

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión del Sistema Escrito
Magistrado ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicación:	17-001-33-31-004-2009-01483- 02 17-001-33-31-006-2010-00309- 02 (Acumulado)
Clase:	Reparación Directa
Demandante:	Irma Duque Calderón y otros
Demandado:	La Nación- Ministerio De Defensa – Policía Nacional
Providencia:	Sentencia N° 108

Procede la **Sala de Decisión del Sistema Escrito** a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes demandantes, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el día 9 de mayo de 2017, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

Solicitan los demandantes que por parte de esta Corporación se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

Proceso 17-001-33-31-004-2009-01483- 02

Grupo familiar Daniel Mauricio Ocampo Giraldo quien actúa representado por la señora Marina Giraldo Henao (Madre) y Yuliana Ocampo Giraldo (Hermana)

*“Declárese a la **NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL)**, administrativamente responsables de las lesiones causadas por **POLICIAS EN SERVICIO** al menor **DANIEL MAURICIO OCAMPO GIRALDO**, y por consiguiente de la totalidad de daños y perjuicios sufridos por **EL MISMO** y por su **MADRE**, señora **MARINA GIRALDO HENAO** y por su hermana **YULIANA OCAMPO GIRALDO**.*

Los hechos ocurrieron el 25 de octubre del año 2008 en el Municipio de Manizales, Caldas, como se ha descrito en esta demanda.

Como consecuencia de la anterior declaración solicito se hagan las siguientes condenas:

*“**PERJUICIOS MATERIALES:***

3.1 Para el menor DANIEL MAURICIO OCAMPO GIRALDO:

LUCRO CESANTE: Para pagar el lucro cesante se tendrá en cuenta en esta indemnización todos los ingresos a saber: salario básico, primas, cesantías vacaciones, horas extras, etc. Establecidos los ingresos se actualizarán atendiendo la fórmula:

En donde (...)”.

Aduce el apoderado de la parte demandante que la indemnización comprenderá dos periodos: el vencido o consolidado y la futura o anticipada, de las que cita las respectivas fórmulas y señala:

(...)

Por tanto, el lucro cesante consolidado lo estimo en la suma de \$32.496.417.00

LA FUTURA O ANTICIPADA: se establecerá aplicando la siguiente formula:

(...)

Teniendo en cuenta la vida probable del fallecido, de acuerdo a las tablas fijadas para ello, la cual se estima en 60 años, ya que el herido contaba con 15 años al momento de su trágico deceso. Por tanto el número de meses a indemnizar será de 720 meses.

(...)

Por tanto el total a indemnizar por el lucro cesante futuro es de aproximadamente: \$86.509.758.00

POR PERJUICIOS MORALES:

PARA DANIEL MAURICIO OCAMPO GIRALDO: 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en su equivalencia en pesos. Actualmente valen \$49.000.000.00

PARA MARINA GIRALDO HENAO: 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en su equivalencia en pesos. Actualmente valen \$49.000.000.00

PARA YULIANA OCAMPO GIRALDO: 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en su equivalencia en pesos. Actualmente valen \$49.000.000.00

POR PERJUICIOS FISIOLÓGICOS:

PARA DANIEL MAURICIO OCAMPO GIRALDO: 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en su equivalencia en pesos. Actualmente valen \$49.000.000.00.

Proceso 17-001-33-31-006-2010-00309-02

Grupo Familiar Wilfort Antonio Castaño Duque (Lesionado); Irma Duque Calderón y Wilfort Antonio Castaño Román (Padres), quienes actúan a nombre propio y en representación de sus hijos menores Jhoan Sebastián Castaño Duque, Angie Yakeline Castaño Duque (Hermanos menores); José Oliverio Duque y Blanca Belisa Calderón Villa (Abuelos maternos).

“1. Declárese a la NACIÓN COLOMBIANA -MINISTERIO DE LA DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL-, Administrativamente responsable de las lesiones sufridas al joven WILFORT ANTONIO CASTAÑO DUQUE (Lesionado), el día 26 de Octubre de 2008, con fundamento en una falla en el servicio

2. Como consecuencia de la anterior declaración la demandada está obligada a pagar a cada uno de los demandantes una suma de dinero equivalente a CIEN

SALARIOS MINIMOS MENSUALES VIGENTES, salario que para la fecha de esta demanda es de QUINIENTOS QUINCE MIL PESOS (\$515.000), equivalente a CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$51.500.000), conforme al precio que para tal fije el Ministerio de trabajo en la fecha del fallo por concepto de perjuicios morales subjetivos en el siguiente orden:

(...)

*3. La demandada está obligada a pagar por concepto de perjuicios materiales o patrimoniales al demandante **WILFORT ANTONIO CASTAÑO DUQUE**, en su condición de lesionado, quien sufrió el daño en forma directa una suma de dinero la cual considero superior a **DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000)** o en su caso el incidente de regulación de perjuicios acrecida con los aumentos que tiene ordenada la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado como consecuencia de la crónica y permanente devaluación de la moneda.*

*4. La demandada está obligada a pagar por concepto de **PERJUICIO EXTRAPATRIMONIAL, FISIOLÓGICO o A LA VIDA DE RELACIÓN** al demandante **WILFORT ANTONIO CASTAÑO DUQUE**, en su condición de lesionado una suma de dinero equivalente a **DOSCIENTOS MILLONES PESOS (\$200.000.000)**, de acuerdo a reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado o en su caso la suma que prudentemente a su arbitrio fije el juez del proceso.*

(...)

2. Hechos

2.1 Hechos comunes

Manifiestan los apoderados de los jóvenes Daniel Mauricio Ocampo Giraldo y Wilfort Antonio Castaño Duque que el día 26 de octubre del año 2008, se encontraban de fiesta en una vivienda del barrio Villahermosa de la ciudad de Manizales, en compañía de varias personas y que debido a la intensidad de la música, agentes de policía acudieron al lugar para que se bajara el volumen de la misma, situación que desencadenó un altercado entre los jóvenes presentes y los agentes de policía.

Coinciden en afirmar los demandantes que, los agentes de policía lanzaron gases lacrimógenos y agredieron a los jóvenes que se encontraban en la fiesta, y hacen referencia a que los uniformados realizaron disparos en contra de los civiles, dejando heridos de gravedad a los demandantes.

2.2 Hechos del proceso 17-001-33-31-004-2009-01483- 02

Cita el apoderado judicial que los hechos ocurrieron debido a la falta de cuidado y prudencia por parte de los policías en el manejo de las armas de dotación oficial, y por el abuso de la fuerza al tratar de controlar el ruido que estaban haciendo los jóvenes.

Afirma el apoderado que el joven Daniel Mauricio Ocampo Giraldo sufrió una lesión con arma de fuego en su muslo izquierdo, ocasionándole un fuerte dolor, afectando su movilidad y generándole imposibilidad de manera normal.

2.3 Hechos del proceso 17-001-33-31-006-2010-00309-02

Señala que ante la negativa de los jóvenes de abrir la puerta de la vivienda donde se llevaba a cabo la fiesta, la reacción de los agentes de policía fue cortar la luz y quebrar los vidrios para arrojar el gas lacrimógeno y que, por ello, los jóvenes salen muy alterados de la residencia y empiezan a arremeter contra los policías, por lo que el teniente Brayan Villamil Villamil y el patrullero German Cárdenas Echeverry accionaron sus armas, impactando uno de los disparos al joven Wilfort Antonio Castaño Duque.

Refiere que como consecuencia de la herida padecida, el joven en mención fue trasladado a la Clínica San Cayetano del servicio de Assbasalud, y de allí fue remitido al Hospital Infantil Universitario Rafael Henao Toro, “*con herida de proyectil de arma de fuego con orificio de entrada en zona parietal derecha y con avulsión de tabla externa de cráneo*”. E indica que la incapacidad legal definitiva fue de 45 días y según el reporte de medicina legal la secuela es “*Deformidad física que afecta el cuerpo de manera permanente*”.

Sostiene que por las lesiones causadas al joven Wilfort Antonio Castaño Duque se dio apertura a investigación por parte del Juzgado 160 de Instrucción Penal Militar, en contra del teniente Villamil Villamil y el Patrullero Cárdenas Echeverry, bajo el radicado No. 1369.

3. Normas violadas y concepto de violación

3.1 Proceso 17-001-33-31-004-2009-01483- 02

Artículos 1,2, 6, 43, 90, 217 y 218 de la Constitución Nacional.

Artículos 86,131, 263, 265 al 1617 y 1341 del Código Civil

Artículo 4 y 8 de la Ley 153 de 1887

Decreto ley 2137 de 1983 y Decreto 2584 de 1993

3.2 Proceso 17-001-33-31-006-2010-00309-02

Artículos 2 inciso 2, 6, 11, 13, 29, 90,95, 121 y 223 de la Constitución Nacional.

Artículos 86, 131-132, 178,271, 206 al 211 y 217 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

Artículos 6-1, 7, 9-1, 10, 13 y 17 de la Ley 74 de 1968 que ratificó e incorporó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

Artículos 16, 18, 411 y 1614 del Código Civil.

Artículos 4,5 y 7 de la Ley 17 de 1972 que incorporó la Convención Americana sobre Derechos Humanos

4. Contestación de la demanda

4.1 Proceso 17-001-33-31-004-2009-01483- 02 (Fls. 54 a 77 C.1)

La Policía Nacional contestó la demanda por intermedio de apoderado judicial, pronunciándose sobre todos y cada uno de los hechos, aceptando como ciertos el primero y segundo; el tercero y cuarto no los acepta y el hecho quinto lo acepta parcialmente.

Expone que el día de los hechos algunos jóvenes decidieron hacer una fiesta en una vivienda del barrio Villahermosa, que se encontraba desocupada, sin importar la prohibición de consumir bebidas embriagantes y hacer escándalo en vía pública en razón de la ley seca que regía por las elecciones que se realizarían en horas siguientes. Los vecinos llamaron a reportar esta situación que les molestaba por ser cerca de las 2:00 a.m.

Por esa razón, fue que los agentes policiales aprehendieron a algunos de los implicados y los trasladaron al CAI del barrio Villahermosa para poder controlar la situación, pero una cantidad de personas se enfureció, y trataron de liberar por vía de hecho a los jóvenes que fueron retenidos sin importar las consecuencias que traería consigo, y afirma que si las personas consideraban que el procedimiento había sido arbitrario, la opción no era arremeter contra el CAI y los uniformados sino acudir a la autoridad competente.

Cita la demandada Policía Nacional en su respuesta, declaraciones que fueron rendidas ante el Juzgado 160 de Instrucción Penal Militar, donde rindieron testimonio los señores Jesús Antonio Acevedo Bedoya, Carlos Arturo Herrera Grisales, y la señora María Berenice Ríos de Acevedo; concluyendo de las transcripciones que hay coincidencia en manifestar que el número de personas las cuales arremetieron contra los agentes de policía era significativamente mayor, y que todos ellos agredían a los uniformados con palos, piedras, machetes, y que dicha situación solo se controló hasta que llegaron más refuerzos.

Expone que, en el caso referido, se configura la excepción de hecho exclusivo y determinante de la víctima, en virtud de que el joven Daniel Mauricio Ocampo Giraldo, participó en una manifestación violenta e ilegal, con cuya conducta creó el riesgo que le produjo el daño sufrido en su integridad personal, lesión que no puede determinarse como antijurídica, rompiendo con ello el nexo causal.

Así mismo propone como excepción, el rompimiento del nexo causal, al considerar que para acceder a la indemnización pretendida es necesario que se pruebe la relación de causalidad entre el daño y el hecho, aspecto que no le resulta claro por lo expuesto en la excepción anterior.

4.2 Proceso 17-001-33-31-006-2010-00309-02 (Fls. 174 a 199 C. 1A)

El apoderado de la Policía Nacional, indicó que uno de los elementos de la responsabilidad extracontractual de la administración es la configuración del nexo causal entre la falta o falla de la administración y el hecho o daño antijurídico generador de la responsabilidad, que en el presente caso no es otra que la intervención de la policía en una alteración del orden público un día antes de elecciones.

Señala que las personas que resultaron ser perjudicadas para el día de los hechos, fueron objeto de un requerimiento por parte de miembros de la Policía Nacional, con relación a la prohibición de consumo de bebidas embriagantes y hacer escándalo público, en vista de la ley seca que regía unas horas antes de las elecciones a efectuarse el día siguiente al que se produjeron los hechos.

Sostiene que en vista de lo anterior, se requirió a la policía por parte de algunos vecinos, ante lo cual se desplazaron al lugar agentes para hacer efectiva la correspondiente prohibición, y fueron recibidos con provocaciones por parte de los jóvenes, quienes arrojaron una botella vacía de licor, y seguidamente los retaban a apagarles el equipo, sin que hubieran dejado entrar a los uniformados, quienes esperaron a que unos jóvenes salieron de la casa, logrando retener a dos de ellos, que fueron conducidos hacia el CAI. Situación ante la cual, los demás jóvenes decidieron rescatar a sus amigos retenidos generándose la gran arremetida contra el CAI y los agentes que allí se encontraban.

Cita el apoderado judicial que hasta el momento en que condujeron a los jóvenes al CAI del barrio Villahermosa, no hubo lesionado alguno por el procedimiento efectuado por los agentes de Policía y sostiene que fueron los jóvenes que trataron de rescatar a los retenidos, quienes infringieron el ordenamiento jurídico al arremeter indiscriminadamente contra policías e instalaciones locativas del CAI Villahermosa, sin precaver que podían salir lesionados, tal como lo manifiesta un testigo de los hechos.

