieron y culminaron con normalidad según se advierte en la relación que antecede.

Así las cosas, se tiene que la reforma a la demanda presentada por la parte actora no resulta admisible dado que para la fecha de su presentación había fenecido el término procesal con el cual contaba para dicha actuación.

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

² Posición ratificada por el H. Consejo de Estado en Sentencia de tutela con Rad. 11001-03-15-000-2016-01147-00 M.P. William Hernández Gómez, señaló:

“...Como vemos, la aplicación de esta norma para el cómputo del término con el que la parte demandante cuenta para reformar la demanda, tal y como lo afirma el accionante, no ha sido pacífica puesto que son dos las interpretaciones que se han dado, una, que refiere a que el término de 10 días es concurrente con el término de los 30 días con el que cuenta la parte demandada para contestar la demanda; y otra, que estos 10 días se contabilizan al vencimiento del término de los 30 días de traslado, sin perjuicio de que dicha reforma se presente con anterioridad.

Pese a ello, tal como se reseñó, la Subsección B acoge la última tesis interpretativa, que además de ser más garantista con la parte demandante, aplica en mayor medida los postulados del mismo estatuto procedimental contencioso administrativo y revela la intención de la comisión redactora y las discusiones que durante el trámite legislativo se dieron. Así mismo, evita inconvenientes o incoherencias de orden procedimental ya anotadas, que se presentarían con la primera postura esbozada por la parte accionante”. (Subraya el Despacho).

³ Día siguiente a la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda (v. fl. 116).

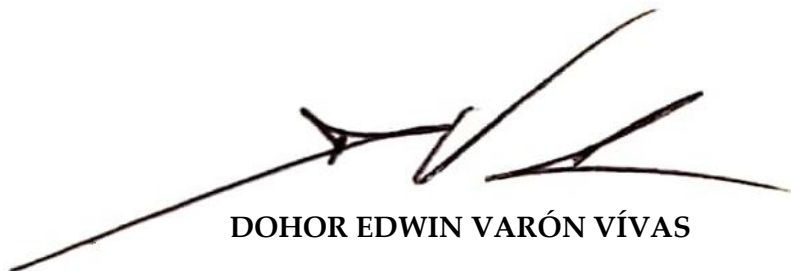
Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

PRIMERO: RECHAZAR por extemporánea la reforma a la demanda presentada por la parte actora mediante escrito radicado el 29 de septiembre de 2020.

SEGUNDO: En firme este proveído, continúese con el trámite ordinario del asunto.

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized representation of the name 'Dohor Edwin Varón Vivas'.

DOHOR EDWIN VARÓN VÍVAS

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Segunda de Decisión
Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicación	17 001 23 33 000 2020 00055 00
Clase:	Nulidad electoral
Demandante:	Jorge Hernán Aguirre González
Demandado:	Departamento de Caldas – Asamblea Departamental de Caldas – Juan Sebastián Gómez González – María Isabel Gaviria Calderón – Jessica Silvana Quiroz Hernández
Sentencia No.	105

La Sala Segunda de Decisión pasa proferir sentencia que ponga fin a la presente instancia.

No se encuentra irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado y por ello procede proferir fallo que finalice la instancia.

I. Antecedentes

1. Las pretensiones de la demanda

El aquí accionante solicita que por esta Corporación se hagan las siguientes declaraciones:

“Primera: Que se declare la nulidad parcial del Acta número 001 del 01 de enero de 2020, mediante el cual la Asamblea departamental de Caldas, conformó la mesa directiva para el periodo comprendido entre el 01 de enero y el 31 de diciembre del año 2020.

Segunda: Que, en consecuencia, se ordene a la Asamblea Departamental de Caldas, realizar nuevamente y en debida forma, la elección de la mesa directiva de esa corporación, atendiendo fielmente a los postulados constitucionales, legales y reglamentarios aplicables a la materia y observando los derechos que legalmente le corresponden a la oposición y minorías políticas”

2. Hechos

Sostiene el demandante que en las elecciones regionales llevadas a cabo el 27 de octubre de 2019 en el Departamento de Caldas, fueron elegidos para el periodo

constitucional 2020 – 2023, 14 diputados a la Asamblea departamental, los cuales de acuerdo con el formulario E – 26, emitido por el Consejo Nacional Electoral corresponden a ciudadanos que cita expresamente en el hecho primero de la demanda.

Afirma que el primero de enero de 2020, en la ciudad de Manizales, se procedió a la postulación, elección y posesión del presidente, primer vicepresidente, segundo vicepresidente y secretario de la Asamblea departamental de Caldas; siendo postulados a la presidencia los diputados Juan Sebastián Gómez González del partido de la U – “*Gobierno*”; y el señor Carlos Hernán Serna Trejos, por el partido liberal colombiano - “*Oposición*”.

Refiere que una vez surtida la votación, los integrantes de la comisión escrutadora entregaron el resultado de 14 distribuidos así: 9 votos para el diputado Juan Sebastián Gómez González, y 5 para el diputado Carlos Hernán Serna Trejos, declarándose constitucional y legal dicha elección. Posterior a lo cual, el diputado Jorge Hernán Aguirre González, indica que en atención a la solicitud del jefe del partido liberal en Caldas, senador Mario Alberto Castaño, y atendiendo a lo acordado en la reunión de bancada, dejaba presente que la bancada de dicho partido se declaraba oficialmente en oposición al gobierno departamental, y expresó de acuerdo con la normativa vigente aplicable, a quien se declarase en oposición le correspondería ocupar el cargo para el cual se estaban realizando las postulaciones por lo que, postuló al señor Hernán Alberto Bedoya Cadavid, profesional en mercadeo, especialista en gerencia de negocios internacionales.

Cita que, seguidamente, el diputado Juan Sebastián Gómez González, se dirigió al diputado Jorge Hernán Aguirre González, preguntando si de conformidad con el estatuto de la oposición, había radicado esa voluntad ante la Registraduría como lo estipula la ley; ante lo cual se respondió que se contaba con un mes para realizar dicha radicación, ante lo cual se le dijo que la ley era clara en materia de tiempos, y que como hubo otros movimientos políticos que tampoco habían apoyado al gobernador Luis Carlos Velásquez Cardona, y porque en el orden del día ya se había aprobado por 14 diputados, y en el reglamento se decía que la primera vicepresidencia le correspondía al grupo mayoritario de las minorías.

Refiere que continúan las votaciones, y que se elige a las diputadas Jessica Silvana Quiroz Hernández y María Isabel Gaviria Calderón; ante lo cual expone el señor Jorge Hernán Aguirre González que, por quedar solo una vacante, por sustracción de materia, el Partido Liberal Colombiano reiteraba la postulación del diputado Hernán Alberto Bedoya Cadavid; así como que el diputado Camilo Gaviria Gutiérrez, expresó su intención de declararse en oposición al gobierno departamental, y que renunció expresamente al escaño en la mesa directiva que por estatuto de la oposición, debía

ser asignado en consecuencia al señor Hernán Alberto Bedoya Cadavid, cerrándose las postulaciones, desconociendo los derechos de la oposición y de las minorías dentro del proceso de elección de la mesa directiva.

Afirma el demandante que debe realizarse de nuevo la elección de la mesa directiva, concediendo las garantías a la oposición y a las minorías para que ocupen, como mínimo, un cargo dentro de la mesa directiva, cargos que corresponden a: la presidencia, Juan Sebastián Gómez González; Primera Vicepresidencia, María Isabel Gaviria Calderón; y Segunda Vicepresidencia, Jessica Silvana Quiroz Hernández.

3. Contestación de la demanda

3.1. Contestación de la Asamblea Departamental de Caldas. (Documento 22 del expediente digital)

3.2. Contestación de la demandada, señora María Isabel Gaviria Calderón. (Documento 20 del expediente digital)

3.3. Contestación del demandado, señor Juan Sebastián Gómez González. (Documento 39 del expediente digital)

Precisa la Sala, que las respuestas de la demandas presentadas por la Asamblea departamental de Caldas, de la demandada señora María Isabel Gaviria Calderón y del demandado señor Juan Sebastián Gómez González, conserva total identidad en la respuesta de los hechos, las excepciones propuestas y los argumentos allí planteados, motivo por el cual se sintetizan las tres respuestas de la demandada de la siguiente manera:

Exponen que, si bien en las elecciones territoriales adelantadas el 27 de octubre del año 2019, en lo que corresponde a la Asamblea de Caldas, se eligieron 14 diputados; no todos los que actualmente ejercen esa dignidad en la Corporación fueron electos siendo candidatos a la duma departamental. Lo anterior, por cuanto el hoy diputado Camilo Gaviria Gutiérrez originalmente era candidato a la Gobernación de Caldas, y al resultar como segundo candidato con mayor votación, acepta la curul a la Asamblea. Se cita que quienes hoy son diputados, son los ciudadanos que a continuación se relacionan, con sus respectivos partidos políticos:

- Partido Liberal Colombiano: Hernán Alberto Bedoya Cadavid, Jorge Hernán Aguirre González, Carlos Hernán Serna Trejos, Jackeline Vélez López y Oscar Alonso Vargas Jaramillo. En total cinco (5) curules.

- Partido Conservador Colombiano: Rubén Darío Giraldo Sepúlveda y Mauricio Londoño Jaramillo. En total dos (2) curules.
- Partido Alianza Verde: Jessica Silvana Quiroz Hernández. En total una (1) curul.
- Partido Social de Unidad Nacional - Partido de La U: Juan Sebastián Gómez González, Manuel Orlando Correa Bedoya y Jhon Diego Villegas Marín. En total tres (3) curules.
- Coalición Partido Centro Democrático - Partido Mira: María Isabel Gaviria Calderón y Diego Cardona Arango. En total dos (2) curules.
- Coalición Todos Pa' Delante: Camilo Gaviria Gutiérrez. En total una (1) curul.

Por otra parte afirman que, si bien para el cargo de presidente de la Asamblea de Caldas se postularon los diputados Juan Sebastián Gómez González (Partido de la U) y el Diputado Carlos Hernán Serna Trejos (Partido Liberal Colombiano), éste último no pertenecía a un partido político de oposición, por cuanto, el Partido Liberal Colombiano para la fecha en que se eligieron los dignatarios a la mesa directiva de la Asamblea de Caldas, aún no había oficializado su declaración política de ser de oposición, en virtud de los artículos 6 al 10 de la Ley 1909 de 2018, y al momento de la elección de la mesa directiva el Partido Liberal tampoco acreditó el registro ante el Consejo Nacional Electoral, por lo tanto, al momento de la elección no estaba legitimado en la causa.

Finalmente, se proponen las siguientes excepciones:

“Preclusividad del proceso electoral para elegir miembros de la mesa directiva de la asamblea del departamento de caldas, y desistimiento tácito de postular candidato por el partido liberal colombiano”; “No es verídico que el partido liberal colombiano sea la mayoría entre las minorías en la Asamblea de Caldas”; “Inexistencia de un partido político de oposición a la fecha de la elección de la mesa directiva de la Asamblea de Caldas” y la “Excepción genérica de declaración oficiosa por parte del despacho”.

Respecto de la excepción de *“Preclusividad del proceso electoral para elegir miembros de la mesa directiva de la asamblea del departamento de caldas, y desistimiento tácito de postular candidato por el partido liberal colombiano”*, citan que el proceso para elegir a los miembros de la Mesa Directiva de la Asamblea del Departamento de Caldas está regulado por el Reglamento Interno de la Corporación (Ordenanza No. 429 de 2001), y prevé cuatro etapas preclusivas: i) postulación de

candidatos; ii) elección, iii) escrutinio y publicación de los resultados, y iv) declaración de la elección; etapas todas de raigambre procesal que se rigen por el principio de preclusividad o eventualidad.

Sostienen que el principio de preclusividad o de eventualidad es garante de las actuaciones administrativas, pues cada etapa es sucesiva y a medida que se va ejecutando cobra firmeza, de modo que los sujetos procesales o quienes se encuentren legitimados a reclamar un derecho, en cada etapa deben cumplir con las cargas procesales y hacer valer los derechos que el ordenamiento jurídico le otorga, de no ser así, les precluye la oportunidad.

Refieren los demandados que, para elegir la Primera Vicepresidencia el derecho de postular candidato le correspondía a las organizaciones políticas que, de acuerdo con los artículos 6° y 9° de la Ley 1909 de 2018, y conforme a los Estatutos partidarios y sus normas internas, optaran por declararse políticamente de “Oposición”, y acreditar el registro e inscripción ante el Consejo Nacional Electoral; y que el 1 de enero de 2020, algunos diputados del Partido Liberal Colombiano, manifestaron verbalmente en la plenaria postular candidato a la Primera Vicepresidencia, porque según la bancada se ha declarado en “Oposición” y estaban a la espera del documento que así lo acreditara de parte del Consejo Nacional Electoral; sin embargo, no acreditaron esa condición en los términos que establece el artículo 9° de la Ley 1909 de 2018; y afirman que no bastaba con la manifestación que realizaron, sino que adicionalmente, era necesario acreditar el registro e inscripción ante el Consejo Nacional Electoral, requisito sine quo non que no acreditaron los diputados miembros del Partido Liberal Colombiano; sosteniendo además que, la declaración política de oposición no era de su competencia, sino de la Dirección Nacional de ésta colectividad, hecho que tuvo lugar el 30 de enero de 2020, según consta en la Resolución No. 5967 de 2020, suscrita por los señores César Augusto Gaviria Trujillo y Miguel Ángel Vásquez Sánchez, su calidad de Director Nacional y Secretario General y Representante Legal, respectivamente.

Así que, para el caso de la declaración política de oposición del Partido Liberal Colombiano frente al Gobierno Departamental del Caldas, transcurrió un mes y veinte (20) días comprendidos del 9 de noviembre de 2019 (fecha en que se dio la declaración de la elección de la Asamblea Departamental para el periodo 2020-2023) hasta el 1 de enero de 2020 (sesión plenaria para elegir Mesa Directiva), para hacerla y acreditarla de acuerdo con lo establecido en el artículo 9° de la Ley 1909 de 2018; no obstante no se hizo de tal manera. Así como que, las directivas del Partido Liberal no coadyuvaron el escrito que presentaron los cinco diputados directamente ante el Consejo Nacional Electoral, entendiéndose con ello una renuncia táctica a la postulación de candidatos para elegir, y como quiera que al 1 de enero de 2020 no

existían organizaciones políticas declaradas en oposición conforme a la Ley 1909 de 2018, se procedió a elegir la mesa directiva, aplicando la norma general establecida en el Reglamento Interno de la Corporación, no vulnerando con la elección realizada los artículos 29, 40 y 112 de la Carta Política ni la Ley 1909 de 2018 como lo señala la parte actora.

Con relación a la excepción que denominan *“no es verídico que el partido liberal colombiano sea la mayoría entre las minorías en la asamblea de Caldas”*, se argumenta que no es cierto que el Partido Liberal Colombiano sea un partido mayoritario entre las minorías en la Asamblea de Caldas, pues las mayorías y las minorías políticas en las corporaciones públicas de elección popular no se determinan por coaliciones, toda vez que esta figura no pertenece a las normativamente reconocidas para postular y actuar en ellas, conforme a lo dispuesto en la Ley 130 de 1994 que corresponde al Estatuto Básico de los Partidos y Movimientos Políticos; siendo mayoría o minoría un partido político dependiendo de su representación en la integración de la Corporación o, el número de curules obtenidas en la elección respectiva; y que contrario a la afirmación del demandante, de que el Partido Liberal fuera parte de la minoría, dicho partido, es el que más obtuvo curules en la corporación, con un total 5 escaños por haber sido el partido que obtuvo más votos en la contienda electoral; siendo consciente a su juicio el demandante desde el mismo momento en el que se eligió la mesa directiva de la Asamblea de Caldas, que el Partido Liberal no era un partido minoritario, y actuó siempre como partido de la oposición.

Finalmente, en la excepción de *“inexistencia de un partido político de oposición a la fecha de la elección de la mesa directiva de la asamblea de caldas”*, se afirma que, si bien es cierto los partidos políticos declarados en oposición tienen el derecho a ser parte de la mesa directiva de las corporaciones públicas de elección popular, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 11 literal e y desarrollado en el artículo 18 de la ley 1909 de 2018, no se puede pasar por alto que el artículo 9 de la misma ley establece que los derechos de los Partidos y Movimientos Políticos solo se pueden hacer exigibles a partir de la inscripción en el Registro Único de Partidos y Movimientos Políticos.

Cita la relevancia de la declaración política dentro del marco de la Ley Estatutaria de la Oposición (Ley 1909 de 2018), así como de la preponderancia que se le imparte a la organización interna de los partidos y organizaciones políticas; concluyendo de una transcripción normativa que, la sola declaratoria a viva voz o a través de un documento informal suscrito por algunos de los integrantes de un mismo partido político no es medio suficiente para que se considere agotado el registro de la declaración política y se adquiera los derechos consignados en la Ley 1909 de 2018;

destacando la importancia del registro de la declaración política, no como un acto simple y único, sino como un acto formal y complejo, que implica el desarrollo de diversos requisitos donde convergen varios actores, desde el candidato electo para la Corporación de Elección Popular, pasando por el papel de las organizaciones políticas y la carga de responder de manera organizada y transparente para ejecutar en debida forma la misma, hasta llegar al Consejo Nacional Electoral como árbitro del proceso, que se encarga finalmente de llevar a cabo el registro.

3.4. Contestación de la demanda señora Jessica Silvana Quiroz Hernández. (Documento 29 del expediente digital).

La demandada señora Jessica Silvana contesta la demanda afirmando que los diputados Juan Sebastián Gómez y Carlos Hernán Serna Trejos, fueron postulados para el cargo de la Presidencia de la Corporación, no el diputado Carlos Hernán Aguirre Gonzales -nombre que no se encuentra en el lista de diputados de la Asamblea Departamental para el periodo Constitucional 2020-2024-; y que no se puede decir que, para la fecha de la ocurrencia de los hechos los partidos políticos a los cuales pertenecen estos diputados eran de Gobierno o de Oposición, debido a que ninguno de los dos estaba registrado en debida forma tal como lo establece la ley 1909 de 2018.

Luego sostiene que la declaración política presentada por el miembro del Partido Liberal no se puede considerar como una declaración “oficial”, por cuánto esta no cumplía con los estatutos internos y con la Circular 037 de 2019 del Partido Liberal, debido a lo siguiente: *(i) no actuaba como vocero del Partido Liberal para la fecha de los hechos (ii) la postura presentada en la sesión inaugural frente a la declaración política se había adoptado sin consideración a uno de los miembros del Partido Liberal, por lo tanto no se podía tener en cuenta, (iii) la decisión tomada de manera irregular en la reunión no fue remitida a la Dirección Nacional del Partido Liberal, además (iv) la declaración política expedida por la Dirección Nacional del Partido Liberal tampoco fue remitida a la Oficina de Inspección y Vigilancia del Consejo Nacional Electoral, por ultimo (iii) durante el desarrollo de la sesión inaugural todos los presentes evidenciaron el desacuerdo que se presentaba entre los miembros del Partido Liberal, ya que el Diputado Oscar Alonso manifestó no ser tenido en cuenta para decidir la postura de la declaración política”.*

Así como que la declaración realizada por el miembro del Partido Liberal tampoco cumplía con las disposiciones establecidas en el artículo 6 al 10 de la ley 1909 de 2018, no se había realizado de acuerdo a los estatutos internos del Partido, no se había radicado ante la Autoridad Electoral correspondiente, por lo tanto no se había surtido la inscripción necesaria para poder hacer exigibles los derechos.

Se pronuncia frente al hecho décimo quinto de la demanda, afirmando que no es cierto, puesto que la señora Jessica Silvana Quiroz resultó electa diputada de la Asamblea Departamental por el Partido Alianza Verde no por medio Coalición Unidos por Caldas, tal como se demuestra con los Formularios E 24 y E 27 aportados como prueba en la demanda.

Finalmente, propone como excepciones las que denomina *“El partido liberal no es una minoría política dentro de la asamblea departamental de caldas”*, y *“El partido liberal colombiano no ostentaba la calidad de partido político de oposición para la sesión inaugural de la asamblea departamental de caldas para el año 2020”*.

Con relación a la primera excepción, afirma que debe estudiarse lo dispuesto en el artículo 112 de la Constitución, así como a la ley estatutaria 1909 de 2018, precisando que el concepto de Minoría Política se debe entender desde el punto de vista numérico, determinado a partir de número de curules que tenga el partido político dentro de la Corporación de Elección Popular.

Seguidamente hace unas citas jurisprudenciales de la Corte Constitucional, concluyendo de ellas que los términos de minoría política y oposición no son equiparables, por lo que, los derechos de la oposición son distintos a la participación que se le otorga en las mesas directivas a los partidos o movimientos políticos minoritarios en el artículo 112 constitucional; y que a partir de la sentencia C-122 de 2011 se deja claro el concepto de minoría política y el derecho de estas a participar de las mesas directivas de las corporaciones públicas de elección popular, presupuesto que a su juicio, se cumple al interior de la Asamblea Departamental, ya que las minorías políticas cuentan con representación en la Mesa Directiva.

Cita que el argumento del demandante es que el Partido Liberal Colombiano debe ser considerado una minoría política y ser incluido en la mesa directiva, por el solo hecho de declarar a viva voz en la sesión inaugural que es partido de oposición, carece de fundamento jurídico y resulta contrario a la interpretación constitucional.

Frente a la segunda excepción, *“el partido liberal colombiano no ostentaba la calidad de partido político de oposición para la sesión inaugural de la asamblea departamental de caldas para el año 2020”*, expone que, el Partido Liberal Colombiano conformado por 5 Diputados de la Asamblea Departamental de Caldas para el periodo constitucional 2020-2024, no era un partido político declarado ni oficialmente ni legalmente en oposición para la sesión inaugural del 1 de enero de 2020; y que de acuerdo con la ley 1909 de 2018 los partidos políticos declarados en oposición tienen el derecho a ser parte de la mesa directiva de las corporaciones públicas de elección

popular, pero para que este derecho sea exigible es necesario que se cumplan por parte de los partidos y movimientos políticos una serie de requisitos, que den lugar a la inscripción de la declaración política; concluyendo de ello la necesidad del registro establecido en el artículo 9 de la ley 1909 de 2018, se presentan las dispersiones normativas y reglamentarias que regulan la materia.

Después de varias citas normativas sostienen que, la declaración política es un acto formal que implica el cumplimiento de una serie de requisito que involucra a los representantes electos, a los partidos o movimientos políticos a los que pertenecen y a la Autoridad Electoral; siendo ésta no solo un derecho de los partidos políticos a declararse a favor, en contra o independientes del gobierno, sino también como el derecho de los ciudadanos a tener la certeza de frente a la posición de los partidos o movimiento políticos.