Se refiere a las declaraciones rendidas dentro de proceso adelantado en el Juzgado 160 de Instrucción penal Militar con sede en el Comando de Policía de Caldas, y concluye que se configura en este caso la culpa exclusiva de la víctima, por participar el actor de una *“enardecida manifestación por parte de jóvenes pandilleros del sector, acostumbrados a protestar con piedras, palos, machetes y hasta armas de fuego de todo tipo (...)”*, por lo que la lesión sufrida por el joven demandante, no puede catalogarse como antijurídica, rompiendo con ello el nexo de causalidad pretendido.

5. Alegatos de conclusión

5.1 Proceso 17-001-33-31-004-2009-01483- 02 (Fls. 239 a 249 C1)

5.1.1. Parte demandante

El apoderado judicial de la parte demandante hace un resumen de los testimonios rendidos por las señoras Ana Patricia Campiño Arias, Omaira Ángel Arias y Paula Tatiana Correa, declaraciones de las cuales concluye que todas las personas citadas coinciden al aseverar que los agentes de policía fueron los que agredieron a los jóvenes que se encontraban departiendo en la fiesta pues les lanzaron gas lacrimógeno, y que fueron ellos quienes realizaron los disparos ya que los civiles no estaban armados.

De igual manera, cita apartes del testimonio de la parte demandada, señor Carlos Arturo Herrera Grisales, y concluye de este que se encuentra probado que hubo una manifestación en el barrio Villahermosa de Manizales, así como que no existen pruebas de que el joven Daniel Mauricio Ocampo Giraldo, haya atacado a los policías, y que existe prueba de que al mismo joven le propinaron un balazo por la espalda, sin que exista prueba de que los jóvenes de Villahermosa hubieran disparado armas de fuego, y mucho menos, que el joven Daniel Mauricio Ocampo Giraldo, estuviera armado, siendo entonces los policías, los únicos que portaban armas de fuego.

Finalmente, aporta extensa jurisprudencia del Consejo de Estado en la que, a su juicio, se resuelve un caso similar.

5.1.2. La Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional (Fls. 300 a 302, C1)

El apoderado de la Policía Nacional presentó los respectivos alegatos de conclusión, y cita apartados testimoniales de la señora Ana Patricia Campiño Arias, del que resalta que dicha testigo responde de forma evasiva y dubitativa, y afirma que los policías utilizaron armas de fuego, pero no precisa su dicho con otras exposiciones. Así como que algunos jóvenes se encontraban consumiendo bebidas embriagantes y alucinógenos, refiriendo que la asonada fue grande y que hubo muchos disparos, pero la califica como una testigo poco creíble, que se limita a informar lo necesario, sin especificar mas detalles de lo ocurrido.

Seguidamente cita apartes del testimonio del señor Carlos Arturo Herrera Grisales, y resalta que se escuchaba piedras, machetes, disparos, concluyendo que según su versión “la turba” atacó a los policías y, en su versión, dice que uno de los disparos dio en su ventana, así como resalta que su declaración parece veraz y que explica los hechos de manera detallada, sin limitarse a contestar asertivamente.

Concluye el apoderado judicial de la Policía Nacional que se encuentra demostrado que los policías fueron objeto de una asonada de parte de personas que acostumbraban departir en la esquina del barrio tantas veces mencionada, y que del testimonio antes referido se desprende con claridad que en la “asonada” estaban involucradas mas de 30 personas, armadas con todo tipo de objetos, incluidas armas de fuego. Así como cita apartes de la versión de uno de los policías atacados, señalando que, de no haber llegado refuerzos, la cantidad de personas hubieran podido acabar con su vida y que no

se logró probar quienes fueron las personas que dispararon las armas de fuego que causaron las heridas al joven demandante, y que por las afirmaciones de los testigos, no se pudo identificar de donde provinieron los disparos realizados en la asonada del CAI de Villahermosa.

5.2. Proceso 17-001-33-31-006-2010-00309-02 (Fls. 303 a 320, C1)

5.2.1. Parte demandante

El apoderado Judicial de la parte demandante presentó su escrito de alegatos planteando el sustento fáctico de la demanda, la legitimación de los actores, los daños, perjuicios tanto morales como materiales a que tiene derecho cada uno de los accionantes por las condiciones de Wilfort Antonio Castaño Duque, quien resultó lesionado.

Realiza un análisis del material probatorio allegado al proceso, y sostiene que todas las pruebas obrantes en éste deben apreciarse sin limitación, así como que la entidad demandada solo podrá exonerarse demostrando que el hecho ocurrió por fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.

Hace alusión al testimonio del señor Carlos Eduardo Sánchez Gálvez, versión que rindió en el Juzgado 160 de Instrucción Penal Militar, y dice que goza de plena validez, pues es claro al momento de relatar cómo ocurrieron los hechos, y de qué manera resultó herido Wilfort Antonio Castaño Duque; sostiene que los agentes de policía nunca fueron atacados con armas de fuego, dado que el único lesionado de la Policía lo fue producto del lanzamiento de una botella de vidrio, hecho en el cual no tuvo nada que ver el demandante.

Afirma que no hay duda de que la Policía sí disparó, pues en el libro de minutas queda constancia de que se escuchan dos detonaciones, y que se realizaron varios disparos para persuadir a la multitud, pese a los cuales ellos deciden avanzar contra las instalaciones del CAI, sin tener en cuenta los disparos de advertencia.

Cita un precedente judicial del Tribunal Administrativo de Caldas y del Consejo de Estado, de acuerdo a la teoría del riesgo excepcional, y concluye solicitando que se le reconozcan los perjuicios morales y materiales a su representado, por las condiciones en que quedó y por la disminución de la capacidad laboral como resultado del disparo que recibió del arma de dotación oficial.

5.2.3. Ministerio Público

El Ministerio Público no emitió concepto de fondo, según constancia secretarial de folio 340 del cuaderno principal.

6. Sentencia de primera instancia (Fls. 375 a 410 C1)

El Juez de primera instancia resolvió negar las pretensiones de la demanda y consideró que no se configuraron los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falla en el servicio, en cabeza de la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional

De igual manera, considera que el régimen aplicable al caso es el de responsabilidad subjetiva por falla en el servicio, y hace una exposición sobre el régimen aplicable a la fuerza pública, así como del uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional, que es necesaria cuando habiéndose agotado todos los medios persuasivos y diálogo, no fuere posible contrarrestar la agresión o salvaguardar el bien jurídico de protección.

Inicia el Juez con el estudio de los elementos del daño, nexo causal e imputabilidad del mismo, considerando que se encuentran acreditadas las lesiones padecidas por Daniel Mauricio Ocampo Giraldo y Wilfort Antonio Castaño Duque.

Con relación a la imputabilidad del daño, luego de transcribir sendos apartes de las versiones rendidas por los miembros de la fuerza pública y vecinos del CAI de Villahermosa, concluye que las versiones son coincidentes en cuanto a que los uniformados repelieron un ataque dirigido hacia ellos, que solicitaron el apoyo de otras unidades, situación que a su juicio, refleja la gravedad del ataque al que estaban siendo sometidos los miembros de la fuerza pública.

Sostiene el Juez que, dentro del material probatorio, no se encuentra prueba que permita establecer con certeza que la lesión ocasionada a Daniel Mauricio Ocampo Giraldo sea consecuencia directa del impacto de un arma de fuego perteneciente a alguno de los agentes de la fuerza pública no estando, pues, acreditado que el impacto se produjo de un arma de fuego de dotación oficial. Así como que si bien es cierto que los jóvenes Daniel Mauricio Ocampo Giraldo y Wilfort Antonio Castaño Duque resultaron lesionados con arma de fuego, también es cierto que la noche del 26 de octubre de 2008, en la gresca presentada en el barrio Villahermosa, se escucharon varios disparos, desconociendo a ciencia cierta su procedencia.

También sostiene el Juez, que las versiones rendidas por los jóvenes involucrados en los hechos, tienen origen en su participación en los mismos, y su veracidad queda en entredicho con las versiones de testigos que no hicieron parte de la riña. Y que existen versiones contradictorias en cuanto a quiénes fueron los que realizaron los disparos y que, mas aún, partiendo de la base de que existió uso de armas de fuego por parte del personal de la policía, no se puede asegurar a ciencia cierta que la dirección del disparo del uniformado y, menos aún, las lesiones padecidas por los demandantes, son consecuencia directa de un impacto con arma de fuego de dotación oficial.

También dice que no fue refutada la prueba técnica de investigación criminalística, relacionada con que no existe análisis balístico de armas de fuego que fueron empleadas en los hechos, o proyectiles hallados en el lugar de los hechos, ni recuperados en la lesión padecida por Wilfort Antonio Castaño Duque y que, de haber provenido los disparos de la fuerza pública, bien podría entenderse que los agentes dispararon su arma de dotación en defensa de su derecho a la vida, seriamente amenazado por los agresores, entre los cuales se encontraban los lesionados.

Así mismo, el despacho de primera instancia considera que, en el presente asunto, bien puede hablarse de la culpa exclusiva de la víctima, pues es claro que los jóvenes Daniel Mauricio Ocampo Giraldo y Wilfort Antonio Castaño Duque, formaron parte del grupo de jóvenes que se enfrentaron a la policía Nacional, y con su actuar violento hacia los uniformados, con el uso de armas blancas, atentaron contra sus vidas, propiciando con ello las condiciones necesarias para que el desenlace de la riña pueda ocasionarles una grave lesión. Así como considera que no se encuentran acreditados los elementos necesarios para declarar la responsabilidad de las entidades demandadas por las lesiones sufridas por los demandantes en mención, pues no se probó una falla en el servicio por parte de la policía Nacional.

7. Recurso de apelación

7.1 Proceso 17-001-33-31-004-2009-01483- 02 (Fls. 411 a 449 C.1)

7.1.1. Parte demandante

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia dentro de la oportunidad procesal establecida para tal efecto, y sostiene que en el caso bajo estudio, no existe ninguna prueba concreta que comprometa al actor lesionado con los hechos ocurridos, además de que las únicas personas que portaban armas de fuego eran los policías, y se refiere nuevamente a los testimonios que reposan dentro del proceso, reiterando lo dicho en la demanda.

Cita que los policiales fueron los primeros que se dispusieron a agredir a los civiles desarmados, cuando les tiraron gas lacrimógeno y que hay testigos presenciales de los hechos y de que los policías le dispararon *“a Andrés Mauricio”* (sic).

Luego de varias transcripciones de testimonios rendidos por la señoras Ana Patricia Campiño Arias, Omaira Ángel Arias y Paula Tatiana Correa, concluye que no existen pruebas de que el joven Daniel Mauricio Ocampo Giraldo hubiese atacado a los policías, así como que no existe prueba de que los jóvenes de Villahermosa hubieran disparado armas de fuego, y hace una extensa transcripción de jurisprudencia del Consejo de Estado, en la cual revocan una sentencia proferida por este Tribunal.

7.2 Proceso 17-001-33-31-006-2010-00309-02 (Fls. 450 a 466 C1)

7.2.1. Parte demandante

La parte demandante interpuso recurso de apelación, citando como motivos de inconformidad los siguientes:

Aduce el apoderado judicial que el Juez de primera instancia interpreta erróneamente la jurisprudencia con relación al título de imputación, haciendo referencia a la falla en el servicio y asegura que desconoce sentencia de unificación en la cual se señala que la órbita de responsabilidad objetiva es la de daño especial.

De igual manera, transcribe amplios apartados de jurisprudencia del Consejo de Estado en la cual se revoca una sentencia de este Tribunal, también citada en la apelación que se relaciona en ítem anterior; reiterando que el régimen de responsabilidad es objetiva por daño especial y no por falla en el servicio.

Por otra parte, sostiene que el Juez de primera instancia de manera equivocada, a su juicio, declaró probada la excepción denominada hecho exclusivo de la víctima, aun cuando dentro del proceso no se probó que el joven Wilfort Antonio Castaño Duque hubiera atentado contra la humanidad de los policiales, ni se reconoce en éste la utilización de arma de fuego.

Igualmente, afirma el apoderado que se desconoce por el juez de primera instancia la existencia del libro de minutas, en el cual se deja constancia que los miembros de la estación, sí realizaron varios disparos con sus armas de dotación oficial. Y en el mismo sentido argumenta que no hay lugar a dudas con relación a que los miembros de la policía accionaron sus armas de dotación oficial, así fuera de manera preventiva y, contrario a ello, no obra prueba que se hubieran encontrado armas de fuego de ningún tipo, diferentes a las de la fuerza pública.

8. Alegatos de conclusión de segunda instancia.

8.1 Proceso 17-001-33-31-004-2009-01483- 02 (Fls. 11 a 74, C8)

8.1.1. Parte demandante

Presentó su escrito de alegatos en segunda instancia reiterando en su totalidad los argumentos presentados en el escrito de alegatos de clausura en primera instancia y los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

8.2 Proceso 17-001-33-31-006-2010-00309-02

8.2.1. Parte demandante

Guardó silencio.

8.2.2. La Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional (Fls 75 a 77 C8)

La demandada Policía Nacional, presentó su escrito de alegatos en segunda instancia, haciendo una síntesis de las alegaciones presentadas en primera instancia; así mismo, comparte varias de las tesis del Juez de primera instancia en cuanto a que no existió prueba que sustentara los hechos de los demandantes, y que los partícipes de la asonada utilizaron armas de fuego contra quienes custodiaban las instalaciones del CAI de Villahermosa, y sostiene que quedó demostrado que los policiales fueron objeto de una asonada, siendo 30 personas o mas quienes participaron en ella.