Así mismo, sostienen que la importancia del registro de la declaración política, no es un acto simple y único, sino un acto formal y complejo, que implica el desarrollo de diversos requisitos donde convergen varios actores, desde el candidato electo para la Corporación de Elección Popular, pasando por el papel de las organizaciones políticas y la carga de responder de manera organizada y transparente para ejecutar en debida forma la misma, hasta llegar al Consejo Nacional Electoral como árbitro del proceso, que se encarga finalmente de llevar a cabo el registro.

Refieren que el Consejo Nacional Electoral por medio de la Resolución 3134 de 2018 modificada por la Resolución 3941 de 2019, reglamentó algunos de los aspectos contemplado en el Ley 1909 de 2018, con respecto a declaración política y a su posterior registro realizó una serie de precisiones que le imprimen al acto mismo muchas más rigurosidad e importancia.

Finalmente, concluyen que si el demandante se encuentra inconforme con lo establecido en la ley y las reglamentaciones correspondientes, tiene la posibilidad de promover proyecto de ley o solicitud formales ante la autoridad electoral, con el fin de que las mismas sean modificadas, ya sea que se declare que los derechos se hagan exigibles a partir de la declaración y no del registro, o que por otro lado, se disponga de un procedimiento anterior al inicio del periodo de Gobierno que permita realizar el registro previamente y así adquirir y hacer exigibles los derechos de la oposición y de las organizaciones independientes antes del inicio de cada periodo constitucional; y presenta las mismas conclusiones de los demás demandados en sus contestaciones respectivas.

4. Trámite procesal

Dentro del proceso de la referencia se resolvieron las excepciones previas propuestas por las partes demandadas, y se declaró próspera la “Falta de legitimación en la por pasiva” propuesta por el Departamento de Caldas (Documento 44 del expediente digital); así mismo, en virtud del artículo 13 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, al haberse resuelto las excepciones previas formuladas, y no haber dentro del asunto pruebas por decretar y practicar, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión y el concepto respectivo.

5. Alegatos de Conclusión

Parte demandada

- Demandada María Isabel Gaviria Calderón (Documento 50 expediente digital)

La demandada señora María Isabel Gaviria Calderón presentó su escrito de alegatos afirmando que el Partido Liberal Colombiano no es ni la mayoría entre las minorías de la Asamblea de Caldas, afirmando que se aportó el acta E-26 correspondiente a la elección de la Asamblea de Caldas para el periodo 2020 – 2023, en la cual consta que el Partido Liberal Colombiano, está lejos de ser un partido minoritario, contrario a ello, fue el que más curules obtuvo, con un total de 5; siendo natural concluir de ello que, los demás partidos políticos son minorías en la Asamblea de Caldas.

Dice que se aportó el acta número 001 de 1° de enero de 2020, en la cual se recoge lo acontecido en la sesión en la que se eligió a la mesa directiva, en la que se evidencia que en dicha elección, especialmente en la de la señora María Isabel Gaviria Calderón, como primera vicepresidente, que pertenecía a un partido político minoritario (partido Político Mira), siendo postulada por otros partidos políticos minoritarios, como el partido de la U y partido Conservador, elegida finalmente como representante de éstos.

Así mismo cita que, el partido Liberal Colombiano no era un partido de oposición al momento de elección de la mesa directiva de la Asamblea de Caldas; así como que el demandante no demostró el cumplimiento de la declaración como partido de la oposición conforme la ley 1909 de 2018 y las resoluciones 3134 de 2018 y 3941 de 201; y que, el mismo oficio CNE – AIV – 046 – 20 de 16 de enero de 2020, aportando por el demandante, dice que hasta esa fecha, el Partido Liberal Colombiano en Caldas, no había realizado correctamente la declaración política como oposición; y que, solo hasta el 30 de enero de 2020, con la expedición de la resolución 5967, proferida por el presidente del partido liberal, se declara en oposición al gobierno departamental de Caldas, por lo que no puede reclamar derechos de la oposición antes de esa fecha.

- **Demandada Jessica Silvana Quiroz Hernández (Documento 52 expediente digital)**

La demandada Jessica Silvana Quiroz Hernández presenta su escrito de alegatos en el cual afirma que para el 1° de enero de 2020 el Partido Político Liberal Colombiano no estaba declarado en oposición política del Gobierno Departamental de acuerdo con la ley 1909 de 2018, y cita en lo demás, argumentos idénticos y textuales de los planteados en el escrito de alegatos referenciado anteriormente; por lo que esta Sala considera innecesario volverlos a citar.

Finalmente hace las mismas afirmaciones que le demandada María Isabel Gaviria Calderón, y afirma que, el Partido Liberal Colombiano no puede ser considerado una minoría política y ser incluido en la mesa directiva, por el solo hecho de declarar a viva voz en la sesión inaugural que es partido de oposición, pues ello resultaría contrario a la interpretación constitucional. Y sostiene que, el Acta 001 del 01 de enero de 2020, por medio de la cual se celebra la sesión inaugural de la Asamblea Departamental no incurre en ninguna nulidad, y se celebra de acuerdo a presupuestos jurídicos y facticos legales que permitieron que el Presidente de la Duma Departamental tomara decisiones ajustadas a derecho y razonables de acuerdo a la Constitución Política, a la ley y a las disposiciones reglamentarias aplicables.

Cita que, para la época de los hechos estaba vigente la Ordenanza N 429 del 10 de agosto de 2001, que disponía en su artículo 12 y siguientes todo lo referente a la Sesión Inaugural del periodo; y que, en ese caso era obligatorio que ese dos de enero se realizara la elección respectiva de la Mesa Directiva, sin lugar a esperar al trámite establecido en la ley 1909 de 2018 y en la Resoluciones del Consejo Nacional Electoral; fecha en la cual nos e tenía certeza de la posición que iban a tomar los partidos políticos, y solo se podía asegurar que los partidos que hubieran inscrito al Gobernador Electo serian de Gobierno, así como que, inicialmente el Diputado Camilo Gaviria seria parte de la oposición y ocuparía su respectivo lugar en la Mesa Directiva, no obstante, éste renuncia expresamente a ese derecho. Y que en la fecha de la elección de la mesa directiva no se contaba con la certeza de que el Partido Liberal se iba declarar efectivamente en oposición, de conformidad con la ley estatutaria.

Concluye que, el Partido Liberal no puede excusarse en sus propias omisiones para reclamar, tácita o indirectamente, un derecho que no podía consumarse para la época de los hechos, debido al incumplimiento de normas constitucionales y estatutarias.

- **Demandante (Documento 54 expediente digital)**

El demandante presenta su escrito de alegatos, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, y sostiene que en la contestación de la demanda por parte de la Corporación, se entiende como confesión el desconocimiento de lo previsto en el artículo 112 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 18 de la ley 1909 de 2018 , y afirma que hablar de preclusividad en la declaratoria de oposición, es vulnerar el derecho mismo a la oposición; así como que, reconoce la demandada que el Partido liberal es el mayoritario dentro de los minoritarios en la Asamblea Departamental, puesto que los demás partidos políticos actúan como partidos de Gobierno.

Afirma el demandante que las fuerzas políticas de la Asamblea Departamental de Caldas, se encuentran estructuradas desde la misma elección de la mesa directiva acusada, de la siguiente manera:

Tres diputados del Partido social de Unidad Nacional. (Partido de Gobierno).

Dos diputados del Partido Conservador Colombiano.(Partido de Gobierno).

Un (1) diputado del Partido Verde. (Partido de Gobierno).

Un (1) diputado del Partido Mira. (Partido de Gobierno).

Un (1) diputado del Partido Centro democrático (Partido de Gobierno).

Un (1) diputado de la Coalición Todos Pa delante. (Diputado en oposición- quien aceptó la curul como segundo candidato con mayor votación para la elección de Gobernador 2020-2023).

Cinco (5) diputados del partido liberal. (Partido en oposición- Partido mayoritario entre los minoritarios).

Sostiene que, paralelamente a la declaratoria formal y pública del Partido liberal como movimiento en oposición conocida por la plenaria de la corporación el día de la sesión de instalación ocurrida el día festivo primero (1) de enero de 2020, también era exigible aplicarle lo indicado por el Artículo 23, inciso segundo, del Reglamento interno de la Asamblea Departamental de Caldas, puesto que si bien podría estimarse que antes del 1 de enero de 2020 el Partido Mira, no inscribió o avaló la candidatura del actual Gobernador de Caldas, también debe recalcar que no es este partido el mayoritario dentro de los minoritarios a efectos de aplicarse el articulado del Reglamento de la Asamblea de Caldas.

Así como considera que la declaración política, constituye un mecanismo diseñado por la Ley para que la autoridad electoral en el marco de sus competencias realice un control y registro sobre la materia, y a efectos además de que en el evento de

incumplirse el término señalado por el Artículo 6° ibídem, se apliquen las sanciones por falta al régimen contenido en la ley 1475 de 2011; sin embargo, el trámite para esta declaratoria en ningún caso puede ser “aprovechado” por las fuerzas políticas para hacer nulo o inviable los derechos de la oposición desde el primer año del inicio del periodo constitucional de la respectiva corporación.

Expone que, si en gracia de discusión la declaración de oposición efectuada queda concluida ante la autoridad electoral una vez transcurre el plazo dispuesto por el Artículo 6° de la ley 1909 de 2018 y se surte las etapas regladas en la Resolución 3491 de 13 de agosto de 2019 proferida por el Consejo Nacional Electoral, no es menos cierto que el comportamiento de la Asamblea Departamental de Caldas, no fue el de agotar los medios tendiente a garantizar el derecho de la oposición a participar en la mesa directiva, pues bien pudo la demandada aplazar la elección de la mesa directiva del presente año 2020 y designarse la mesa o junta directiva preparatoria, hasta tanto se agotará el término previsto por el pluricitado Artículo 6° de la Ley 1909 de 2018.

Frente a la preclusión argumentada por la demandada, cita el demandante que, no puede precluir el derecho que garantiza la oposición política como derecho fundamental autónomo; pues, dado ese carácter autónomo con los diferentes elementos señalados en el párrafo anterior del derecho a la oposición como derecho fundamental autónomo, no se puede condicionar al agotamiento de los trámites que se adelantan ante la autoridad electoral previsto para el acto formal de la declaratoria, pues de exigirse como requisito necesario para su materialización se estaría permeando su materialización es decir, incumpliendo las reglas atinentes al carácter integral, pleno y completo de este derecho, y la imposibilidad de que sea permeado por otras regulaciones constitucionales, legales o reglamentarias de carácter restrictivo, y más aún que sea cercenado por los operadores administrativos a través de actuaciones o interpretaciones violatorias de los derechos conferidos a la oposición política.

- Demandada Asamblea departamental de Caldas ante (Documento 58 expediente digital)

La demandada Asamblea departamental de Caldas, presenta su escritos de alegatos en los cuales afirma que de acuerdo a lo sucedido en la sesión inaugural, queda demostrado la importancia de contar con la certeza de la inscripción y registro correspondiente para poder contar con la seguridad de quien realmente opta por ser un partido de Gobierno, independiente, o en oposición; lo cual fundamenta en que, al 1° de enero de 2020, no se tenía certeza de la posición que iban a tomar los partidos políticos y solo se podía asegurar que los partidos que hubieran apoyado al

Gobernador electo serían de Gobierno, y que el Diputado Camilo Gaviria estaría en la oposición por disposición de la Ley 1909 de 2018 y que de contera, eventualmente, podría ocupar un lugar en la Mesa Directiva. Sin embargo, esto último no sucedió por cuanto, como se puede leer en el acta y escuchar en los audios de la mencionada sesión, el mencionado diputado renunció expresamente a ese derecho.