Hace alusión a los dos testimonios citados en la apelación de los demandantes, y reitera que no se encuentra probado que las heridas presentadas por los demandantes hubieran sido causadas con armas de dotación oficial y hace una transcripción de apartes de una sentencia del Consejo de Estado, relacionada con la utilización de armas de fuego por parte de los miembros de la Policía Nacional, y que de haberse comprobado que las ojivas que causaron las lesiones pertenecían a la Policía Nacional, ello se justificaría en que no contaban con otro medio persuasivo para detener un número de 30 jóvenes enardecidos, que decidieron arremeter contra los policiales y las instalaciones del CAI, solicitando por ello confirmar la sentencia proferida en primera instancia.

8.3. Concepto del ministerio público

El Ministerio Público no intervino rindiendo concepto de fondo en esta etapa procesal, de conformidad con la constancia secretarial visible a folio 78 del cuaderno número 8.

II. Consideraciones

Debe precisarse que los problemas jurídicos que se resolverán en este caso, se circunscriben exclusivamente a los motivos de inconformidad planteados por los apelantes en contra de la sentencia proferida en primera instancia, esto es, las partes demandantes, dentro de la acumulación de los procesos identificados con los radicados números 17-001-33-31-004-2009-01483- 02 y 17-001-33-31-006-2010-00309-02, por lo que procede la Sala a abordar el estudio conforme lo planteado en los respectivos recursos de apelación.

1. Apelación proceso 17-001-33-31-004-2009-01483- 02

Se permite esta Sala citar en brevedad los argumentos expuestos por el apoderado judicial de los demandantes en su escrito de apelación, los cuales cita como motivos de inconformidad con la sentencia proferida a saber:

- 1.1. El título de imputación aplicado al caso no debió ser falla en el servicio sino daño especial.
- 1.2. No existe prueba que comprometa al demandante con la situación ocurrida.
- 1.3. Los únicos armados eran los policías.
- 1.4. Los policías fueron los primeros en agredir con gas lacrimógeno.
- 1.5. El actor estaba desarmado, por lo que se desvirtúa con ello la culpa exclusiva de la víctima.
- 1.6. Testigos presenciales afirman que los policías dispararon a Daniel Mauricio, y que el balazo fue por la espalda.

2. Apelación proceso 17-001-33-31-006-2010-00309-02

Los que se exponen brevemente a continuación, son los motivos de la apelación de la parte demandante:

- 1.7. Aduce que el título de imputación aplicado al caso no debió ser falla en el servicio sino daño especial.
- 1.8. No existió en este caso culpa exclusiva de la víctima.
- 1.9. Desconoce el Juez de primera instancia el libro de minutas, en el cual se dice que los miembros de la estación, realizaron varios disparos con sus armas de dotación oficial.
- 1.10. No se encontraron armas de ningún tipo, ni siquiera armas de fuego, diferentes de las que portaban los miembros de la fuerza pública.

3. El problema jurídico a resolver

Con fundamento en el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, los interrogantes que deben despejarse en esta instancia, a título de problemas jurídicos, son los siguientes:

1. ¿Cuál es el título de imputación aplicable al asunto que se estudia?
2. ¿Se encuentra plenamente demostrado que las únicas personas que se encontraban armadas eran los policías, y que fueron éstos quienes dispararon a la multitud con sus armas de dotación oficial?
3. ¿Se encuentra probado que los policías actuaron indebidamente mediante la utilización de gas lacrimógeno?

4. ¿Se encuentra probada la trayectoria del impacto del disparo sufrido por el joven Daniel Mauricio Ocampo Giraldo?

4. Del régimen de responsabilidad aplicable al presente asunto

Tradicionalmente la jurisprudencia y la doctrina, han señalado que para deducir la responsabilidad de la administración pública por sus hechos u omisiones, – actualmente con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política –, es necesario que confluyan tres condiciones, que son: *un hecho imputable a la administración, un daño o perjuicio indemnizable, y la relación de causalidad entre el hecho y el daño.*

Recientemente el Consejo de Estado, sobre la configuración de responsabilidad y la reparación de los daños causados por armas de fuego de dotación oficial, ha precisado lo siguiente¹:

“(…) Se encuentra debidamente demostrada la causalidad que indica que Luis César Alfredo Rosales Mosquera recibió un disparo proveniente de un arma de fuego de dotación oficial de propiedad de la Policía Nacional y que esto produjo su muerte, por lo que debe determinar la Sala si el daño ocasionado debe imputársele a dicha entidad, ya que la imputabilidad es uno de los elementos de la responsabilidad patrimonial exigidos por el artículo 90 de la Constitución Política.

En relación con la imputación jurídica del daño, debe decirse que el Consejo de Estado, en sentencia de 19 de abril de 2012², unificó su posición para señalar que, al no existir consagración constitucional de ningún régimen de responsabilidad en especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos jurídicos de sus fallos, por lo que los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia.

En primer lugar, es importante precisar que la imputación de los daños derivados del uso de arma de dotación oficial, puede efectuarse a través de un régimen subjetivo de falla del servicio o por medio de un régimen objetivo de riesgo excepcional³. Se presenta responsabilidad subjetiva del Estado en el manejo de las armas, cuando el daño es producto del desconocimiento de las normas y procedimientos que regulan el uso de las armas por parte de los miembros de la Fuerza Pública, cuando son usadas con propósitos ilegítimos o cuando, pese a ser usadas con propósitos legítimos, su uso es desproporcional o irracional.

Así mismo, puede imputársele al Estado la obligación de reparar un daño con base en el régimen objetivo de riesgo excepcional, el cual se configura cuando, a pesar del respeto de la normatividad relativa al uso de las armas de fuego por parte de la Fuerza Pública, se concreta el riesgo propio de una actividad peligrosa como es el uso de armas de fuego, el cual debe ser reparado. Es decir, la obligación de reparar no surge por un reproche de la conducta estatal, sino por la concreción de un riesgo legítimamente creado.

En cualquier caso, la falla del servicio es el título de imputación de responsabilidad estatal por excelencia⁴, por lo que el estudio de la responsabilidad estatal debe comenzar por este régimen de responsabilidad y en caso de encontrarse configurado así debe declararse, circunstancia que contribuye al correcto

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de noviembre de 2018. C.P. Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Rad. 76001-23-31-000-2006-03585-01(41847).

² Expediente 21515

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 8 de junio de 2016, expediente: 34315; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de mayo de 2016, expediente: 39020.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de junio de 2008, expediente: 15263; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 7 de abril del 2011, expediente: 20750.

funcionamiento del Estado, así como para el efectivo ejercicio de la acción de repetición⁵.

En el caso concreto se demostró que los efectivos de la Policía Nacional, reaccionaron frente a los disparos de los delincuentes que estaban realizando un atraco en la entidad bancaria, y dispararon en contra de aquellos en repetidas ocasiones. En ello coinciden la parte actora en la relación de los hechos de la demanda, los propios agentes de policía en sus testimonios al interior del proceso penal y Franklin Molina, quien fue herido en los hechos.

Ahora bien, el principio básico que rige el empleo de las armas de fuego por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas señala que su uso será extraordinario, como medida coercitiva de última instancia, para asegurar el cumplimiento de sus funciones⁶. (...)” (Subrayas y negrillas de la Sala)

En el asunto que ocupa ahora el estudio de la Sala, precisamente se genera la discusión en torno a si la lesión sufrida por los jóvenes Daniel Mauricio Ocampo Giraldo y Wilfort Antonio Castaño fue cometida, o no, por miembros de la Policía Nacional, y si dicha Institución del Estado debe responder por el daño ocasionado.

De acuerdo a lo expuesto, para la Sala el título de imputación que debe aplicarse en este caso corresponde a la falla en el servicio, pues la discusión que plantean los demandantes es que un grupo de jóvenes tuvieron un enfrentamiento con miembros de la Policía Nacional, y que éstos últimos durante el enfrentamiento sacaron sus armas de dotación oficial y dispararon contra la humanidad de los jóvenes argumentando, además, el excesivo uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional.

Por lo planteado, debe estudiarse entonces en este caso cada uno de los requisitos de la falla en el servicio, con el fin de determinar si es atribuible a la demandada Policía Nacional la responsabilidad por los hechos dañosos discutidos por los demandantes, no sin antes dejar establecido que en este caso no hay discusión alguna ni por el Juez ni por la demandada ni por los demandantes sobre la efectiva existencia del daño sufrido por los jóvenes Daniel Mauricio Ocampo Giraldo y Wilfort Antonio Castaño, consistente en “herida por arma de fuego muslo izquierdo” y “herida por proyectil de arma de fuego con orificio de entrada en zona temporal derecha ... orificio de salida en zona parietal derecha con avulsión de tabla externa de cráneo”, respectivamente, tal como consta en los folios 56 del cuaderno 2 y folios 135 y 136 del cuaderno 2 y 381 y 382 del cuaderno 2A.

⁵ Al respecto: “Como la muerte de Nelson Carvajal Palacio se produjo con arma de fuego, para decidir la responsabilidad del Estado debe tenerse en cuenta que el último criterio jurisprudencial relacionado con el título de imputación, bajo el cual deben ser decididas las demandas interpuestas con el fin de obtener la reparación de los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas, es el de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, de acuerdo con el cual al demandante le basta acreditar que la actividad peligrosa fue la causa del daño cuya reparación solicita, en tanto que la entidad para exonerarse, deberá demostrar la existencia de una causal de exoneración como la culpa exclusiva de la víctima, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la fuerza mayor. Esto siempre que no se invoque en la demanda el régimen de falla del servicio, caso en el cual se entra a estudiar la responsabilidad bajo ese título de imputación porque de un lado ese criterio de imputación es aplicable aún tratándose de daños causados con ocasión de actividades peligrosas, y por otra parte, se cumple con la función consustancial a la jurisprudencia contencioso administrativa de identificar las falencias que se presentan en el ejercicio de la actividad administrativa, con el propósito de que: (i) la definición para un caso concreto se convierta en advertencia para la administración con el fin de que ésta procure evitar la reiteración de conductas anormales y (ii) esa decisión sirva para trazar políticas públicas en materia de administración”. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 9 de marzo de 2009, exp. 17318.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 18 de mayo del 2017, exp. 38021; Sentencia de 16 de diciembre de 2016, exp. 31836; y, sentencia de 14 de julio de 2004, exp. 14902.

De acuerdo a lo anterior, procederá la Sala a establecer si, en el presente caso, se dan los elementos que configuran la responsabilidad de la entidad demandada, conforme al régimen de la falla en el servicio, en virtud del cual, se estudiarán los requisitos de la responsabilidad relacionados con el nexo causal y la imputación.

5. De las pruebas que obran dentro del proceso

De las pruebas que obran en el expediente, se resaltan las siguientes, por ser de importancia en el estudio que se hace del caso, de las cuales se permite la Sala transcribir algunos apartes:

1. **Informe Técnico Médico Legal de lesiones no fatales del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses del joven Wilfort Antonio Castaño Duque (Fl. 305 C. 2A)**

Edad 18 años

“(...) fecha llegada: 26-10-2008 ... aliento alcohólico ... herida por proyectil de arma de fuego con orificio de entrada en zona temporal derecha ... orificio de salida zona parietal derecha con avulsión de tabla externa de cráneo ... se remite al hospital infantil (...)”

2. **Informe Técnico Médico Legal de lesiones no fatales del Instituto nacional de medicina Legal y Ciencias Forenses del joven Daniel Mauricio Ocampo Giraldo (Fl. 56 C. 2)**

Edad 14 años

“(...) Herida por arma de fuego en muslo izquierdo (...)”

3. **Informe de novedad de 26 de octubre de 2008 (Fls. 59 a 61 C. 1A), suscrito por el comandante del CAI de Villahermosa, Subintendente Brayan Villamil Villamil.**

“(...) Al llegar la panel con éstas personas al CAI, vemos que se acercaba una aglomeración de aproximadamente 50 personas enfurecidas portando armas blancas como machetes, piedras, botellas, tubos de PVC y la emprenden contra los policías de las instalaciones del CAI, en esos instantes estaban llegando las patrullas de apoyo y una de las motos uniformadas queda en medio del CAI y la aglomeración de gente la arremetieron contra ella causándole daños en los stop, los espejos, direccionales y estallándose la llanta delantera.

Los policías nos refugiamos en la parte externa del CAI a repeler la agresión y tratando de rescatar la moto pero ante la cantidad de personas y el estado anímico en que se encontraban no fue posible; ya con el apoyo de más patrullas logramos sacar la moto en medio de la multitud, acto seguido se escuchó dos disparos que impactaron en los vidrios de la parte externa del mismo, los cuales fueron realizados de la parte de atrás de la multitud. En vista de lo que estaba sucediendo los policías reaccionan y hacen varios disparos con revólver al aire para persuadir a la turba para que no se acercara, lo que causó mas la furia de los agresores y la emprendieron más alevosamente contra los policías y las instalaciones del CAI lanzando piedras e intentando ingresar a la fuerza (...)

4. **Diligencia de ampliación y ratificación del informe que rinde S.T. Brayan Aldemar Villamil Villamil (Fls. 62 a 65 C. 1A)**

“(...) Yo era comandante de la comuna, y fui de las primeras personas a las que le avisaron, me lo dijo el Comandante de Guardia PT. Gutiérrez Pareja, posteriormente nos dirigimos a atender el caso que ya nos había manifestado el comandante de guardia, pero al ver la cantidad de personas que habían, pedimos apoyo a otra móvil, la cual llegó minutos después y está compuesta por el Patrullero Jaramillo y Patrullero Marulanda, procedimos a realizar el llamado de atención (...) la multitud

lanzaba contra nosotros objetos, procedimos a recuperar la moto, lo cual subió más la furia de la multitud, momentos en los cuales se escuchó dos disparos producidos desde la parte de atrás de la multitud, uno de los disparos producidos reventó uno de los vidrios del CAI y otro pegó en la parte posterior del CAI, a lo cual algunos policiales reaccionaron realizando disparos al aire para persuadir la multitud para que no avanzara hacia las instalaciones del CAI, reaccionando aún mas violentamente (...) No se pudo identificar las personas, pues fueron realizados en la parte de atrás de la multitud (...) las circunstancias de cómo resultaron lesionados con arma de fuego las desconozco; ya a lo último cuando había terminado la asonada se tuvo conocimiento de personas lesionadas (...)”

5. *Diligencia de Declaración que rinde la señora Maria Berenice Ríos de Acevedo (Fls. 66 a 68 y 157 a 159 C. 1A).*

“(...) En el momento en que yo desperté los agentes decían a las personas o pandillas que siguieran la fiesta en calma, que no hicieran escándalo en la calle y que podían continuar pero sin escándalos y ellos gritando, ofendiendo a la policía con palabras, lanzándoles piedras, los agentes bregando a sostenerse ahí en esa esquina y las personas encima más de cuarenta encima de ellos, con palos, los bajantes de las casas los reventaban, tirándoles de todo; luego ya se escuchaba era puro tiroteo, los agentes se vieron obligados a disparar, los muchachos también dispararon a los agentes, en ese momento llegaron como dos o tres agentes más y ya los acercaban al CAI o sea la pandilla a los policías en ese momento ya llegaron los refuerzos, pero ya habían agentes heridos, aporreados, lo mismo de los muchachos de los agresores, dio un tiro a la pared del CAI, y otro al frente del CAI o al costado del CAI, en mi casa en la parte de atrás tiraron una piedra y hundieron el portón, eso fue horrible, que si los agentes hubiera sido para defenderse a bala hubieran matado a más de uno, esas pandillas están muy horribles, no respetan la autoridad, no respetan a nadie, de no ser porque llegó la policía del refuerzo, hubieran matado a los agentes en el CAI, porque ya los tenían era ahí dándoles con palo, con de todo. (...) PREGUNTADO: Diga que ubicación tiene su residencia con respecto a la ubicación del CAI de Villahermosa. CONTESTÓ: A todo el frente, a unos pasos. PREGUNTADO: Diga cuántos disparos escuchó usted en desarrollo de estos hechos, de dónde provenían los mismos, y a quiénes los realizó. CONTESTÓ: Yo escuché los disparos, porque a uno le da miedo y se esconde, no sé cuántos, del susto como que a uno se le olvida, tampoco sé quién los hizo. Porque obvio que dispararon hacia el CAI, porque ahí está la prueba a un lado del CAI en la casa de la vecina al CAI también otro disparo, y a una ventana de las casas del frente (...).

Lo primero que yo escuché que el señor le decía a los agentes que lo acompañaran a sacar la niña que estaba en una fiesta, y no la dejaban salir de allá, que estaba como a una media cuadra de la casa, cuando subieron con la niñas los agentes y el señor el señor les daba los agradecimientos, yo me había levantado a ir al baño, y me iba a acostar otra vez, cuando sentí un ruido, voces en la esquina, y entonces me levanté a mirar, cuando sentí un ruido, voces en la esquina, y venían por ahí 50 personas, con bajantes del agua, con peinillas y con revolver a tirarle a la policía, con changones que llaman ellos, y entonces los agentes eran deteniéndolos para que no siguieran al CAI, les decían a la gente que tranquilos (...) luego a los agentes les tocó retroceder porque era imposible con ellos ahí encima, se fueron acercando al CAI, ahí fue cuando cogieron como que al teniente y lo iban a subir a un taxi, y en esos momentos llegaron más refuerzos. De la esquina de mi casa le hicieron disparos al CAI, eso a los agentes les tocó resguardarse (...) no sé cómo se llama, creo que le dicen “Sangre negra”, me parece, es un negrito ahí, jovencito, al otro día de haber pasado eso arrimó con unos muchachos a la esquina de la casa y les dijo de acá yo les disparé a esos (...) refiriéndose a los policías (...) por ahí unos cuatro disparos los hizo la gente que estaba contra los agentes, eso era una cantidad de gente impresionante. (...)”

6. *Diligencia de Declaración que rinde el señor Oscar David Ocampo Arias (Fls. 80 a 85 C. 1A)*

“(...) y ya todo el mundo que estábamos en el patio salimos y entonces los tombos ellos fueron los que empezaron a agredir con bolillos, con palos y entonces nosotros al ver que ellos nos tiraban palos, nosotros también les tirábamos, entonces ya todo el mundo alborotado, los tombos empezaron a echar como pa´ el puesto de policía, combatiendo con nosotros pero echando pa´ el puesto de policía, entonces ya unos policías empezaron a disparar al aire y ya otros así después de eso ya nos empezaron a disparar así a quemarropa (...) PREGUNTADO: Diga cuántas personas se enfrentaron a los miembros de la fuerza pública, en desarrollo de estos

hechos, y porqué ocurrió ello. *CONTESTÓ: Las personas pudieron llegar a más de treinta creo yo, porque después que me hirieron a mi siguió de nuevo el combate y llegó más policías por otro lado, el problema empezó fue porque el teniente Villamil con el patrullero Cárdenas mantenía eso por allá, querían acabar con eso de las pandillas, que no nos paremos en las esquinas (...) ellos estaban desesperados, es que no me disparó a mí, el disparó hacia el montón de gente y me lo pegó a mí, en el CAI había un policía metido y de lo desesperado que estaba creía que lo iba a matar toda esa gente, él empezó a disparar a la loca (...) No, disparos no, los que dispararon fueron ellos los policías, porque los policías decían que entre nosotros mismos nos estábamos disparando y ellos fueron los que nos estaban disparando (...)*”

7. *Diligencia de Declaración que rinde el señor Fabio Andrés Vera Bedoya (Fls. 86 a 90 C. 1A).*

“(...) cómo ya estábamos todos en la esquina, los policías se dejaron venir, al ver nosotros que ellos venían sacamos, sacaron unos palos, otros varillas, otros tenían navaja, al ver que nosotros no corrimos, la policía empezó a dar bala, entre esos disparos un compañero, no le sé el nombre, le dicen el “mocho”, salió cojeando y se sentó en el andén, al ver nosotros que estaba herido, nos dio rabia y nos fuimos encima de la ley, al ver que nosotros ya íbamos a pelear con ellos, empezaron a gritar a decir que los arrumaras, que no nos dejáramos arrumar de esos (...) *PREGUNTADO: Explíqueme al despacho en qué circunstancias resultaron lesionados varios policiales en desarrollo de los hechos que usted viene narrando. CONTESTÓ: Dos o tres lesionados, uno con un botellazo en la cara, otro con un palazo en el pie, otro con un puño en la nariz, Yo tenía una navaja en la mano pero no llegué a agredir a ninguno yo, si me tiraban con bolillo, pero a cierta distancia, éramos tantos que no se sabe quien los lesionó, todos tirábamos a defendernos como podíamos (...)*”

8. *Diligencia de Declaración que rinde el señor Wilfort Antonio Castaño Duque (Fls. 91 a 94 C. 1A).*

“(...) yo con mi hermano nos fuimos a un patio pequeño que había en la casa para poder respirar un poquito y casi todo el resto de muchachos como que cogieron palos para no dejarse de la policía y entonces como que salieron los muchachos a enfrentarse a la policía y yo me quedé un rato en el patio mientras se iba el humo de la casa, cuando vi poquito humo salí de la casa y miré para el CAI, y a un lado del CAI estaba la policía y un poco de muchachos que estaban peleando con la policía con palos, botellas, y un patrullero Cárdenas lo ví disparando hacia el aire y me devolví por mi hermano Jhoan que estaba en la puerta de la casa donde era la fiesta, y le estaba diciendo que nos fuéramos para la casa, que eso estaba muy caliente que viera como la gente estaba dando con esos tombos (...) *PREGUNTADO: Indique al despacho cuántas personas se encontraban en la residencia donde se estaba llevando a cabo la fiesta a la que usted hace referencia. CONTESTÓ: no sé, por hay 50 pienso yo. (...) yo no vi a ningún civil disparando armas de fuego, la primera vez que vi fue creo que al PT. Cárdenas que estaban ahí y el sacó el fierro e hizo varios disparos al aire y el que estaba detrás del CAI no sé quién sería, solo se le veía la mano disparando, sólo se le venía la mano, no se le veía la mano, no se le veía la cara, estaba disparando a la loca (...) yo sí había estado consumiendo ron, primero en la casa que estaba en los 15, y también había consumido marihuana, no más (...)*”

9. *Diligencia de Declaración que rinde el señor Carlos Eduardo Sánchez Gálvez (Fls. 107 a 109 C. 1A).*

“(...) ahí fue cuando empezó todo, viendo nosotros que nos tiraron ese gas, empezamos a tirarle botellas y todo eso, palos, piedras, ya la policía empezó a tirarnos a nosotros también con bolillos y cuando menos pensé comenzaron a disparar, le pegaron un tiro a Wilfort un amigo de nosotros en la cabeza, al verlo ahí en el suelo, nos dio más rabia todavía y nos fuimos contra ellos, eran disparando ahí al bulto que cayera (...) *PREGUNTADO: Indique al despacho si dentro de las personas que departían en la fiesta se encontraba alguien armado con armas de fuego o armas blancas, en caso positivo indique lo pertinente. CONTESTÓ: Había unos que tenían armas blancas, armas de fuego no supe.*

10. Diligencia de Declaración que rinde el señor Daniel Mauricio Ocampo Giraldo (Fls. 112 a 114 C. 1A).

“(…) Yo estaba en una casa de una amiga de mi mamá (…) ahí estaban haciendo una fiesta, el equipo de sonido estaba muy duro y llegaron unos policías y dijeron que mermaran la música, (…) entonces volvieron empujaron la puerta y tiraron un papel prendido, entonces nos ahogó a todos los que estábamos dentro, y todos salimos ahogados y ahí fue cuando empezaron a dar bala al piso, eso fue ahí afuera de la casa, entonces primero fue un amigo Wilfor, y le pegaron el tiro en la cabeza, cuando después de eso sentí un pringonazo en el pie que se me retorció, (…) el disparo primero rebotó en el piso. PREGUNTADO: Se menciona en estas diligencias que para la fecha de autos varias personas realizaron una asonada al CAI de Villahermosa, que nos puede decir al respecto. CONTESTÓ: Yo lo que vi fue que los policías llegaron todos alborotados, los muchachos por allá también se alborotaron y entonces se armó fue la pelea entre los policías y los muchachos de por allá, ya los muchachos empezaron a tirar piedra, palos y los policías empezaron a volar bolillo y a dar bala hacia el piso, y eso nos rebotaba a nosotros, ahí fue donde resulté lesionado (…)”

11. Indagatoria que rinde el señor PT Germán Cárdenas Echeverry (Fls. 120 a 124 C. 1A).

“(…) cuando estábamos solicitando que se acabara todo nos tiraron una botella impactando la frente del PT. Marulanda, ocasionándole una cortada, es así como procedimos a capturar los que se encontraban afuera de la fiesta, cuando llevábamos hacia el CAI los que habíamos capturado, se nos vinieron unas 40, 50 personas armadas con cuchillos, palos, y armas de fuego, pidiendo que los soltaran, es así como al ver esta asonada yo como conductor me monto al vehículo, inmediatamente lo quito para que no le impacten las piedras que arrojaban esas personas (…) no hice uso de mi arma de fuego ya que me dedique a quitar el vehículo para que no lo dañaran y no pude ver a ninguno de mis compañeros que sacara su arma (…) En lo que yo alcancé, en el momento que estuve antes de quitar el vehículo, se nos vinieron con todo lo que encontraban, piedras, palos, bajantes del agua, y alcancé a ver a uno de los disparar hacia el CAI por encima de las cabezas de ellos mismos, en lo que alcance a ver, los policías que habían se defendían con su respectiva tonfa, de ahí me dediqué a quitar el carro, y no me di cuenta de más cosas que hayan sucedido. (…) cuando llegó el apoyo si escuché varias detonaciones con arma de fuego. (…) el radio operador que se encontraba esa noche dijo todos los policías que se encuentren esa noche en Manizales disponible, dirigirse a Villahermosa, es más, llevo hasta el ejército, llegó la policía de carreteras, desconociendo los comandantes llegaron muchos policías.