Así como por considerar evidente al interior del Partido Liberal Colombiano respecto a la posición de la declaración en oposición durante el desarrollo de la Sesión Inaugural, al punto que el Diputado por dicho partido Oscar Alonso Vargas Jaramillo, en varias ocasiones manifestó que no fue citado a la reunión donde los miembros de esa colectividad habían decidido ser de oposición. Por lo tanto, en la fecha de la elección de la mesa directiva no se contaba con la certeza de que el Partido Liberal Colombiano se iba declarar efectivamente en oposición, de conformidad con la ley estatutaria.

Seguidamente cita que, tampoco se pudo evidenciar que se hubiera adoptado la decisión de conformidad con el reglamento interno de ese partido político, en tanto, se reitera, en la plenaria inaugural quedó comprobado que uno de los diputados de esa colectividad no fue invitado a la reunión en la que presuntamente se adoptó la decisión de declararse en oposición, lo que brinda certeza del incumplimiento de los requisitos para ser tributario de los derechos de la oposición.

Afirma que el Partido Liberal Colombiano en Caldas cometió muchos errores de orden jurídico en aras de que se le reconozca como de oposición, luego no puede excusarse en sus propias omisiones para reclamar ahora, tácita o indirectamente, un derecho que no podía consumarse para la época de los hechos, debido al incumplimiento de normas constitucionales y estatutarias.

6. Concepto del Ministerio Público (Documento 58 expediente digital)

El Agente del Ministerio Público allegó su concepto, iniciando con una exposición sobre la naturaleza del medio de control de nulidad electoral; y seguidamente estudia los cargos de nulidad invocados, citando que el artículo 112 constitucional establece que los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos. Según lo previsto en el artículo 112 de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2003, así como transcribe partes de la sentencia C-122 de 2011, relacionada con la expresión minoría política.

Así mismo, cita la sentencia C-018/18 de la Corte Constitucional, y afirma que de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 1909 de 2018, las organizaciones políticas

declaradas en oposición y con representación en la correspondiente corporación pública, tendrán participación a través de al menos una de las posiciones de las mesas directivas de las Plenarias del Congreso de la República, las asambleas departamentales, los concejos distritales y de capitales departamentales.

Por otra parte, dice que conforme a lo acreditado en el plenario, la elección de la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental de Caldas, para el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2020, conformada por el presidente, primer vicepresidente y segundo vicepresidente, estuvo viciada de nulidad al no atender los postulados normativos de los artículos 112 superior y 18 de la Ley 1909 de 2018, en razón a que se surtió la actuación electoral obviando los movimientos que se encontraban en oposición al gobernador, como lo disponen los preceptos citados, interpretación que, garantiza en, mayor medida, el pluralismo político y representación de las colectividades.

A su vez, cita la sentencia del 15 de noviembre de 2017 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, relacionada con las Mesas Directivas en los Concejos Municipales y la participación de los partidos políticos que se declaren en oposición, conforme al artículo 112 constitucional, concluyendo de ello que la norma superior estableció una garantía de participación para los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, mientras que en el caso de las agrupaciones políticas el artículo 18 de la Ley Estatutaria 1909 de 2018 les garantiza que puedan participar en al menos una de las posiciones de las mesas directivas de las asambleas departamentales, sin que ello implique disminución alguna de los derechos de las minorías propiamente considerados, sean éstas de oposición o no.

Finalmente afirma que, concurren los siguientes presupuestos para la prosperidad de la pretensión anulatoria: i) se acreditó los diputados que efectivamente se eligieron como miembros de la mesa directiva y su representación política ii) que todos los partidos que lograron participación en la mesa directiva eran afectos al gobierno departamental y iii) que en la Asamblea Departamental estaban representados partidos y movimientos políticos con personería en oposición al gobierno departamental, los cuales no tuvieron participación en la Mesa Directiva, por lo que solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

II. Consideraciones

En ejercicio de la acción pública especial de carácter electoral, el demandante pretende la declaratoria de nulidad parcial del Acta número 001 del 01 de enero de 2020, mediante el cual la Asamblea departamental de Caldas, conformó la mesa

directiva para el periodo comprendido entre el 01 de enero y el 31 de diciembre del año 2020; y que, en consecuencia, se ordene a la Asamblea Departamental de Caldas, realizar nuevamente la elección de la mesa directiva de esa corporación, atendiendo a los postulados constitucionales, legales y reglamentarios relacionados con la oposición y minorías políticas.

1. Problemas jurídicos a resolver

Los siguientes son los problemas jurídicos cuyo esclarecimiento y solución han de ocupar a la Sala a partir de este instante procesal.

1.1. ¿En el presente asunto están dados los presupuestos fácticos y jurídicos para declarar la nulidad de la elección de la mesa directiva de la Asamblea departamental de Caldas, elegida el 1° de enero de 2020?

Teniendo en cuenta los cargos de nulidad planteados por la parte actora, se deben despejar los siguientes interrogantes:

1.1.1. ¿El Partido Político Liberal Colombiano es una minoría en la Asamblea departamental de Caldas?

1.1.2. ¿En este caso se encuentra demostrada y legalmente constituida la declaratoria de oposición del Partido Político Liberal Colombiano para el día en que se realizó la elección de la mesa directiva de la Asamblea departamental de Caldas?

La Sala abordará, en el orden anteriormente establecido, cada uno de los cargos de nulidad invocados por la parte demandante.

2. El marco normativo y jurisprudencial

El artículo 112 constitucional consagra el derecho a la oposición de la siguiente manera:

“Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que se declaren en oposición al Gobierno, podrán ejercer libremente la función crítica frente a este, y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, se les garantizarán los siguientes derechos: el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; la réplica en los mismos medios de comunicación.”

Los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos.

Una ley estatutaria reglamentará íntegramente la materia.

El candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde municipal tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Distrital y Concejo Municipal, respectivamente, durante el período de la correspondiente corporación.

Las curules así asignadas en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes serán adicionales a las previstas en los artículos 171 y 176. Las demás curules no aumentarán el número de miembros de dichas corporaciones.

En caso de no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las entidades territoriales, la misma se asignará de acuerdo con la regla general de asignación de curules prevista en el artículo 263.”

El artículo en mención es claro con relación al derecho que tienen los partidos y movimientos políticos, tanto minoritarios, como aquellos que se declaren en oposición, para participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados.

Por su parte, la ley estatutaria 1909 de 2018, mediante la cual se adopta el Estatuto de la oposición política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes dispone en varios de sus artículos lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley estatutaria establece el marco general para el ejercicio y la protección especial del derecho a la oposición de las organizaciones políticas y algunos derechos de las organizaciones independientes.

ARTÍCULO 3o. DERECHO FUNDAMENTAL A LA OPOSICIÓN POLÍTICA. De conformidad con los artículos 40 y 112 de la Constitución Política, la oposición es un derecho fundamental autónomo que goza de especial protección por el Estado y las autoridades públicas.

ARTÍCULO 4o. FINALIDADES. La oposición política permite proponer alternativas políticas, disentir, criticar, fiscalizar y ejercer libremente el control político a la gestión de Gobierno, mediante los instrumentos señalados en el presente Estatuto, sin perjuicio de los derechos consagrados en otras leyes.

ARTÍCULO 9o. REGISTRO Y PUBLICIDAD. La declaración política o su modificación, deberá registrarse ante la correspondiente Autoridad Electoral, o en su defecto ante la Registraduría Distrital o Municipal según corresponda, quienes deberán remitirla de manera oportuna a aquella, para su respectiva inscripción en el registro único de partidos y movimientos políticos. A partir de la inscripción se harán exigibles los derechos previstos en esta ley. La Autoridad Electoral publicará y actualizará en su página web las respectivas declaraciones o modificaciones.

ARTÍCULO 11. DERECHOS. Las organizaciones políticas declaradas en oposición de que trata la presente ley, tendrán los siguientes derechos específicos:

- a) Financiación adicional para el ejercicio de la oposición.
- b) Acceso a los medios de comunicación social del Estado o que hacen uso del espectro electromagnético.

- c) Acceso a la información y a la documentación oficial.
- d) Derecho de réplica.
- e) Participación en mesas directivas de plenarias de las corporaciones públicas de elección popular.
- f) Participación en la Agenda de las Corporaciones Públicas.
- g) Garantía del libre ejercicio de los derechos políticos.
- h) Participación en la Comisión de Relaciones Exteriores.
- i) Derecho a participar en las herramientas de comunicación de las corporaciones públicas de elección popular.
- j) Derecho a la sesión exclusiva sobre el Plan de Desarrollo y presupuesto.

PARÁGRAFO. Se promoverán garantías y mecanismos de acciones afirmativas para que los partidos y movimientos sociales de los pueblos indígenas y afrodescendientes accedan a los derechos reconocidos en este artículo.

ARTÍCULO 18. PARTICIPACIÓN EN MESAS DIRECTIVAS DE PLENARIAS DE CORPORACIONES PÚBLICAS DE ELECCIÓN POPULAR. Las organizaciones políticas declaradas en oposición y con representación en la correspondiente corporación pública, tendrán participación a través de al menos una de las posiciones de las mesas directivas de las Plenarias del Congreso de la República, las asambleas departamentales, los concejos distritales y de capitales departamentales. Los candidatos para ocupar la plaza que le corresponda a la oposición solo podrán ser postulados por dichas organizaciones.

La organización política que hubiese ocupado este lugar en las mesas directivas no podrá volver a ocuparlo hasta tanto no lo hagan las demás declaradas en oposición, salvo que por unanimidad así lo decidan.

Esta representación debe alternarse en períodos sucesivos entre hombres y mujeres.” (Subraya la Sala).