12. Indagatoria que rinde el señor PT Juan Fernando Marulanda González (Fls. 125 a 128 C. 1A).

“(…) fuimos reportados para que llegáramos diagonal al CAI de Villahermosa a prestarle ayuda a la patrulla del mismo CAI y al comandante de turno de ese día, ya que le estaban realizando montando una asonada, al llegar al lugar se encontraban efectivamente varios ciudadanos los cuales presentaban síntomas de alicoramiento y la estaban emprendiendo contra unos compañeros uniformados tirándoles piedras, botellas, palos y demás elementos contundentes, armas blancas, al momento cuanto yo llego estaba en todo el alboroto cuando de un momento a otro recibo un impacto con una botella de vidrio, la cual me impactó en la frente al lado derecho (…) en ningún momento utilicé mi arma de fuego (…)”

13. Indagatoria que rinde el señor PT Néstor Faber Ocampo (Fls. 129 a 133 C. 1A).

“(…) nosotros nos dirigimos inmediatamente al CAI, en ese momento se observa un gran número de personas lo cuales estaban atacando a las instalaciones del CAI y a los mismos compañeros, eran de 20 a 30 personas, obviamente todas del sexo masculino, tiraban piedras, ladrillos, palos, todo cuanto objeto encontraban a su paso, lo tiraban hacia el CAI y a los policías que estaban en el momento, en ese momento empiezan a llegar mas patrullas de apoyo, yo personalmente pedí apoyo, porque nos veíamos pocos para repeler la acción de éstas personas, hubo un momento en que éstas personas lanzan un ladrillo impactándome en el tobillo, lesionándome, un momento en que se escuchan disparos, en el momento en que a mi me lesionan yo retrocedo y me hago al lado del CAI, ahí es donde logro

evidenciar en la pared del CAI en la parte de afuera un impacto de arma de fuego, en estos momentos ya con bastante apoyo policial, llega un número considerable de policías con casco y escudo, quienes lanzan gases lacrimógenos y salen corriendo en bloque hacia la multitud agresora, estas personas se dispersan hacia el barrio comuneros allí se arman con machetes y ya habían por lo menos de 40 a 50 de estas personas, quienes iban a empezar al CAI nuevamente, en estos momentos llega el ejército y se despliega por todo el barrio comuneros, y habían vuelto a subir un número poquito de estas personas hacia una de las esquinas del CAI (...) es de anotar que éstas personas en un principio les observé cuchillos, quienes intentaban con los mismo agredir a los policiales, hubo disparos de parte y parte, no obstante quiero dejar claro que en ningún momento me pasó por la cabeza hacer disparos al aire, (...) tengo entendido que uno de los compañeros encontraron una de las ojivas dentro del CAI, la cual había impactado una de las ventanas, lo que se observa en la parte exterior era un hueco, producido con arma de fuego. (...)

14. Indagatoria que rinde el señor PT Julián Andrés Marín Llanos (Fls. 134 a 138 C. 1A).

“(...) llegaba más gente de apoyo porque no daba abasto la gente que había llegado de apoyo, mientras que cada uno trataba de protegerse (...) se armaron con palos, tubos de PVC que arrancaron de los tubos de las casas, con correas, armas blancas y demás, piedra también, al notar nosotros eso, utilizamos nuestros medios coercitivos que fue por medio de la fuerza, del bastón de mando, como se llama tonfa, para tratar de que ellos no se acercaran mucho a nosotros (...) escuché unos disparos, piedras que caían de un lado del otro, no me fijaba quien disparaba, no sé si era de allá o de acá, porque yo estaba pendiente de los tipos que estaban encima de mi, lo que si alcancé a notar de forma isofota (SIC) o de ligereza que desde la esquina del CAI donde nos encontrábamos, en la esquina alcancé a notar que habían unos fogonazos de arma de fuego, cuando se dispara que alumbra, o se el fogonazo, ahí noté que nos estaban disparando con arma de fuego, en ese mismo momento me tiré hacia el CAI a protegerme con alguna pared, y después de tanto esperar, por fin llegó más apoyo, llegó hasta el ejército (...) yo utilizaba un revólver, calibre 38 largo, Smith & wesson de dotación de la policía, y no usé ese revólver (...)

15. Declaración que rinde el señor Jesús Antonio Acevedo Bedoya (Fls. 160 a 162 C. 1A)

“(...) no sé cómo se empezó la cosa, cuando nos dimos cuenta vimos que venían por ahí 60 personas venían encima de cuatro agentes de la policía, venían encima de ellos con palos, peinillas, piedras, eso fue muy horrible, que pesar de la policía defendiéndose los policías con cepillos de piso, con las escobas, los policías lo que hicieron fue defenderse, porque el refuerzo se demoró como una hora para llegar, lo que yo vi fue que hicieron defenderse, ese gentío encima como a tumbar el CAI, (...) a eso le hacían tiros al CAI, resultaron varios vidrios del CAI quebrados a balazos (...) no vi que la policía hubiera sacado revólveres en ese momento, eso fue entre ellos mismos (...) yo si oí disparos, por ahí unos cuatro o cinco tiros que fueron de ahí de la esquina de mi casa hacia el CAI, los mismo revoltosos los hicieron, yo vi un muchacho con un revólver, pero no sé cómo se llama, resultó tanta gente que uno no conoce, gente de otros barrios, viéndolo si lo conozco (...) de un muchacho que resultó herido en la cabeza, lo recogió la misma gente que estaba ahí, el recibió el tiro en la cabeza, eso dijeron, yo lo vi caer porque cayó cerca a mi casa, pero el tiro que le pegaron venía de la calle, esquina de mi casa, y no de los policías del CAI, porque ellos estaban defendiendo el CAI con escobas, palos, al menos a esos cuatro policías no los vi disparar. (...)

16. Declaración que rinde el señor Carlos Arturo herrera Grisales (Fls. 163 a 165 C. 1A)

“(...) Yo estaba en la cama cuando en ese entonces, como que salieron de una fiesta y se juntaron digamos pandillas (...) y ya lo que vi fueron machetes, palos piedras, balas, para más prueba está en mi celular una foto de un tiro que dio en la ventana de mi casa 8...) era mucha gente, era exagerado el gentío, hacían correr a los policías que estaban en el CAI, ya luego vino mas refuerzo la gente se esparció (...) no tengo presente de dónde venían los disparos, yo creo que el tiro que dio en mi casa era del lado de los que estaban formando el despelote (...)

17. Declaración que rinde el señor PT. Fabio Nelson Jaramillo Castrillon (Fls. 170 a 173 C. 1A)

“(...) de inmediato nos dirigimos a ese lugar, cuando llegamos observamos a un grupo de personas, aproximadamente unas cuarenta o cincuenta, las cuales se encontraban en riña, agrediendo física y verbalmente a los uniformados (...) no éramos capaces con la aglomeración porque sobrepasaban en número (...) en el momento que llegaron las unidades de apoyo se escucharon varios disparos, de los cuales yo tengo conocimiento fueron al aire, pero no vi quien los hizo, yo no utilicé mi arma de fuego, ni mi compañero, nosotros utilizamos tonfa (...) luego revisamos el CAI y habían tres impactos de bala, los vidrios rotos, una o dos motos dañadas (...)”

Testimonios rendidos dentro del presente asunto, ante el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Manizales. (Fls. 2 a 8 C. 2 y 3 a 10 C. 3)

Testimonio de la Señora Ana Patricia Campiño Arias

(...) una sonada es cuando hay mucha gente disparando hacia otras, eso es para mi (...) en la fiesta había por ahí unos 10 jóvenes, y eso contando niños, que haya visto salir de ahí fueron 6 no mas. PREGUNTADO: ¿Qué hicieron esos jóvenes cuando salieron de la vista (SIC)? CONTESTÓ: No le sabría decir, porque había mucha gente. PREGUNTADO: ¿Usted recuerda si vió cuántas personas atacaron el CAI, con piedras y palos esa noche? CONTESTADO: No recuerdo. PREGUNTADO: Porqué razón si es tan adyacente a la casa y a la fiesta usted no vió eso?: CONTESTÓ: Porque estuve hasta cierto tiempo, ahí, porque me fui para mi casa, porque estaba demasiado asustada (...)

Testimonio de la señora Paula Tatiana Correa

(...) PREGUNTADO: ¿Sírvese manifestar al despacho todo lo que sepa y que le conste de manera directa, de la circunstancia de modo, tiempo y lugar en que fuera herido el señor Daniel Mauricio Ocampo? estábamos en la fiesta (...) él estaba en la fiesta, cuando salieron todas las personas porque la policía echó gas lacrimógeno, la policía les pegaba y les estrujaba, cuando íbamos a empezar a volarnos, la policía empezó a tirar bala, y le pegó un tiro a Daniel Mauricio en una de las piernas (...)

Testimonio de la señora Omaira Ángel Arias

(...) yo estaba con el menor de mis hijos en mi casa (...) cuando me devolví, encontré a Daniel herido (...) PREGUNTADO: ¿Sabe usted si el señor Daniel Mauricio Ocampo Giraldo, llevó a cabo alguna actuación que desencadenó la actitud de los policías que llevaban adelante el procedimiento?: CONTESTÓ: No, porque yo conozco desde hace mucho tiempo a Daniel (...) él era muy calmado y muy decente.(...)”

Testimonio del Señor Julián Andrés Marín Llanos

(...) PREGUNTADO: ¿En el hecho 224 (sic) de la demanda, se dice “en principio, los policías lanzaron gas lacrimógeno a los jóvenes y los agredieron de hecho, pero posteriormente sacaron sus armas y dispararon contra la humanidad de aquellos, quedando varios de ellas con serias lesiones”; con respecto a este aparte y la utilización de gas lacrimógeno y de las armas que tiene usted para decir al respecto? CONTESTÓ: Desde el principio que estuve en el procedimiento, en ningún momento, ninguno de los tres policías que nos encontrábamos en el inicio del mismo, utilizamos este gas lacrimógeno, respecto a la utilización de las armas, que yo me acuerde en ningún momento, nosotros tres la utilizamos, porque para eso estamos entrenados para la utilización de otros medios coercitivos como la tonfa o el bastón de mando que es uno de los elementos primordiales para la prestación del servicio policial, (...)”

Testimonio del señor Germán Cárdenas Echeverry

“(...) PREGUNTADO: ¿En el hecho 224 (sic) de la demanda, se dice “en principio, los policías lanzaron gas lacrimógeno a los jóvenes y los agredieron de hecho, pero posteriormente sacaron sus armas y dispararon contra la humanidad de aquellos, quedando varios de ellas con serias lesiones”; con respecto a este aparte y la utilización de gas lacrimógeno y de las armas que tiene usted para

decir al respecto? CONTESTÓ: Al presentarse esta agresión hacia la Policía se pidió apoyo al central de radio, en donde llegó a apoyarnos hasta el Ejército, el CTI y no me di cuenta de que se haya utilizado gas lacrimógeno para controlar esta turba (...) éstas personas estaban el alto grado de alicoramiento y al solicitarles que se retiraran de este lugar, reaccionaron violentamente contra la Policía Nacional, ya que nosotros en ese momento éramos escasamente 4 o 5 unidades, y ellos eran de 35 a 40 personas. (...) PREGUNTADO: ¿Con qué tipos de armas fueron atacados los policías? CONTESTÓ: palos, piedras, tubos, bajantes del agua que arrancaron de las paredes, y nos atacaron con armas de fuego (...)

Testimonio del señor Carlos Arturo Herrera Grisales

“(...) Cuando yo alcanzaba a escuchar la algarabía de ambas partes yo alcanzaba a escuchar piedra, machete, bala, me levanté de mi cama medio para observar, en ese entonces cuando estaba observando un tiro pegó en una de mis ventanas, debido a la situación volví y me encerré y me quedé en mi pieza (...) yo vi que eso era de esa recocha que se junta en las fiestas, ellos lanzaban piedras, palos, machetes contra los del CAI, no sé si la Policía actuaría en defensa, no lo sé. Era una cantidad exagerada de muchachos los que estaban atacando, era una cantidad exagerada (...)”

6. Del caso concreto

Una vez transcritos los apartes probatorios anteriores, pasa a la Sala a despejar los problemas jurídicos planteados.

¿Se encuentra plenamente demostrado que las únicas personas que se encontraban armadas eran los policías, y que fueron éstos quienes dispararon a la multitud con sus armas de dotación oficial?

La discusión gira en torno a las lesiones sufridas por los jóvenes Daniel Mauricio Ocampo Giraldo y Wilfort Antonio Castaño Duque, y si éstas, que fueron ocasionadas por arma de fuego, tienen su origen en armas de dotación oficial.

Lo primero que advierte la Sala es que en las versiones rendidas tanto por los declarantes ante el Juzgado 160 de instrucción penal militar, así como dentro de los testimonios rendidos dentro del presente proceso judicial ante esta Jurisdicción, se encuentran contradicciones en muchas de ellas, en los siguientes aspectos:

- Resultan coincidentes las versiones rendidas, en relación con que el día 26 de octubre del año 2008, en el barrio Villahermosa, se presentó una riña entre unos jóvenes que se encontraban en una fiesta en una vivienda de dicho barrio, cuando agentes de la policía los abordaron para que procedieran a bajar el volumen de la música, después de lo cual se originó un fuerte enfrentamiento entre gran cantidad de personas y agentes de la Policía Nacional.
- Siendo igualmente coincidentes las versiones relacionadas con que los jóvenes que se encontraban en el lugar, en un momento de la discusión arremetieron contra el CAI y varios de los agentes, con diferentes elementos contundentes y corto punzantes.

- Hay un grupo de personas, relacionadas todas ellas con los jóvenes y alguno de sus familiares involucrados en la riña, que afirman que estaban en una reunión en una casa del barrio de Villahermosa, y que la Policía fue a solicitarles bajar el volumen de la música; y otros, que la Policía fue a indagar por la hija de un señor que había solicitado ayudaran a sacar a su hija de la fiesta. Y que al no bajar los jóvenes el volumen de la música, los Policías del CAI de Villahermosa lanzaron “un papel prendido” o “gases lacrimógenos”, rompieron ventanas de la vivienda, y cuando los jóvenes salieron por causa de los gases lanzados, la Policía empezó a hacer disparos (unos dicen que hacia el aire, y otros que directamente a ellos, a quemarropa). Situación ante la cual, los jóvenes la emprendieron contra los agentes de la Policía con piedras, tubos, ladrillos y armas cortopunzantes como navajas y machetes, y que los policías del CAI solicitaron refuerzos, miembros de la fuerza pública.
- Y afirman que, de la situación presentada, resultaron heridos varios jóvenes, incluidos los demandantes.
- Las otras versiones corresponden a las de los agentes de la policía que estaban en el CAI y algunos que llegaron de refuerzo, y a vecinos del lugar, quienes afirman que todo inició por la fiesta que hacían los jóvenes en una casa cercana al CAI de Villahermosa, a la cual acudieron algunos policías por solicitud del padre de familia de una menor que se encontraba en el lugar, así como por cuanto los vecinos se estaban quejando del escándalo, y estar en el día previo a elecciones, con “ley seca”; que los agentes de policía solicitaban a los jóvenes bajar el volumen de la música, ante lo cual los jóvenes salieron de la casa, y que entre unos 30 y 50 personas atacaban a los policías con piedras, bajantes del agua, correas, armas blancas por lo cual los policías tuvieron que retroceder y atrincherarse en el CAI pidiendo refuerzos. Afirman que durante la riña empezaron a escucharse varios disparos de arma de fuego, que no se saben a ciencia cierta de dónde provenían.
- Se afirma que de los hechos resultaron policías lesionados y jóvenes heridos con arma de fuego.
- Por su parte, de las versiones rendidas por los testimonios que se escucharon dentro del proceso de la referencia, encuentra la Sala varias diferencias en relación con las antes descritas, como por ejemplo en la cantidad de jóvenes que estaban en la fiesta; son testigos que, unos, no estuvieron presentes durante todo el desarrollo de los hechos y, otros, efectivamente hicieron parte de la fiesta, y aún así, resultan pobres sus declaraciones.

Ahora bien: de las versiones y testimonios rendidos, centra la Sala su atención en las de los vecinos del lugar, quienes son totalmente coincidentes en su relato con relación al

desarrollo de los hechos, especialmente en que 3 o 4 policías del CAI de Villahermosa, intervinieron en una fiesta de varios jóvenes, quiénes arremetieron contra los agentes y contra las instalaciones del CAI, en una proporción que, finalmente, fue de entre 40 y 50 personas, armadas con piedras, machetes, palos y bajantes de agua, quienes dicen haber escuchado varias detonaciones de armas de fuego, y disparos provenientes de donde se encontraban reunidos los jóvenes.

La mayoría dicen que no pueden asegurar que la Policía no hubiera efectuado disparos, que seguro también lo hizo, pero que era tal la cantidad de jóvenes que creían que iban a acabar con la vida e integridad de los agentes de la policía, hasta tanto llegaron los refuerzos de otras unidades policiales y hasta del ejército.

Por su parte, en las versiones de los jóvenes, aceptan haber arremetido contra los agentes de la policía con todo tipo de objetos contundentes y corto punzantes, pero niegan haber empleado en el ataque armas de fuego. Y, contrario a ello, aseguran unos que los agentes dispararon al aire y que los tiros rebotaban y otros que aquéllos les disparaban de frente y a “quemarropa”.

Y las versiones de los agentes de la Policía, también son coincidentes en que eran aproximadamente 40 personas atacándolos con los elementos antes mencionados, pero a esas versiones se suma, que escuchaban detonaciones del grupo de atacantes y que hubo varios disparos de su parte.

Sumado a ello, dentro de la prueba documental que reposa dentro del proceso se resalta la siguiente:

“Álbum fotográfico que ilustra los daños ocasionados al CAI de Villahermosa del mes de octubre de 2008 (FIs. 146 a 151 C. 1A)

*“Fotografía N° 1 del plano medio
Donde se aprecia la parte lateral del CAI de Villahermosa y se observa como fue afectado la parte superior de su ventana.*

*Fotografía N° 2 primer plano
Se observa la parte superior de la ventana lateral derecha totalmente quebrada, tal y como la dejó la turba de jóvenes que atacaron las instalaciones policiales.*

*(...)
Fotografía N° 7 primer plano
Donde se aprecia una tapa de alcantarilla y sobre esta el elemento contundente utilizado por las personas que arremetieron contra el CAI.*

*Fotografía N° 7 primer plano
Donde se aprecia en una de las rendijas de la tapa de la alcantarilla una ojiva de arma de fuego totalmente deforme.*

*Fotografía N° 8 de detalle
Donde se aprecia una de las paredes del costado derecho del CAI un cráter dejado por un impacto de arma de fuego.*

*Fotografía N° 9 primer plano
Donde se aprecia el mismo impacto dejado en la pared de uno de los costados del CAI.*

(...)

Fotografía N° 11 primer plano

Donde se aprecia en la parte interna del CAI los residuos de vidrio y en ellos una ojiva de arma de fuego con la cual fue impactada la ventana.

Fotografía N° 12 de detalle

Donde se aprecia las dos ojivas recuperadas las cuales impactaron desde la parte externa, lugar donde se encontraba la multitud hasta las instalaciones del CAI.

(...)

Fotografía N° 15 de primer plano

Donde se aprecian los daños causados a la motocicleta de la Policía Nacional de placas HLW-12, daños en las direccionales y Stop. (...) (Subraya la Sala).

El informe transcrito, respalda las versiones rendidas por los agentes de la policía y los vecinos del CAI de Villahermosa, con relación a que los agentes de la policía fueron atacados por gran cantidad de jóvenes, entre quienes, alguno o algunos, dispararon en varias oportunidades contra los agentes y el CAI, pues al encontrarse impactos de bala en las instalaciones del CAI de Villahermosa, ello confirma que en la noche del 26 de octubre del año 2008 hubo disparos hacia los agentes, quienes se resguardaban en el CAI.

Lo anterior se afirma, no solo por el informe mencionado, sino que se suma a los testimonios que así lo aseveran, testimonios, además, que corresponden a testigos que vivían frente al CAI, así como por las descripciones totalmente coincidentes del lugar en que se llevaron a cabo los hechos.

Así pues, se encuentra prueba irrefutable de que hubo disparos con arma de fuego dirigidos hacia las instalaciones del CAI de Villahermosa, lo cual necesariamente lleva a concluir que habían otras personas armadas diferentes a los agentes de la Policía Nacional y que no sólo estaban armadas, sino que utilizaron las mismas contra el CAI, y contra los agentes que se encontraban allí resguardados en su momento.

Por otra parte, la discusión se genera en torno a la utilización o no de armas de fuego de dotación oficial por parte de los agentes de la policía, ante lo cual es necesario precisar que de las versiones rendidas por los mismos uniformados, así como de las de los vecinos del CAI de Villahermosa, y las declaraciones rendidas, son coincidentes al advertir que hubo algunas detonaciones por parte de la fuerza pública; sin embargo, los agentes que se encontraban inicialmente en el CAI afirman no haber hecho uso de sus armas de dotación, sin negar, que si escucharon detonaciones, que podían provenir de los miembros que llegaron a prestar el apoyo, tales como otros agentes de policía y ejército; versiones que, por demás, resultan contradictorias a las consignaciones realizadas en el libro de minutas.

También es cierto, y no desconoce la Sala, lo escrito en el libro de minutas o de anotaciones del CAI de Villahermosa la noche de los hechos, en cuanto a que se

escucharon dos detonaciones, así como que se realizaron varios disparos para disuadir a la multitud, tal y como a continuación se precisa:

Libro de anotaciones del CAI (Fls. 155 y 156 C. 1A)

“(...) un grupo aproximadamente de 40 y 50 personas las cuales departían dentro de la residencia con los retenidos, los cuales se encontraban armados con palos, machetes, tubos, correas, piedras y quienes pretendían atacarnos por lo que se pide apoyo a la central de las unidades más cercanas, por lo que se hicieron presente en el lugar varias patrullas, sin embargo los ciudadanos continuaron con su intento por llegar a las instalaciones tirando objetos contundentes hacia el personal uniformado y causando daños a una motocicleta de la policía personal de apoyo, que con el fin de impedir que la turba avanzara al CAI y que se escucharan 2 detonaciones realizaron varios disparos para disuadir a la multitud, peros los ciudadanos decidieron avanzar contra las instalaciones sin tener en cuenta los disparos de advertencia, lesionando al patrullero Néstor Fabio Ocampo (...)”

De conformidad con todo lo expuesto, queda claro que, durante los hechos ocurridos el 26 de octubre de 2008 hubo varios disparos, tanto de agentes de la fuerza pública (sin precisar si fueron agentes de la policía o miembros del ejército o del CTI), así como disparos realizados por personas que se encontraban en un lugar diferente al CAI de Villahermosa y que, todo indica, fueron algunos de los mismos atacantes que se encontraban en la fiesta y que agredieron a los policías, descartando con esto la afirmación planteada en los recursos de apelación, relacionada con que los únicos armados esa noche con armas de fuego eran los agentes de la Policía Nacional.

Ahora bien: es necesario determinar con precisión si, efectivamente, fue un arma de dotación oficial la que causó las lesiones a los hoy demandantes, para lo cual es necesario precisar si agentes de la fuerza pública accionaron armas de fuego directamente contra las personas que estaban atacando las instalaciones del CAI de Villahermosa y a los agentes de Policía encargados del mismo.

Sin embargo, no obra dentro del proceso, ni fue objeto de prueba, un informe técnico o de balística correspondiente a las armas de dotación oficial de cada uno de los miembros de la fuerza pública que estuvo en el CAI de Villahermosa la noche del 26 de octubre de 2019, haciéndose imposible determinar las precisiones y características técnicas de las mismas.

Así pues, debe precisar la Sala que, pese a la prueba irrefutable de la existencia de disparos, lo que no resulta posible es determinar el origen de los mismos, ello por cuanto no obra prueba dentro del proceso de cuál arma (o armas) fueron disparadas las balas que causaron las heridas a los demandantes.

A su vez, la información que se tiene respecto del disparo sufrido por Daniel Mauricio Ocampo Giraldo, es la consignada en el Informe médico de lesiones no fatales del instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses (Fl. 56 C. 2) en el cual se precisa que fue herido por arma de fuego en el muslo izquierdo, y que presenta *“Cicatriz (...) que*

se extiende desde el tercio proximal cara interna del muslo izquierdo, hasta el tercio distal postero - externa del muslo (...)”.

De dicha información, sólo es posible concluir que el joven en mención fue efectivamente herido en su muslo izquierdo, sin más precisión relacionada con el orificio de entrada y de salida (si lo hubo) ni con el origen del arma de fuego con la cual fue impactado; así como no se tiene precisión de las condiciones en las cuales se dio dicho disparo, la posición del joven, la posición de la persona que le disparó, ni la distancia entre éstas.

Por otra parte, se encuentra la lesión del joven Wilfort Antonio Castaño Duque, respecto de la cual se encuentra lo siguiente:

“Informe Investigador de laboratorio –FPJ-13- (Fls. 195 a 203 C. 2)

“EL CÁLCULO APROXIMADO DEL ÁNGULO VERTICAL Y HORIZONTAL DEL DISPARO.

La información relacionada en el informe técnico médico legal de lesiones no fatales No. 2009C-05010800484 practicado al señor Wilfort Antonio Castaño Duque no describe la ubicación del orificio de entrada y su respectivo orificio de salida con las medidas exactas al vértice craneal y línea media anterior o posterior según corresponda para realizar el cálculo de ángulo vertical y horizontal de disparo.

Igualmente la información recuperada de la historia clínica sólo describe la región anatómica donde se ubica el orificio de entrada y el respectivo orificio de salida. (...)

En el informe técnico médico legal de lesiones no fatales No. 2009C-0501800484 practicado al señor Wilfort Antonio Castaño Duque no se hace mención de la presencia o ausencia de residuos de disparo (ahumamiento y/o tatuaje) para orientar la distancia del disparo.

HALLAZGOS DE ESTUDIO A LAS ARMAS DE FUEGO Y PROYECTILES HALLADOS.

En los documentos allegados para análisis no aparece informe de laboratorio correspondiente al análisis balístico de armas de fuego que fueron empleadas en los hechos objeto de investigación o proyectiles hallados en el lugar del suceso o recuperadas de las lesiones a las víctimas. (...)

HALLAZGOS DE INSPECCIÓN A LUGARES.

En el álbum fotográfico que ilustra los daños ocasionados al CAI de Villahermosa presentado por el Departamento de Policía de Caldas de fecha octubre de 2008 aparece los siguientes registros: “... Fotografía N° 7 de primer plano ... una ojiva de arma de fuego totalmente deforme. Fotografía N° 8 de detalle donde se aprecia una de las paredes del costado derecho del CAI un cráter dejado por un impacto de arma de fuego ... Fotografía N° 11 de primer plano donde se aprecia en la parte interna del CAI los residuos de vidrio y en ellos una ojiva de arma de fuego con la cual fue impactada la ventana ...” (...)

9. INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.

Análisis de trayectoria y cálculo aproximado del ángulo vertical y horizontal del disparo.

La información obtenida de la Historia Clínica N° 90102751662 relacionada en el Informe Técnico Médico legal de lesiones no fatales N° 2009C-05010800484 ubica el orificio de entrada y su respectivo orificio de salida con referencia a las regiones anatómicas del cuerpo humano “zona temporal de derecha y zona parietal derecha” respectivamente, esta información solo permite orientar un plano de la trayectoria del disparo: Adelante atrás.

Los otros planos de la trayectoria “De arriba abajo o de abajo arriba y de izquierda a derecha o de derecha a izquierda” no es posible orientarlos considerando la falta de exactitud en la información de los documentos médicos allegados para el análisis que no ubican el orificio de entrada y su respectivo orificio de salida con medidas respecto al vértice craneal y línea media anterior o posterior según el caso.