Por su parte, la resolución número 3941 del 13 de agosto de 2019, emanada del Consejo Nacional Electoral (CNE), mediante la cual se modifica la Resolución N° 3134 del 14 de diciembre de 2018 *“Por la cual se reglamentan algunos aspectos de la Ley Estatutaria No. 1909 del 9 de julio de 2018, que consagra el Estatuto de la Oposición, con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que se declaren en oposición y de las organizaciones políticas independientes”*, contempla en su artículo primero, la modificación del artículo 2 de la resolución 3134 de 2018 de la siguiente manera:

“ARTICULO 1°. MODIFÍQUESE el artículo 2° de la Resolución 3134 de 2018, el cual quedará así:

‘Artículo 2°. De la presentación de la declaración política. Los partidos o movimientos políticos con personería jurídica en el nivel nacional dentro del mes siguiente a la posesión del Presidente de la República, presentarán ante el Consejo Nacional Electoral una declaración política en la que manifestarán si se declaran de gobierno, de oposición o independientes. Se exceptúa de este deber a los partidos que hayan inscrito a quien haya resultado elegido Presidente de la República, Gobernador o Alcalde, los que por mandato legal se entiende que son partidos de gobierno o coalición de gobierno. La anterior declaración deberá hacerse por la persona estatutariamente habilitada para ello y previo el agotamiento de los procedimientos internos previstos en los estatutos de cada partido o movimiento con personería política. Para efectuar esta declaración política, los partidos y movimientos políticos con personería jurídica tendrán libertad de medios, por lo que podrán hacer uso tanto de medios digitales como impresos, en todo caso, de conformidad con la Ley

1712 de 2014, deberá estar disponible tanto en medio físico como en la página web de cada partido. Las declaraciones políticas en los niveles departamental, distrital y municipal deberán presentarse dentro del mes siguiente al inicio del respectivo periodo de gobierno y podrán presentarse ante las registradurías correspondientes, quienes deberán remitidas de manera oportuna por el medio más expedito al Consejo Nacional Electoral para su respectiva inscripción. Una vez se reciban en el Consejo Nacional Electoral tales declaraciones, ellas serán remitidas a la Oficina de Inspección y Vigilancia del Consejo Nacional Electoral. Vencido el término para la presentación de la declaración política, la Oficina de Inspección y Vigilancia, remitirá dentro del día siguiente un informe consolidado de las declaraciones de las organizaciones políticas a la Sala Plena del Consejo Nacional Electoral. La Oficina de Inspección y Vigilancia verificará el cumplimiento de los requisitos formales, para el otorgamiento del registro. En caso de no satisfacerse los requisitos formales, referidos al cumplimiento de lo previsto en los estatutos de cada partido o movimiento político con personería jurídica en relación con la autoridad estatutaria competente y del procedimiento adoptado para efectuar tal declaración política, se otorgará un plazo de tres días hábiles para subsanarla solicitud. En ningún momento la autoridad electoral podrá valorar los argumentos de la declaración política. Vencido el término, la Oficina de Inspección y Vigilancia remitirá dentro de los quince (15) días siguientes un proyecto de acto administrativo de registro de las declaraciones de las organizaciones políticas a la Sala Plena del Consejo Nacional Electoral para su aprobación. La oficina de prensa del Consejo Nacional Electoral publicará y actualizará en la página web, el registro de las organizaciones que se declararon en oposición, independencia o de gobierno". (Subraya la Sala).

De conformidad con las citas realizadas, la Sala extrae las siguientes conclusiones:

- El artículo 112 constitucional contempla el derecho a declararse en oposición de los partidos políticos con personería jurídica, así como que dichos partidos políticos tienen derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados según su representación, todo lo cual se reglamentará mediante una ley estatutaria.
- La Ley estatutaria 1909 de 2018 regula el ejercicio y protección del derecho a la oposición y determina que debe registrarse dicha declaración política ante la autoridad electoral correspondiente, para hacer su inscripción en el registro único de partidos y movimientos políticos.
- Es claro, igualmente, el artículo 9 de la ley en 1909 de 2018, al precisar que a partir de la inscripción se harán exigibles los derechos previstos en la ley.
- El literal “e” del artículo 11 de la ley 1909 de 2018, contempla como uno de los derechos de las organizaciones políticas declaradas en oposición, la participación en las mesas directivas de plenarias de las corporaciones públicas de elección popular. Y, el artículo 18, dispone que las organizaciones políticas declaradas en oposición y con representación en la correspondiente corporación pública, tendrán participación a través de al menos una de las posiciones de las mesas directivas.

- La resolución número 3941 del 13 de agosto de 2019, establece que las declaraciones políticas en los niveles departamental, distrital y municipal deberán presentarse dentro del mes siguiente al inicio del respectivo periodo de gobierno, ante las registradurías correspondientes.

Con relación a las minorías, y su participación en las mesas directivas, es pertinente hacer las siguientes citas jurisprudenciales:

“(…) la propia Constitución reconoce el derecho de las minorías a participar en las Mesas Directivas de los cuerpos colegiados, pues no solamente se busca asegurar la transparencia en las decisiones que allí se adopten, sino que se pretende dar eficacia al principio democrático en el que las minorías políticas pueden convertirse en opciones reales de poder. De hecho, es claro que las minorías políticas asumen funciones de control del poder y de expresión de opiniones políticas disímiles, por lo que es obvio que la protección constitucional a aquellas debe concretarse en la ley con la creación de instrumentos idóneos y eficaces para fortalecer los partidos y movimientos políticos.

Con base en lo expuesto, la Sala infiere dos conclusiones, a saber:

La primera, que la participación de las minorías políticas en las Mesas Directivas de los Concejos Municipales corresponde a un mecanismo legal de protección a los partidos o movimientos políticos minoritarios y no, como lo sostiene el demandante, es una garantía dirigida a las personas elegidas popularmente individualmente consideradas. Luego, el número de votos con los que hubiese resultado electo un concejal no determina su carácter de minoría o mayoría política en el Concejo, pues ese elemento se fija con el número de curules que obtuvo un partido o movimiento político en determinada contienda electoral.

La segunda, que la representación de la mayoría de las minorías políticas resulta una aplicación del principio democrático en el control del poder de las corporaciones electorales, con lo cual se busca fortalecer la creación y permanencia de los partidos y movimientos políticos que expresan opiniones y voluntades distintas a las mayoritarias. De consiguiente, no es posible que dentro de un mismo partido o movimiento político puedan existir mayorías o minorías con representación jurídica diferente, pues esas expresiones no están dirigidas a dividir los grupos políticos sino a fortalecerlos. Luego, resulta evidente que la expresión minoría política está dirigida a los grupos políticos que obtuvieron representación en las corporaciones colegiadas, pero que no alcanzan a tener la expresión de la voluntad mayoritaria.

(…) Ahora bien, teniendo en cuenta que las normas constitucional y ordenanza precitadas no disponen con precisión que la representación de los partidos y movimientos políticos minoritarios en las mesas directivas, debe recaer forzosamente en el partido mayoritario de los minoritarios, ha de concluirse que en este caso el derecho de participación de las minorías no fue conculcado y que la elección de Mesa Directiva de la Asamblea Departamental de Caldas se realizó conforme prevén las normas que por el momento rigen la materia (Subraya la Sala)¹.

De igual manera se ha pronunciado en el siguiente sentido el Consejo de Estado²:

¹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 9 de octubre de 2003. CP. DR. Darío Quiñones Pinilla radicado 25000-23-24-000-2003-0149-01(3141).

² Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 30 de noviembre de 2010. CP. Dra. Susana Buitrago Valencia. Rad. 11001-03-28-000-2009-00039-00.

“(…) Del artículo 112 de la Constitución se deduce claramente que en la misma se establece, entre otras cosas, y para efectos del caso en estudio, el derecho de los movimientos y grupos minoritarios a participar en las mesas directivas de las corporaciones colegiadas. Pero, la misma norma, prevé también que una ley estatutaria reglamentará íntegramente la materia. En tales condiciones no pueden hacerse suposiciones respecto del sentido u orientación que puede tener una ley no expedida al momento en que ocurrieron los hechos que dieron origen al presente juicio. Es claro que hasta hoy, ser la mayoría en materia electoral significa haber obtenido la más alta votación en una elección y la mayoría sólo puede obtenerla uno de los partidos, grupos o movimientos políticos que se presenten en una contienda electoral. EL RESTO SON MINORIAS PARA EFECTOS ELECTORALES, SALVO QUE UNA LEY DIGA LO CONTRARIO. No puede sostenerse, entonces, mientras una ley no lo regule así, que para el caso concreto, el partido liberal y el partido conservador, formen para efectos electorales, un sólo bloque mayoritario frente al resto de partidos o movimientos políticos, cuando en realidad hay uno que es mayoritario por haber obtenido la más alta votación en las elecciones correspondientes y, por ende, el mayor número de curules respecto de todos los demás, sin exclusión alguna. En este orden de ideas, si se eligió para ocupar una de las vicepresidencias a un representante de un partido o movimiento distinto del que ostenta la mayoría, es claro que se dio cumplimiento a lo previsto por el Art. 112 de la C. N. puesto que cuando se realizó la elección cuestionada no se había dictado una ley estatutaria que regulara la materia en forma diferente a la utilizada en el caso concreto. Lo anterior conduce a la Sala a concluir que no hubo violación del Art. 112 de la C. N. con la elección acusada y tampoco violación de las demás normas invocadas en la demanda porque el hecho de que quienes resultaron elegidos no pertenecieran al Movimiento Político M - 19 significa tan solo que pertenecían a una minoría política diferente de dicho movimiento (el partido conservador) pero en ningún caso a la mayoría constituida por el partido liberal, como se argumenta en la demanda. Así las cosas se concluye que el cargo debe despacharse desfavorablemente.” (Subrayas, mayúsculas y cursiva texto original.)

Finalmente, la sentencia de la Corte Constitucional C-122 de 2011, por medio de la cual se resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 40 de la Ley 5ª de 1992 consideró:

*“(…) 3.2 Interpretación literal o lingüística del artículo 112 C.P.
(…) En primer lugar se puede dar el caso que exista una correspondencia entre el partido político que gobierna y el partido político mayoritario en el Congreso; en un segundo lugar se puede presentar el caso que no exista correspondencia entre el partido de gobierno y el partido mayoritario en el Congreso, y por último, debido a que se establece un sistema bicameral, puede ocurrir que una Cámara del Congreso se corresponda con el partido de gobierno y la otra no. Por último, y al igual que en el régimen parlamentario, se puede dar el caso que se configure un gobierno de “unidad nacional” en donde se de representación en el gobierno a todos los partidos políticos y no exista una oposición declarada de ningún partido en el Congreso.
(…) 3.2.13 Teniendo en cuenta las diferentes acepciones que se puede dar al término “minoritario” en Colombia, concluye la Corte que desde el punto de vista literal o lingüístico no se puede hacer la correspondencia entre “partido y movimiento político minoritario” con “partido y movimiento político de oposición”. Esto debido a que los partidos y movimientos políticos minoritarios desde el punto de vista numérico y político pueden tener distintas formas como las de los partidos políticos de oposición, los de coalición, los que se declaren neutrales al gobierno y las minorías con curules permanentes en el Congreso por el establecimiento de circunscripciones especiales” (Subraya la Sala).*

De lo expuesto, precisa la Sala que, pese a que no existe una norma que defina que se entiende por “partido minoritario”, o “minoría” en términos de partidos políticos, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, han coincidido al determinar que el partido mayoritario es el que más votos haya obtenido en las correspondientes votaciones.