El cálculo aproximado del ángulo vertical y horizontal de disparo se realiza con base en las medidas exactas de ubicación del orificio de entrada y orificio de salida respectivo, tomando como referencia el vértice craneal y la línea media anterior o posterior. Como se mencionó anteriormente los documentos médicos analizados en este estudio no relacionan la información exacta de la ubicación de las lesiones; por tal motivo no es posible realizar el cálculo vertical y horizontal de disparo.

DETERMINACIÓN DEL RANGO DE DISTANCIA DE DISPARO.

En el informe técnico médico legal de lesiones no fatales N° 2009C-05010800484 practicado al señor Wilfort Antonio Castro Duque no se hace mención de la presencia o de ausencia de residuos de disparo (ahumamiento y/o tatuaje) alrededor del orificio de entrada para poder orientar técnicamente la distancia del disparo.

ANÁLISIS DE POSICIÓN VÍCTIMA – VICTIMARIO.

(...) En este análisis solo fueron allegadas las declaraciones, entrevistas e indagatorias que no aportan información precisa de las posiciones de víctima y victimario al momento del disparo; no identifican la persona que accionó el arma de fuego que le produjo la lesión al señor Wilfort Antonio Castaño Duque. (...)

CONCLUSIONES

(...) Con los datos relacionados en la ubicación del orificio de entrada y el orificio de salida tomando como referencia las regiones anatómicas del cuerpo humano “zona temporal derecha y zona parietal derecha” respectivamente; sólo se orienta un plano de la trayectoria de disparo: Adelante atrás. Es necesario conocer la ubicación de las lesiones con medidas exactas al vértice craneal y línea media anterior o posterior según el caso.

Los documentos médicos allegados para el análisis no mencionan la presencia o ausencia de residuos de disparo (ahumamiento y/o tatuaje) alrededor del orificio de entrada, por tal motivo no es posible orientar el rango de distancia del disparo. (...)” (Subraya la Sala).

Del informe descrito, el cual no fue objetado, ni tachado ni cuestionado por ninguna de las partes; se concluye lo siguiente:

- No resulta posible determinar la distancia del disparo, ni la presencia o ausencia de residuos de disparo.
- El único plano que se permite orientar de la trayectoria, es de adelante atrás; siendo carentes los de arriba abajo, abajo arriba y de izquierda a derecha o viceversa.
- No resultó posible determinar la trayectoria completa del disparo.

De todo lo señalado con relación a las armas de fuego empleadas en los hechos ocurridos el día 26 de octubre de 2008, no puede esta Sala dar por sentado sino que hubo disparos de personas ajenas a los agentes de policía del CAI de Villahermosa, los

cuales impactaron al CAI. Se tiene, igualmente, la mención de unos disparos al aire efectuados por agentes de la fuerza pública y, por las descripciones antes realizadas, no puede decirse que éstos se efectuaron a “quemarropa”, como se dice en algunas versiones, por cuanto en la transcripción anterior se dice claramente que no hay mención sobre residuos de disparo o ahumamiento.

Por otra parte, y frente a la afirmación que hace el apelante, apoderado judicial en el proceso identificado con radicado número 17 001 33 31 004 2009 01483 02, tal como consta entre folios 415 y 418 del cuaderno 1, relacionada con que no se encuentra probado que Daniel Mauricio Ocampo Giraldo estuviera comprometido con los hechos ocurridos el 26 de octubre de 2008, o hubiera estado presente en la riña, lo cierto es que en el testimonio rendido por la señora Paula Tatiana Correa, ella expresamente manifiesta que se encontraba con el joven Daniel Mauricio Ocampo en la fiesta que dio lugar a los hechos acontecidos, así como que en el texto de la demanda, en ningún momento se argumenta que él estaba en otro lugar o que no hizo parte de la riña y, contrario a ello, en el hecho número 2.2.1. de la demanda (Fl. 12 C. 1 se afirma que: *“El día sábado 25 de octubre de 2008, aproximadamente a las 2 de la mañana, se encontraban varios jóvenes, entre ellos Daniel Mauricio Ocampo Giraldo, en una casa de habitación contigua a la estación de Policía de Villahermosa en la ciudad de Manizales en donde se celebraba una fiesta”*), afirmación que desvirtúa la aseveración planteada en el recurso de apelación interpuesto.

Así pues, de las pruebas que reposan dentro del proceso, no resulta para esta Sala posible tener por demostrado que, por una parte, las únicas personas que se encontraban armadas eran los policías, y que fueron éstos quienes dispararon a la multitud con sus armas de dotación oficial y, menos aún, se pudo determinar que un arma de dotación oficial fue la que ocasionó las lesiones de Daniel Mauricio Ocampo Giraldo y Wiltorff Antonio Castaño Duque, rompiendo con esto el nexos causal necesario para imputar en este caso la falla en el servicio a la demandada Policía Nacional.

Frente a la utilización de gases lacrimógenos por parte de los agentes de la Policía, éstos son en su totalidad coincidentes en afirmar que no se empleó este tipo de medio, así como que los jóvenes involucrados en la riña o asonada, también son coincidentes en afirmar totalmente lo contrario. De tal manera que, debido a la contradicción en las versiones rendidas al respecto, y por no contar este Despacho con ninguna prueba adicional bien para confirmar este hecho, o para descartar su ocurrencia, no puede la Sala acoger frente a ello lo afirmado en el recurso de apelación: que fueron los agentes de la policía quienes agredieron primero a los jóvenes con la utilización de tal medio.

Por los razonamientos hasta aquí expuestos, es dable concluir que no ha quedado demostrada la configuración de la falla en el servicio por parte de la Policía Nacional y que, estudiados uno a uno los problemas jurídicos planteados, se llega a la conclusión de que debe ser confirmada la sentencia de primera Instancia.

7. Costas

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo resulta aplicable el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, dicha disposición indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

III. Falla

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el día 9 de mayo de 2017, dentro de la acción de reparación directa interpuesta por la señora Irma Duque Calderón y otros contra la Nación – Ministerio de Defensa y Policía Nacional.

Segundo: Sin costas por lo considerado.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **Liquidense** los gastos del proceso, devuélvase los remanentes si los hubiere, y archívese el proceso, previas las anotaciones del caso en el programa “justicia siglo XXI”.

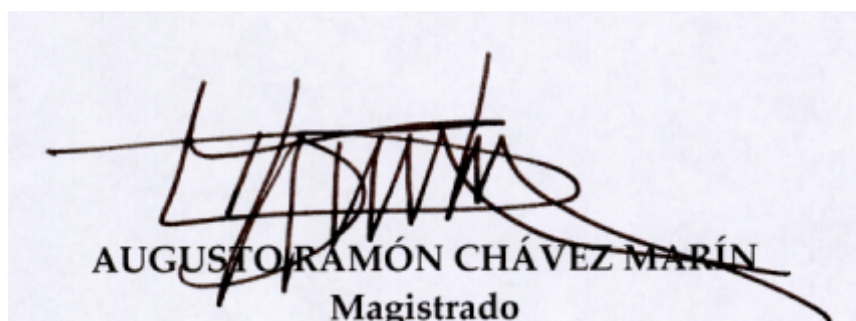
Notifíquese y cúmplase.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de Decisión del Sistema Escrito de la fecha.

Los integrantes de la Sala de Decisión del Sistema Escrito,



Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado
CON IMPEDIMENTO ACEPTADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 345

Manizales, seis (6) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17-001-33-33-002-2013-00251-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandantes: Juan Camilo Diosa Aguado y Otros
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia mediante la cual se denegaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Solicita se declare responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional por los perjuicios ocasionados a los demandantes en su calidad de madre, hermanos y tercero damnificado respecto del señor Juan Camilo Diosa Aguado con ocasión de las lesiones sufridas por este último en febrero de 2011 mientras prestaba su servicio militar obligatorio.

Que por lo anterior, se ordene resarcir los perjuicios materiales (Lucro cesante en cuantía de \$100.000.000 en favor de Juan Camilo Diosa Aguado), morales (Estimados en 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes) y por daño a la salud¹) Tasados en 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor de Juan Camilo Diosa Aguado).

1.2. Hechos

El señor Juan Camilo Diosa Aguado fue incorporado a finales de 2010 por parte del Ejército Nacional para la prestación del servicio militar obligatorio como soldado campesino del Batallón de Ingenieros No. 8 “FRANCISCO JAVIER CISNEROS”.

Que en febrero de 2011 el soldado Diosa Aguado estando en funciones propias del servicio militar mientras recibía instrucción en el municipio de Chinchiná - Caldas, tras dos horas de caminata en la cual se le exigió por sus superiores cargar piedras en el equipamiento, empezó a sentir un fuerte dolor de espalda, por lo cual fue llevado al dispensario médico del batallón donde le fue aplicado “Diclofenaco” para el dolor.

¹.

Que los dolores padecidos por el soldado Diosa Aguado continuaron por varios meses durante los cuales fue atendido por personal médico vinculado a la entidad demandada, ordenándosele la realización de tres sesiones de electroterapia y valoración por especialista en ortopedia, ultimo que ordenó la realización de diez sesiones de fisioterapia y la resonancia magnética cuyos resultados diagnósticos concluyeron: “DISCRETO ABOMBAMIENTO MULTIDIRECCIONAL DEL DISCO T5-S1, DATOS DE ARTROSIS FACETARIA”.

1.3. Fundamentos de derecho

Se cita como fundamentos los artículos 1 y 90 de la Constitución Política; la Ley 1285 de 2009; y el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo (sic). Al paso de realizar un recuento sobre los antecedentes jurisprudenciales que consideró aplicables a asuntos relacionados con las lesiones sufridas por conscriptos, arguye que la responsabilidad por las lesiones sufridas por el demandante se endilga a la acción del servicio militar que le impuso la obligación de asumir una carga y riesgo mucho más relevantes de lo normal, pues en efecto este sufrió unas lesiones que le han generado limitaciones permanentes en su movimiento y le impiden desarrollar actividades laborales ordinarias.

2. Contestación de la demanda

La entidad demandada se opuso a las pretensiones advirtiendo que, no se encuentra acreditado que el demandante haya sido sometido a soportar una carga extraordinaria excepcional a la que asumen todos los demás soldados en el marco del servicio militar obligatorio, pues no existe prueba alguna de que los hechos en que supuestamente el actor resulto lesionado hayan ocurrido en la forma en que lo relata el escrito de demanda, esto es, por habersele obligado a trasportar un equipamiento con piedras.

Propuso la excepción que denominó “*Injerencia propia de la víctima en el resultado por asunción propia del riesgo*” al señalar que fue la propia acción del soldado Diosa Aguado la que generó la lesión sufrida por este -sin hacer referencia a algún comportamiento en específico-.

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, si bien se acreditó el daño sufrido por el demandante, no se demostró que las lesiones sufridas tuviesen relación con algún tipo de acción u omisión atribuible a la entidad accionada, pues como lo relataron algunos de los testigos técnicos que depusieron ante el *a quo*, no existe forma de arribar con certeza a la conclusión de que los referidos padecimientos hayan sido consecuencia de los hechos relatados por el demandante.

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.

Arguye que, en todo caso, contrario a lo señalado por el *a quo* sí se aportaron las pruebas tendientes a demostrar en forma plena y completa la relación entre las lesiones sufridas por el demandante y los actos del servicio militar, esto mediante el “*INFORME ADMINISTRATIVO POR LESIÓN*” suscrito por el comandante del Batallón de Ingenieros No. 8 en el cual se informan los hechos acaecidos en el mes de febrero de 2011, señalando expresamente que la “*lesión o afección ocurrió: En el servicio por causa y razón del mismo*”, esto aunado al “*ACTA DE JUNTA MEDICA LABORAL NO. 81779*” por medio de la cual los profesionales médicos de la entidad demandada advirtieron nuevamente la relación de la pérdida de capacidad laboral allí dictaminada -30%- con el servicio castrense.

En tal sentido, señala que la sentencia objeto de alzada hace alusión a unos testigos técnicos que trataron al demandante a lo largo de su etapa de atención médica por la lesión sufrida, los cuales no afirman, ni niegan la relación de la lesión con los actos del servicio, pues se limitan a señalar que no cuenta con los medios para arribar a conclusión en uno u otro sentido, disquisición probatoria que fundamenta la negativa de las pretensiones que resulta más que desacertada, pues la prueba idónea para acreditar dicha situación no es otra que el “*ACTA DE JUNTA MEDICA LABORAL NO. 81779 de noviembre 06 de 2005*” a través de la cual, la propia entidad accionada establece que la “*lesión ocurrió en el servicio por causa y razón del mismo*”.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

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

¿Se encuentran probados los elementos que dan lugar a la responsabilidad del Estado, con ocasión de las lesiones sufridas por el señor Juan Camilo Diossa Aguado, según se alega, debido a la prestación del servicio militar obligatorio?

De ser así, *¿Hay lugar al reconocimiento de perjuicios a la parte actora en la forma deprecada en el escrito de demanda?*

2. Primer problema jurídico

Tesis del tribunal: Se encuentran probados los elementos que dan lugar a la responsabilidad del Estado, toda vez que: se encuentra acreditada la existencia del daño antijurídico cuyo resarcimiento se deprecia, esto es, las lesiones sufridas por Juan Camilo Diossa Aguado, las cuales son imputables a la entidad accionada, bajo el régimen objetivo de daño especial, pues el mismo fue originado por el desarrollo de la imposición del servicio militar obligatorio.

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

2.1. Hechos acreditados

- En los Formatos de atención médica, ordenes de servicios y oficios de remisión a servicios de salud (fls. 39-73 y 143-162, cdo. 1) se refiere la atención médica brindada a través del servicio de sanidad del Ejército Nacional al señor Juan Camilo Diossa Aguado, contentiva de servicios como atención farmacológica, hospitalización clínica, atención por medicina general, ortopedia y fisioterapia, realización de múltiples exámenes diagnósticos y la práctica de una resonancia magnética cuyo resultado señala los siguientes hallazgos:

“Hay signos de artrosis facetaria por esclerosis subcondral y cambios hipertróficos que protruyen a los agujeros de conjunción y a los recesos laterales. Hay signos de sinovitis bilateral en L4-L5.

L5-S1 con discreto abombamiento multidireccional sin efecto de masa sobre el saco dural ni trayectos radiculares.

CONCLUSIÓN:

- **DISCRETO ABOMBAMIENTO MULTIDIRECCIONAL DEL DISCO T5-S1.**
 - **DATOS DE ARTROSIS FACETARIA...**” (fl. 71, cdo. 1).
- En el *“INFORMATIVO ADMINISTRATIVO POR LESIÓN”* del 10 de diciembre de 2012 suscrito por el comandante del Batallón de Ingenieros No. 8 se señala:

“I. CONCEPTO COMANDANTE DE LA UNIDAD.

De acuerdo al informe rendido por el señor SLR@ DIOSA AGUADO JUAN CAMILO identificado con la C.C. No. 1.097.399.077 orgánico del 8 Contingente de 2010, en el mes de Febrero de 2011 se encontraba en la Primera Fase de Instrucción Militar y en la segunda marcha con equipo luego de la caminata comenzó a sentir dolor en la espalda, el cual informó al C3. Cortes quien se encontraba de servicio y lo llevo al dispensario medico (sic), donde le suministraron Diclofenaco, persistiendo el dolor, trabajo (sic) en el área por espacio de tres meses donde incremento el dolor, fue llevado al dispensario y atendido por la doctora Tatiana quien lo puso en tratamiento con 5 terapias y le ordeno una radiografía con el Dr. Gomez (sic) quien le ordeno (sic) 10 terapias en el BASPC 8 donde estuvo hospitalizado luego se ordeno (sic) una resonancia en el CEDICAF S.A. donde le diagnosticaron Discreto abombamiento multidireccional del disco L5-S1.

“II. IMPUTABILIDAD: De acuerdo a la (sic) Artículo 24 Titulo IV del Decreto 1796 de septiembre 14 de 2000, literales (A,B,C,D,) la lesión o afección ocurrió en:

...

LITERAL B X / EN EL SERVICIO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO. (AT)...” (fl. 163, C. 1)

- En el Acta No. 1311 del 02 de mayo de 2012 en el cual se registra la *“REALIZACIÓN DEL EXAMEN DE EVACUACIÓN PRACTICADO A UN PERSONA DE SOLDADOS CAMPESINOS INTEGRANTES DEL 8-C-2010 POR LICENCIAMIENTO”*, en cuanto al soldado Juan Camilo Diossa Aguado se

señala (fls. 164-166, cdo. 1):

“

No	GDO	APELLIDOS Y NOMBRES	CODIGO	APTO		OBSERVACIONES
				SI	NO	
12	SLC	DIOSA AGUADO JUAN CAMILO	1.097.399.077		X	Lumbago con ciática. P. Valoración por neurocirugía.

...“

- En el “ACTA DE JUNTA MEDICA LABORAL NO. 81779 de noviembre 06 de 2005 suscrita por los galenos Oswaldo Ruiz Meneses, Yuri Andrea Hernández Ulloa y Chaary Alejandra Riaño Pineda se advierte:

“ASUNTO: ...estudia en todas sus partes los documentos de sanidad del caso a valorar, clasificando la capacidad laboral, lesiones, secuelas, indemnizaciones e imputabilidad al servicio, de conformidad con el artículo 15 del Decreto 17996 de 14 – SEPTIEMBRE DEL 2000, acordando el texto y las conclusiones, de acuerdo con los conceptos emitidos por especialistas tratantes: **NEUROCIRUGIA** (sic).

IDENTIFICACIÓN: ...DIOSA AGUADO JUAN CAMILO, CC No. 1097399077... FECHA DE NACIMIENTO: SEPTIEMBRE 29 DE 1992... Edad 23 años...

CAUSAL DE CONVOCATORIA:
...POR LA PRÁCTICA DE UN EXAMEN DE CAPACIDAD PSICOFÍSICA EN EL QUE SE ENCUENTRA LESIONES O AFECCIONES QUE DISMINUYEN LA CAPACIDAD LABORAL. (RETIRO)...

CONCLUSIONES:

A- Diagnostico positivo de las lesiones o afecciones:

1) DURANTE ACTOS DEL SERVICIO POSTERIOR A MARCHA CON EQUIPO SUFRE DOLOR LUMBAR VALORADO POR NEUROCIRUGIA (sic) CON HALLAZGO DE HERNIA DISCAL L4 S1 QUE DEJA COMO SECUELA A) LUMBALGIA CRONICA (sic) CON RADICULOPATIA L5...

B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad psicofísica para el servicio.

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL.

NO APTO – PARA ACTIVIDAD MILITAR POR PRESENTAR PATOLOGÍA (sic) OSTEOARTICULAR EN COLUMNA LUMBOSACRA QUE LE IMPIDE REALIZAR SATISFACTORIAMENTE LA FUNCION (sic) MILITAR.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

LE PRODUCE UNA DISMINUCION (sic) DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL TREINTA POR CIENTO (30%).

D. Imputabilidad del Servicio.

LESION-1 OCURRIO (sic) EN EL SERVICIO POR CAUSA Y RAZON (sic) DEL MISMO. ADELANTADO INFORMATIVO ADMINISTRATIVO NR. 33 DE FECHA DICIEMBRE 10 DE 2012 LITERAL B (AT)...

DECISIONES:

En presencia de los participantes se establece que la decisión ha sido tomada por unanimidad y corresponde a la veracidad de los hechos.” (Se subraya) (fls. 229-234, cdo. 1)

- Según los registros civiles de nacimiento de los demandantes, se constata las siguientes relaciones de consanguinidad: Juan Camilo Diosa Aguado, Laura Cristina Diosa Aguado, Diana Patricia Vásquez Diosa, Kevin Fabian Diosa Aguado fueron registrados como hijos de la señora Ana Cecilia Diosa Aguado (fls. 27, 29-31, cdo. 1).
- De los testimonios rendido por William Colorado Córdoba, Amparo Sánchez Delgado (fls. 110-111, cdo. 2) y Oliva María Bocanegra (fl. 283, cdo. 1) se destacan principalmente sus aseveraciones acerca de la conformación del grupo familiar del señor Juan Camilo Diosa Aguado, de quien refieren convive con sus hermanos Laura Cristina Diosa Aguado, Diana Patricia Vásquez Diosa, Kevin Fabian Diosa Aguado y con su señora madre Ana Cecilia Diosa Aguado, sosteniendo relaciones familiares armónicas y de apoyo mutuo.

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 procesales².

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 14 de agosto de 2008. Rad.: 47001-23-31-000-1995-03986-01(16413).

En el caso concreto, las imputaciones jurídicas realizadas en la demanda contra del Ejército Nacional, aluden al daño causado en el desarrollo de una actividad propia de la imposición del **servicio militar obligatorio**, esto es, la ejecución de una caminata con carga del equipo militar en el marco del entrenamiento castrense (v. 12, cdo. 1).

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 9 de mayo de 2012³, haciendo especial énfasis en el apartado que citó en los siguientes términos:

“Sin embargo, cuando se advierte que el daño no se produjo accidentalmente sino por un mal funcionamiento de la Administración, ello se debe poner de presente y el título de imputación bajo el cual se definirá el litigio será el de falla del servicio, en aras de cumplimiento del deber de diagnóstico y pedagogía que tiene el juez al definir la responsabilidad del estado y con el fin de que este pueda repetir contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño, en caso de ser condenado a la correspondiente reparación. En términos generales, la falla del servicio probada surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la constitución política y en la ley, a cargo del estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelante el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la administración y se constituye en un juicio de reproche” ⁴ (Subrayado según se efectuó por el *a quo* en la cita referenciada, negrilla es de este Tribunal)

Sin embargo, la interpretación dada por el *a quo* a la sentencia es desacertada, pues orbita sobre una lectura apartada y fuera de contexto de dicha providencia, pues no se puede perder de vista lo señalado en la misma providencia, en los siguientes términos:

“Cuando del deber de prestar el servicio militar obligatorio se derivan daños a la integridad sicofísica del conscripto, que exceden la restricción de sus derechos fundamentales de locomoción o libertad etc., esta Corporación ha avalado la aplicación de distintos títulos de imputación de responsabilidad al Estado, ya sean de carácter objetivo -daño especial o riesgo excepcional-, o la falla del servicio cuando se encuentre acreditada la misma...” (Subrayado y negrillas de este Tribunal).

Así, no se comparte la acotación efectuada por el *a quo* en sentido contrario, con base en un apartado de dicha providencia, pues como lo señala el H. Consejo de Estado, para la aplicación del régimen de *falla probada* debe estarse ante un asunto en el cual la lesión sufrida por el conscripto fue causada por una acción u omisión que se halla acreditada por el Juez.

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 conscriptos, el requisito *sine qua non* de demostrar la omisión por parte de las entidades militares y su relación directa con el daño, pues tal situación les asigna una obligación de muy difícil

³ Sección Tercera, Rad. 68001-23-15-000-1997-03572-01 (22366) C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴ **Cita de cita:** Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre 2009, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17927.

cumplimiento, esto es, una suerte de “*prueba diabólica*” con miras a que sean los familiares o afectados con las lesiones de un conscriptos quienes deban demostrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se dieron en el marco de la actividad militar.

En este orden de ideas, el régimen de falla probada en asuntos como el aquí debatido tiene cabida únicamente con miras al “*cumplimiento del deber de diagnóstico y pedagogía que tiene el juez al definir la responsabilidad del estado y con el fin de que este pueda repetir contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño*”, así, en este tipo de asuntos, en los que se demanda la responsabilidad del Estado por daños ocasionados a personas ubicadas el marco de especiales relaciones de sujeción como es el caso de los conscriptos, el régimen de falla del servicio probada debe ser evaluado cuando dicha falla surja del material probatorio obrante en el plenario, 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.

Así, no puede desconocerse de tal modo el amplísimo desarrollo efectuado tanto por el H. Consejo de Estado respecto de las especiales relaciones de sujeción y las obligaciones que de ellas surgen en cabeza del Estado, el cual ha sido reiterada por la Sala Plena de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, en sentencia del 26 de febrero de 2018 al señalar:

“17.4. Así, si se trata de determinar la responsabilidad por los daños causados a quienes prestan servicio militar obligatorio –conscriptos-, el título de imputación aplicable es, por regla general, de carácter objetivo –daño especial o riesgo excepcional, según las circunstancias particulares del caso–, siempre que el actuar irregular de la administración no haya incidido en la producción del daño, pues en ese caso el título de imputación aplicable será el de la falla del servicio...”

18. En los términos mencionados, la Sala considera que el presente asunto se debe estudiar bajo el régimen objetivo de responsabilidad, toda vez que no existe prueba de que la administración haya incurrido en una falla de servicio.” (Se resalta)

Así las cosas, atendiendo a que no se discute, ni se observa del material probatorio una falla del servicio imputable a la entidad demandada, que permita encajar el caso a partir de este título de imputación, el presente asunto debe ser valorado desde un régimen de responsabilidad objetiva, por lo que el punto del análisis de responsabilidad debe encajarse en la discusión de la existencia del daño y la imputación objetiva del mismo.

2.3.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 conjetura.

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 consistente en las lesiones físicas sufridas por el conscripto Juan Camilo Dioso Aguado y la consecuente pérdida de capacidad laboral -dictaminada en un 30%.

2.4. 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:

“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)”⁵.

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

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

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"⁶.

En tal sentido, la Sala sostendrá la tesis de que el daño antijurídico cuyo resarcimiento se depreca, esto es, las lesiones sufridas por el conscripto Juan Camilo Dioso Aguado son imputables a la entidad accionada, bajo el régimen objetivo de daño especial, pues el mismo fue originado por el desarrollo de la imposición del servicio militar obligatorio, esto es por la exigencia de cumplir una carga pública asignada por el ordenamiento jurídico⁷ en favor del resto de la colectividad, pues la imposición estatal que el actor estaba obligado a sobrellevar era la limitación a sus derechos que implica la prestación del servicio militar obligatorio, empero por modo alguno el deber de resultar lesionado en su integridad psicofísica por la actividad castrense.

Ahora bien, en lo que respecta a la imputación fáctica para Sala -contrario a lo concluido por el *A quo*- se encuentra debidamente acreditado que las lesiones sufridas por el demandante y la consecuente pérdida de capacidad laboral -dictaminada en un 30% que aquel afronta si tuvo su génesis en el desarrollo de la actividad castrense, esto de conformidad con lo dispuesto por la Junta Médica Laboral del Ejército Nacional mediante acta No. 81779 de 2015, al advertir que el señor Juan Camilo Dioso Aguado sufre una "Incapacidad permanente parcial" que "Le produce una disminución (sic) de la capacidad laboral del treinta por ciento (30%)", con génesis en una lesión que "ocurrió (sic) en el servicio por causa y razón (sic) del mismo."; siendo necesario advertir que la referida acta de calificación denota un acto administrativo en firme y con plenos efectos jurídicos, cuyas conclusiones y o aseveraciones no fueron desvirtuadas en modo alguno por la entidad