3. De las pruebas que obran dentro del proceso

A continuación la Sala hará una relación probatoria, a saber:

Acta 001 de 1 de enero de 2020

Del acta número 001 de 1° de enero de 2020, correspondiente a la sesión ordinaria de la Asamblea departamental de Caldas se permite esta Sala extraer lo siguiente:

“(…) El Diputado Jorge Hernán Aguirre González, argumentó que en el campo de las postulaciones actuaría en calidad de Vicepresidente del Partido Liberal de Caldas, en calidad del Partido Liberal de Manizales, como vocero del Partido Liberal de la Bancada de la Asamblea Departamental y que actuaba por escrito que hiciese el Senador Mario Castaño hoy a las 2:50 de la tarde, donde le notificaba al Partido Liberal, y a la próxima Mesa Directiva que todos los liberarles actuarían en Bancada a partir de este momento, y que por ello el Partido Liberal proponía como Presidente para esta vigencia Fiscal, al diputado Carlos Hernán Serna Trejos, abogado administrador judicial (…), y como persona que hace parte del Partido Liberal Colombiano y que respetuosamente invitaba a los colegas y entre ellos a la Bancada del Partido Liberal Colombiano y que respetuosamente invitaba a los colegas y entre ellos a la Bancada del Partido Liberal que acamparan al diputado Carlos Hernán Serna(…)”

Igualmente, del acta se extrae que:

“(…) el Diputado Oscar Alonso Vargas dijo que el diputado había mencionado que el Diputado Jorge Hernán Aguirre González había mencionado que la Bancada del Partido Liberal, que estaban tomando decisiones a muto propio, reunidos y que como estaba presente el representante doctor Jorge Luis Correa, hacía la claridad que el partido liberal se estaba tomando atribuciones que no se debían, porque debían conformar la Bancada y hablar con él como miembro del Partido Liberal y exponer claramente lo que querían, que no sabía que el diputado Carlos Hernán Serna, era aspirante a la Presidencia. Dijo así mismo al diputado Jorge Hernán Aguirre, que no se tomara atribuciones que no le correspondía y que la Bancada nunca se había reunido y que debían hacer claridad y que todos los riesgos que existían y para las personas que le estaban escuchando lo que estaban haciendo de buena forma y que el voto era secreto, y que, como miembro del Partido Liberal, representante y vocero, observaba que se estaban tomando atribuciones, por parte del Senador Mario Castaño como por parte de sus militantes que no correspondían (…)”

Acta No. 1 Bancada Liberal de la Asamblea Departamental de Caldas

Del acta de reunión llevada a cabo el día 1° del mes de enero de 2020, se dice que se reunió la Bancada del Partido Liberal de Caldas, presidida por el presidente de dicho partido, señor Mario Alberto Castaño Pérez, y hace la declaratoria de oposición de la bancada del partido liberal ante el Gobierno de Caldas, tal como consta en el numeral 5 de dicha acta, donde aparece firmada por el señor Mario Alberto Castaño

Pérez, como presidente del Partido Liberal Colombiano, 4 diputados del Departamento de Caldas de dicho partido, incluido el señor Jorge Hernán Aguirre González, y el secretario del mismo; pero sin la firma del diputado Oscar Alonso Vargas.

Acta No. 002 Bancada Liberal de la Asamblea Departamental de Caldas

Acta número 002 originada en la reunión suscrita el 17 de enero de 2020, en la sede del Partido Liberal, presidida por el director del mismo, y donde en los puntos del orden del día se encontraba la “manifestación de postura de los honorables diputados respecto de la declaratoria política”, y la votación correspondiente.

En dicha acta, dentro del ítem de lectura y aprobación del orden del día, aparece intervención del diputado Oscar Alonso Vargas Jaramillo, quien pide el uso de la palabra y expone que radicó un derecho de petición, para saber que estaba ocurriendo con la bancada, y por ello, debía suspenderse dicha reunión; citando que *“la bancada ha vulnerado sus derechos, debido a que no lo han convocado en ninguno de los escenarios anteriores a esta reunión y que la reunión se debía suspender hasta que no se tenga claridad sobre la misma”*.

Luego aparece una reiteración de dicho diputado, con relación al aplazamiento de la reunión, por cuanto a su juicio, no lo tuvieron en cuenta para la declaratoria de la oposición, y debía primero esclarecerse dicho tema. Y, al final de la reunión, se vota mayoritariamente por presentar ante la autoridad electoral política de la declararse en oposición al Gobierno de Caldas. Acta que es firmado por 3 diputados del Partido Liberal, la Secretaria de Bancada y un veedor departamental; faltando la firma correspondiente del diputado Óscar Alonso Vargas Jaramillo.

Remisión de resolución número 5967 de 2020 a la Asamblea departamental de Caldas

Oficio dirigido al presidente de la Asamblea departamental de Caldas, señor Juan Sebastián Gómez González, por parte del Diputado Jorge Hernán Aguirre González; con fecha de recibido de la Asamblea departamental de Caldas de 17 de febrero de 2020 a las 2:20 p.m., en donde dice allegar la resolución 5967 de 30 de enero de 2020, por la cual el Partido Liberal Colombiano adopta las declaraciones políticas respecto de los gobiernos de la circunscripción de Caldas; y solicita que se dé el trámite al oficio, y se adelanten las acciones pertinentes para la protección de los derechos establecidos en la ley 1909 de 2018.

Resolución número 5967 de 2020, proferida por el Director Nacional del Partido Liberal Colombiano

Resolución número 5967 de 30 de enero de 2020, proferida por el Director Nacional del Partido Liberal Colombiano, mediante la cual dicho partido adopta las declaraciones políticas respecto de los Gobiernos de la circunscripción de caldas y resuelve en su artículo primero, declararse en oposición, y en el artículo quinto señala que dicha resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

Oficio CNE - AIV - 046-20 del CNE

El 18 de enero de 2020, el Consejo Nacional Electoral, en cabeza de la Asesora de Inspección y Vigilancia, envía el oficio CNE - AIV -046-20 a varios diputados de la Asamblea departamental de Caldas, pertenecientes al Partido Liberal Colombiano, cuyo asunto es el cumplimiento de requisitos y declaratoria política de oposición en los siguientes términos:

“(…) Una vez revisada la declaración política de oposición, suscrita por ustedes el 01 de enero de 2019 (SIC), frente al Gobierno del Gobernador departamental de Caldas, señor Luis Carlos Velásquez Cardona, y la cual fue remitida a esta entidad por el Registrador Municipal el día 8 de enero de 2020 se advierte lo siguiente:

- 1) Que la declaración política de oposición, si bien fue presentada por los diputados que representan el partido político en el nivel departamental, la misma no se adoptó de acuerdo a lo establecido en los estatuto de la circular 037 de 19 e diciembre de 2019 expedida por la Secretaría General del Partido Liberal Colombiano (…). En el caso materia de análisis no se observó, la participación total de la bancada dado que el Diputado Oscar Alonso Vargas Jaramillo no firmó dicha manifestación, para la adopción de la declaración política de oposición que nos ocupa, ni tampoco se evidenció la emisión del acta que contiene las decisiones aprobadas y los motivos expuestos por los miembros.*
- 2) (…) En la declaración que ocupa nuestra atención, no se observa el nombramiento del vocero, ni la comunicación que debe hacer este, a la Dirección Nacional del partido.*
- 3) En igual medida se observa, que en el acápite de síntesis de la Circular 037 del 19 de diciembre de 2019, que para la adopción de dicha decisión, se establece el procedimiento para cuando en la reunión de la bancada no exista acuerdo total sobre la declaración política (…) lo anterior dado que el Diputado Oscar Alonso Vargas Jaramillo, no firmó la declaratoria de oposición que es materia de análisis.*
- 4) Así mismo, no se dio cumplimiento al numeral tercero de la circular 037 del 19 de diciembre de 2019, el cual establece lo siguiente: (…).*
- 5) Igualmente no se dio cumplimiento al numeral 5 de la mencionada circular la cual estableció lo siguiente: “Secretaría General remitirá directamente a la Oficina Asesora de Inspección y Vigilancia del Consejo Nacional Electoral, TODAS las Declaraciones Políticas expedidas por el Director Nacional del Partido.*

Así las cosas, y en cumplimiento de lo establecido en el inciso 6° del artículo 2° de la resolución No. 3134 de 2019, modificado por el artículo 1° de la resolución No. 3941 del venir acompañada de los documentos anexos, tales como, acta de reunión donde se sometió a discusión y en la cual se adoptó la declaración política."

Certificación Mesa directiva Asamblea

Certificación del Secretario General de la Asamblea en la que da cuenta de la conformación de la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental de Caldas de la siguiente manera:

Juan Sebastián Gómez González Presidente Partido de la U

María Isabel Gaviria Calderón Primera Vicepresidente Partido Mira

Jessica Silvana Quiroz Hernández Segunda Vicepresidente Partido Alianza Verde

4. De lo que se encuentra probado dentro del proceso

De las pruebas que reposan dentro del proceso, se encuentra probado lo siguiente:

- El día 1° de enero de 2020, se eligió la mesa directiva de la Asamblea departamental de Caldas, según consta en acta número 001 de esa fecha.
- La mesa directiva citada, se encuentra conformada de la siguiente manera: i) Juan Sebastián Gómez González Presidente Partido de la U, ii) María Isabel Gaviria Calderón Primera Vicepresidente Partido Mira, y iii) Jessica Silvana Quiroz Hernández Segunda Vicepresidente Partido Alianza Verde.
- En la sesión del 1° de enero de 2020, el diputado Jorge Hernán Aguirre, se pronuncia exponiendo que el Partido Liberal Colombiano se declara en oposición, y que ello lo dice en calidad de vocero de dicho partido, de conformidad con el escrito allegado por el presidente del Partido Mario Castaño; y a ello replica entre los minutos 16:52 y 21:53 del audio de dicha sesión, así como en el acta queda constancia, de que el Diputado Oscar Alonso Vargas dice que no fue convocado como bancada del Partido Liberal para votar esa decisión de oposición, que desconoce por completo esa decisión.
- Obra un acta de bancada del Partido Liberal Colombiano del 1° de enero de 2020, en la que se expone sobre la declaratoria de oposición; así como el acta 02 de 17 de enero de 2020, en la cual se hace la votación de

“Postura y declaración política” sin que aparezca allí la firma del diputado Oscar Alonso Vargas.

- Oficio enviado el 17 de febrero de 2020 por el Partido Liberal Colombiano a la Asamblea departamental de Caldas, en el que allega la resolución número 5967 de 30 de enero de 2020, mediante la cual, adopta las declaraciones políticas en Caldas, resolviendo declararse en oposición.

- El 18 de enero de 2020, el Consejo Nacional Electoral, envía oficio al Partido Liberal en Caldas, en el cual dice que no se cumplieron varios requisitos para la declaración de oposición a nivel departamental.

5. ¿El Partido Político Liberal Colombiano es una minoría en la Asamblea departamental de Caldas?

Pasa esta Sala de decisión a despejar el primer problema jurídico. Por su parte, el demandante sostiene que para la fecha de conformación de la mesa directiva de la Asamblea departamental de Caldas no se tuvo en cuenta a la minoría y a la oposición para la conformación de la misma.

Sea lo primero precisar que, tal como se constata en jurisprudencia citada, para definir el tema de minoría política, no existe una norma clara que determine qué es un partido mayoritario y minoritario; no obstante, la jurisprudencia ha considerado que un partido mayoritario es aquel que tiene más votos, es decir, el que más curules obtiene en la contienda electoral, desprendiéndose de ello que el partido minoritario, o partidos minoritarios, son los demás partidos, correspondiendo entonces al partido mayoritario entre las minorías, el derecho de participación en la mesa directiva en este caso.

En el caso particular de estudio, se encuentra demostrado según el formulario E - 26 del Consejo Nacional Electoral aportado con la demanda lo siguiente respecto de la votación para la Asamblea departamental de Caldas:

CALCULO DE CURULES POR PARTIDO O MOVIMIENTO POLITICO

CÓDIGO	PARTIDO O MOVIMIENTO POLITICO	VOTACIÓN / CIFRA R.			
		VOTOS	ENTERO	DECIMAL	POSIBLE(S) CURUL(ES)
0001	PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO	91.194	5	0	5
0008	PARTIDO SOCIAL DE UNIDAD NACIONAL PARTIDO DE LA U	67.001	3	87354	3
0002	PARTIDO CONSERVADOR COLOMBIANO	48.911	2	68170	2
1292	COALICIÓN PARTIDO CENTRO DEMOCRÁTICO - PARTIDO MIRA	47.754	2	81826	2
0004	PARTIDO ALIANZA VERDE	28.377	1	55585	1
1177	COALICIÓN ALTERNATIVA	17.818	0	87681	0
	TOTAL CURULES				13

Así mismo, se extrae la siguiente información de la declaratoria de elección:

DECLARATORIA DE ELECCION

En consecuencia se declaran electos como DIPUTADOS del departamento de CALDAS para el periodo 2020-2023 a los siguientes candidatos:

PARTIDO Y/O MOVIMIENTO POLITICO	CANDIDATO	CÉDULA
0001-PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO	BEDOYA CADAVIO HERNAN ALBERTO	7506700
0001-PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO	AGUIRRE GONZALEZ JORGE HERNAN	76073631
0001-PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO	SERNA TREJOS CARLOS HERNAN	75070726
0001-PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO	VELEZ LOPEZ JACKELINE	1058817397
0001-PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO	VARGAS JARAMILLO OSCAR ALONSO	75079864
0002-PARTIDO CONSERVADOR COLOMBIANO	GIRALDO SEPULVEDA RUBEN DARIO	75076933
0002-PARTIDO CONSERVADOR COLOMBIANO	LONDOÑO JARAMILLO MAURICIO	10290238
0004-PARTIDO ALIANZA VERDE	QUIROZ HERNANDEZ JESSICA SILVANA	1053829619
0008-PARTIDO SOCIAL DE UNIDAD NACIONAL PARTIDO DE LA U	GOMEZ GONZALES JUAN SEBASTIAN	75068960
0008-PARTIDO SOCIAL DE UNIDAD NACIONAL PARTIDO DE LA U	CORREA BEDOYA MANUEL ORLANDO	1053769787
0008-PARTIDO SOCIAL DE UNIDAD NACIONAL PARTIDO DE LA U	VILLEGAS MARIN JHON DIEGO	16052544
1292-COALICIÓN PARTIDO CENTRO DEMOCRÁTICO - PARTIDO MIRA	GAVIRIA CALDERON MARIA ISABEL	30315945
1292-COALICIÓN PARTIDO CENTRO DEMOCRÁTICO - PARTIDO MIRA	CARDONA ARANGO DIEGO	4484417
0719-COALICIÓN TODOS PA' DELANTE	GAVIRIA GUTIERREZ CAMILO *	75091440

Teniendo en cuenta que al momento de realizar la declaratoria de GOBERNADOR el segundo Candidato con mayor votación CAMILO GAVIRIA GUTIERREZ, manifestó por escrito la decisión de aceptar la curul a la ASAMBLEA, se asigna dando aplicación al artículo 25 de la ley 1909 de 2018. Por lo tanto se restará una curul del número de curules a proveer.

De los formularios citados, se desprende claramente que el partido Liberal Colombiano obtuvo un total de 5 curules en la Asamblea departamental de Caldas, siendo el partido con mayor votación y representación, desvirtuándose con ello la afirmación del demandante, en el sentido de que dicho partido es minoritario y, como tal, tenía derecho a tener representación en la mesa directiva, por ese solo hecho.

También se evidencia que el partido de la U, tuvo 3 curules; el partido conservador 3; el partido Centro Democrático - Mira, 2 curules, y el partido Alianza Verde 1 curul.

Ahora: Respecto del cargo de Presidente de la mesa directiva de la Asamblea departamental del Caldas, éste fue ocupado por el señor Juan Sebastián Gómez González Presidente electo por el Partido de la U, por cuanto la norma no exige que la Presidencia deba ser ocupada por el partido mayoritario, se entiende entonces que, cualquier partido podía postularse para dicho cargo. Y en este caso en particular, para dicha presidencia se eligió a un miembro de un partido diferente al mayoritario, en este caso partido de la U, situación ante la cual no advierte la Sala vulneración alguna de las normas citadas por el demandante.

Respecto de los demás integrantes de la mesa directiva, como son la Primera Vicepresidente, siendo elegida la señora María Isabel Gaviria Calderón del partido Mira, y la Segunda Vicepresidente, señora Jessica Silvana Quiroz Hernández del Partido Alianza Verde, debe decirse que tales partidos tampoco hacen parte de la mayoría, y si representan a la minoría de la misma.

De acuerdo a lo expuesto, para esta Sala es claro que la finalidad de la norma es permitir la participación política de los partidos políticos minoritarios en la mesa directiva de los cuerpos colegiados, en este caso, de la mesa directiva de la Asamblea departamental de Caldas, pues si se contrariase la norma, los partidos políticos con mayor votación y representación, siempre serían los que ocuparían las mesas directivas, contrariando con ello el derecho de participación de las minorías.

Así pues, en este caso en particular, no se demostró que el Partido Liberal Colombiano fuera una de las minorías electas para la Asamblea Departamental de Caldas, y menos aún, que fuera la mayoría dentro de las minorías; contrario a ello, se demostró que dicho partido, obtuvo la mayor votación y representación en la Asamblea y no hay lugar a predicar respecto de éste partido, un derecho innegable de hacer parte de la mesa directiva de la Asamblea departamental de Caldas en virtud de ser minoría.

6. ¿En este caso se encuentra demostrada y legalmente tramitada la declaratoria de oposición del Partido Liberal Colombiano para el día en que se realizó la elección de la mesa directiva de la Asamblea Departamental de Caldas?

De conformidad con las normas antes transcritas, y en concordancia con las pruebas allegadas al proceso, la Sala debe precisar, no sólo si el Partido Liberal Colombiano se declaró en oposición sino si esa declaratoria cumplió con los requisitos establecidos por la ley para hacerse efectiva.

No hay duda que en la sesión realizada el día 1° de enero de 2020, el diputado Jorge Hernán Aguirre González manifestó que el partido al cual pertenecía se había declarado en oposición en virtud de una reunión realizada con el presidente de dicha colectividad política y, pese a que dicha afirmación es cuestionada por el diputado Oscar Alonso Jaramillo Vargas, perteneciente al mismo partido, quien dice que no fue consultado ni convocado para tal decisión, la manifestación del Partido Liberal como opositor al gobierno departamental queda consignada en dicha sesión.

De igual manera, reposan dentro del proceso las actas número 001 del 1° de enero de 2020 y 002 de 17 de febrero de 2020, proferidas por Partido Liberal Colombiano, en las cuales queda constancia de la declaratoria de oposición por parte de tal partido.

Así mismo, reposa dentro del proceso, oficio de 17 de febrero de 2020, radicado ante la Asamblea departamental de Caldas, con el cual se allega la resolución número 5769 de 2020 proferida por el Partido Liberal Colombiano, en la cual se declara en oposición frente al gobierno departamental de Caldas.

Pese a lo anterior, no resultan ser suficientes tales pruebas documentales, como para afirmar que, efectivamente, el Partido Liberal Colombiano estaba debidamente declarado en oposición, y por ello, tenía los derechos que en tal virtud confiere la norma, de manera que se hace necesario revisar cuidadosamente la norma relacionada con la declaratoria de oposición de la siguiente manera:

El literal “e” del artículo 11 de la ley 1909 de 2018 establece que las organizaciones declaradas en oposición tienen derecho a participación en mesas directivas plenarios de las corporaciones públicas de elección popular.

La ley 1909 de 2018 adopta el estatuto de la oposición política y los derechos correspondientes, y en su artículo 6 regula que dentro del mes siguiente al inicio del gobierno, los partidos políticos pueden declararse en oposición; y su artículo 9 contempla que la declaración política, debe registrarse ante la correspondiente autoridad electoral, y contempla expresamente que, a partir de la inscripción es que se harán exigibles los derechos previstos en la ley.

Así mismo, la resolución número 3941 del 13 de agosto de 2019 (CNE), contempla que las declaraciones políticas en el nivel departamental, deben presentarse dentro del mes siguiente al inicio del respectivo periodo de gobierno, y que pueden presentarse ante las registradurías correspondientes, quienes deberán remitirlas de manera oportuna por el medio más expedito al Consejo Nacional Electoral para su respectiva inscripción. Así como que, una vez se reciban en el Consejo Nacional Electoral tales declaraciones, ellas serán remitidas a la Oficina de Inspección y

Vigilancia del Consejo Nacional Electoral, quien verificará el cumplimiento de los requisitos formales para el otorgamiento del registro.

Por otra parte, no puede la Sala pasar por alto que no obra prueba alguna relacionada con el registro de la declaratoria de oposición ante la autoridad electoral. Contrario a ello, obra dentro del proceso el oficio con fecha 16 de enero de 2020, con número CNE - AIV - 046-20 del Consejo Nacional Electoral, en el cual informa a los diputados del Partido Liberal, señores Hernán Alberto Bedoya Cadavid, Carlos Hernán Serna Trejos, Jackeline Vélez López, Jorge Hernán Aguirre González y Oscar Alonso Vargas Jaramillo, sobre el cumplimiento de requisitos de la declaratoria de oposición política y cita que, al revisar la declaración política de oposición, advierte que si bien fue presentada por los diputados que representan el partido político en el nivel departamental, la misma no se adoptó de acuerdo a lo establecido en la circular 037 de 19 de diciembre de 2019 expedida por la Secretaría General del Partido Liberal Colombiano, así como menciona expresamente 5 requisitos que no fueron cumplidos en la declaratoria de oposición presentada, por lo que concede el término de 3 días para subsanar la solicitud de registro, acompañándola de los documentos que allí se citan.

Resalta la Sala en este punto de la discusión, que dentro de las pruebas que reposan en el proceso, no obra otro documento del Consejo Nacional Electoral que dé cuenta del cumplimiento de los requisitos de declaratoria de oposición y, si bien es cierto que la parte demandante aporta un oficio con fecha de 21 de enero de 2020, dirigido al CNE, en el que se da respuesta a cada uno de los puntos y requerimientos realizado por éste, no hay constancia de su envío ni radicación ante el CNE y, menos aún, hay algún documento del CNE que valide dicho escrito y que materialice la declaratoria de oposición conforme a las normas previstas para ello.

Así las cosas, para la Sala es claro que, no basta con que el Partido Liberal Colombiano hubiera manifestado de viva voz en la sesión llevada a cabo el 1° de enero de 2020 en la Asamblea Departamental de Caldas que se encontraba en oposición al gobierno departamental, así como tampoco bastaba con la expedición de la resolución número 5967 de 30 de enero de 2020 proferida por el Director Nacional del Partido Liberal Colombiano, mediante la cual, dicho partido adopta las declaraciones políticas respecto de los gobiernos de la circunscripción de Caldas y resuelve, en su artículo primero, declararse en oposición. Tampoco bastaba con que el Partido Liberal Colombiano enviara la manifestación de oposición al Consejo Nacional Electoral, sino que se requería, además, para finalizar adecuadamente el proceso, que el CNE respondiera afirmativamente sobre el cumplimiento de los requisitos, y paso seguido, procediera al registro correspondiente de dicha inscripción.

Así pues, según el artículo 9 de la ley 1909 de 2018 los derechos previstos en esa ley, incluidos en estos el derecho a que el partido que se declare en oposición haga parte de la mesa directiva, solo son exigibles a partir de la inscripción y que no se encuentra acreditada la misma, bien puede decirse que ese derecho no se ha hecho exigible y no puede predicarse en cabeza del Partido Liberal Colombiano en los términos reclamados por el demandante.

Por su parte, la sentencia C - 018 de 2018³, en la cual se revisa la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria mediante la cual se adopta el Estatuto de la Oposición Política y los derechos de las organizaciones independientes consideró:

“(…) Los artículos 6-10 del PLE Estatuto de la Oposición regulan asuntos relacionados con la declaración política; los niveles territoriales en los que se permite la declaración de oposición; la competencia para efectuar la declaración política; su registro y publicidad; y la representación de las organizaciones políticas para el ejercicio y protección de los derechos consagrados en el PLEEO. A continuación se procederá a analizar de manera particular la constitucionalidad de cada uno de estos artículos

(…)

Para esta Corte, elevar la declaración de oposición, independencia o gobierno a un deber de las organizaciones políticas se encuentra ajustado a la Constitución en la medida en que es un desarrollo de los artículos 107 y 112 de la Carta que establecen como presupuesto de un adecuado funcionamiento de los agentes del sistema político, la exposición de los programas de cada organización, de modo que puedan, según su decisión, ejercer con libertad una función crítica, independiente o de apoyo frente al gobierno, lo que redunde en ofrecer al ciudadano alternativas políticas serias y viables en las cuales pueda confiar para que lo representen. Resulta evidente que la expresión de la voluntad de las organizaciones políticas es de vital importancia para la ciudadanía, que al conocer la posición política de las organizaciones políticas, estará en mejor posición para expresar sus ideas en un entorno democrático, pues al ser transparentes las opciones que ofrecen las organizaciones políticas, tendrá certeza en la escogencia de la alternativa que mejor represente sus visiones políticas.

(…)

Asimismo, la norma analizada se enmarca dentro de los principios de pluralidad y participación, propios de un sistema multipartidista, pues permite que las organizaciones políticas opten por definirse no sólo como de gobierno u oposición, sino también en una posición de independencia. Sumado a esto, se encuentra que la declaración política consigue fortalecer la identidad de las agrupaciones políticas, pues estarán vinculadas por su declaración respecto de sus seguidores, dificultando cambios intempestivos en la posición de la organización que defrauden la confianza de los electores.

(…)

Consideraciones sobre el término de un mes, otorgado para la realización de la declaración política, y las sanciones aplicables en caso de incumplimiento.

361. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el mismo inciso primero del artículo 6 acá estudiado establece que esta declaración deberá hacerse “[d]entro del mes siguiente al inicio del Gobierno, so pena de considerarse falta al régimen contenido en la Ley 1475 de 2011 y ser sancionadas de oficio por la Autoridad Electoral”. Lo anterior pone de presente dos problemas jurídicos que deberán ser abordados por la Corte a saber: (i) la constitucionalidad del término de un (1) mes, contado a partir del inicio del Gobierno, otorgado para la realización de la declaración política; y (ii) la constitucionalidad de la configuración de una falta al régimen contenido en la Ley 1475 de 2011, sancionable de oficio por la Autoridad Electoral, ante la ausencia de realización de la declaración política en el término estipulado por la norma.

³Sentencia C – 018 de 4 de abril de 2018. MP.Dr. Alejandro Linares Cantillo. Exp. RPZ - 004

362. En relación con el primer problema jurídico, se debe partir por aclarar que no se evidencia una intervención por parte del legislador estatutario en la organización y estructura interna de las organizaciones políticas que implique una limitación a su autonomía, sino ante el establecimiento de una medida que pretende que, por un lado, la ciudadanía tenga conocimiento de la posición asumida por una determinada organización y por el otro, el Estado tenga claridad sobre dicha posición, con el fin de garantizar los derechos establecidos en el presente PLE Estatuto de la Oposición. Bajo este entendido, esta Corte considera razonable que se haya optado por otorgar el plazo de un mes, contado a partir del inicio del respectivo Gobierno, para que las organizaciones políticas manifiesten su posición frente al mismo, teniendo en cuenta que, de antemano, los programas de gobierno de los aspirantes a alcalde, gobernador o Presidente de la República, deberán ser publicados y divulgados al momento de inscribir la candidatura, con base en lo dispuesto en las Leyes 131 de 1994 y 996 de 2005. Es de aclarar que el término de un mes deberá entenderse y aplicarse según el nivel nacional o territorial al que corresponda. Lo anterior, pone de presente que las organizaciones políticas contarán con un tiempo prudente para conocer dichos programas, debatirlos al interior de sus grupos y optar por tomar una posición determinada frente a quien resultase elegido con base en éstos. En esa medida, se trata de una disposición desarrollada en el marco de configuración legislativa que resulta razonable y proporcional por lo que se encuentra ajustada a la Constitución y que, en consecuencia, deberá ser declarada executable en la parte resolutive de esta sentencia.

(...)

387. Esta Corte considera ajustado a la Constitución que el registro de la declaración política se haga ante la correspondiente Autoridad Electoral entendida en los términos del artículo 2º del PLE Estatuto de la Oposición. En efecto, esta disposición se encuentra acorde con lo establecido en el artículo 265 de la Carta Política, según el cual el Consejo Nacional Electoral tiene la función general de regular, inspeccionar, vigilar y controlar toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos. Asimismo, se enmarca dentro de lo consagrado por el artículo 3º de la Ley 1475 de 2011, el cual establece la obligación, en cabeza del Consejo Nacional Electoral o quien haga sus veces, de llevar el registro único de partidos y movimientos políticos. **Así las cosas, esta disposición deberá ser declarada executable, destacándose que es a partir del momento de la inscripción en el registro único de partidos y movimientos políticos por parte de la Autoridad Electoral y no desde el momento de la realización de la declaración política, que se harán exigibles los derechos previstos en el PLE Estatuto de la Oposición.** Asimismo, resalta la Corte que esta previsión aplica únicamente para los derechos previstos en el PLE Estatuto de la Oposición, pero no para los demás derechos políticos previstos en el Art. 40 Superior, los cuales no se pueden ver afectados o restringidos ante la falta de inscripción y registro de la declaración política.

388. Por otro lado, esta Corte considera igualmente ajustada a la Carta la obligación en cabeza de la Autoridad Electoral de publicar y actualizar en su página web las respectivas declaraciones políticas y sus modificaciones. Esto, por cuanto desarrolla el principio de publicidad que, como lo ha indicado esta Corte, se ubica en el ámbito expansivo del principio democrático participativo y, para su garantía, resulta pertinente la aplicación de sistemas electrónicos de información⁴.

389. Por último, frente a las funciones otorgadas a la Registraduría Nacional del Estado Civil en relación con el registro municipal y distrital de la declaración política o su modificación, se encuentra igualmente ajustado a la Constitución, en la medida en que, según el artículo 266 Superior, esta entidad “ejercerá las funciones que establezca la ley”, dentro de las que se incluye, pero sin limitarse a ellas, la dirección y organización de las elecciones o el registro civil y la identificación de las personas. Por ello, es ajustado a la Carta que en esta ocasión el legislador estatutario, en desarrollo de lo previsto en el literal (c) del artículo 152 Superior y en ejercicio de la libertad de configuración legislativa, haya optado por radicar en cabeza de la entidad estas nuevas funciones.” (Subrayas y negrillas de la Sala)

⁴ Ver, sentencia C-872 de 2003.

Así pues, de conformidad con las pruebas que reposan dentro del proceso, así como de las normas citadas, y la jurisprudencia en mención, es claro que el demandante no acreditó que el Partido Liberal Colombiano hubiera realizado efectivamente la inscripción y registro de su oposición al gobierno departamental en los términos previstos para ello, en virtud de que sólo a partir de esa inscripción en el registro único de partidos se hace exigible su derecho a participar de la mesa directiva de la Asamblea Departamental de Caldas, pues es a partir del momento de la inscripción en el registro y no desde la declaración política que se hacen exigibles los derechos contemplados en el estatuto de la oposición.

Por todo lo analizado a lo largo del presente asunto, debe decirse que no encuentra la Sala próspera ninguna de las causales de nulidad invocadas por el demandante, que den lugar a la declaratoria de nulidad de la elección de la mesa directiva de la Asamblea departamental de Caldas para el periodo comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2020, como consta en el acta número 001 de 1° de enero de 2020, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

Son también todas las consideraciones expresadas con antelación por la Sala, las que llevan a no acoger el concepto emanado del Ministerio Público.

Por lo expuesto, deberán declararse probadas excepciones denominadas *“Preclusividad del proceso electoral para elegir miembros de la mesa directiva de la asamblea del departamento de caldas, y desistimiento tácito de postular candidato por el partido liberal colombiano”*; *“No es verídico que el partido liberal colombiano sea la mayoría entre las minorías en la Asamblea de Caldas”* e *“Inexistencia de un partido político de oposición a la fecha de la elección de la mesa directiva de la Asamblea de Caldas”*, propuestas por los demandados Juan Sebastián Gómez González, María Isabel Gaviria Calderón y Jessica Silvana Quiroz Hernández. Así como deberán declararse probadas las excepciones denominadas *“El partido liberal no es una minoría política dentro de la asamblea departamental de caldas”*, y *“El partido liberal colombiano no ostentaba la calidad de partido político de oposición para la sesión inaugural de la asamblea departamental de caldas para el año 2020”*, propuestas por la demandada Jessica Silvana Quiroz Hernández, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

7. Costas

No se condena en costas en el presente asunto, por expresa disposición del artículo 188 del CPACA, por ser este un medio de control que envuelve asunto de interés público.

Por lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero: Declarar probadas las excepciones denominadas *“Preclusividad del proceso electoral para elegir miembros de la mesa directiva de la asamblea del departamento de caldas, y desistimiento tácito de postular candidato por el partido liberal colombiano”*; *“No es verídico que el partido liberal colombiano sea la mayoría entre las minorías en la Asamblea de Caldas”* e *“Inexistencia de un partido político de oposición a la fecha de la elección de la mesa directiva de la Asamblea de Caldas”*, propuestas por los demandados Juan Sebastián Gómez González, María Isabel Gaviria Calderón y Jessica Silvana Quiroz Hernández, por lo considerado.

Segundo: Declarar probadas las excepciones denominadas *“El partido liberal no es una minoría política dentro de la asamblea departamental de caldas”*, y *“El partido liberal colombiano no ostentaba la calidad de partido político de oposición para la sesión inaugural de la asamblea departamental de caldas para el año 2020”*, propuestas por la demandada Jessica Silvana Quiroz Hernández, por lo expuesto.

Tercero: Negar las pretensiones de la demanda de control electoral interpuesta por el señor Alejandro Franco Castaño contra la elección de la Mesa Directiva de la Asamblea departamental de Caldas, conformada por el presidente, señor Juan Sebastián Gómez González; la primera Vicepresidente, señora María Isabel Gaviria Calderón; y la segunda Vicepresidente, señora Jessica Silvana Quiroz Hernández. Conforme a lo considerado en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto: No habrá condena en costas, en armonía con lo considerado en precedencia.

Quinto: Notifíquese en la forma establecida por el artículo 289 del CPACA, en concordancia con el artículo 8 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020.

Sexto: Archívese la actuación una vez ejecutoriada esta providencia y hágase el registro correspondiente en el Programa Informático Justicia Siglo XXI.

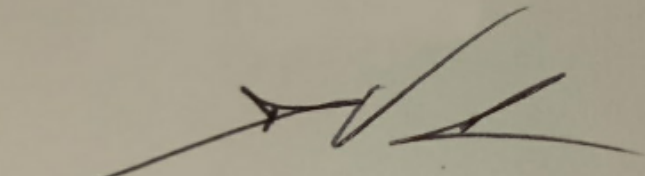
Discutida y aprobada en Sala de Decisión Extraordinaria realizada en la fecha.

Los magistrados


Los integrantes de la Sala Segunda de decisión,

A handwritten signature in black ink, consisting of several large, fluid loops and strokes, positioned above the name of the signatory.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente

A handwritten signature in black ink, featuring a prominent horizontal stroke and several sharp, angular strokes, positioned above the name of the signatory.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

A handwritten signature in blue ink, characterized by a large circular loop at the beginning and several sweeping, curved strokes, positioned above the name of the signatory.

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado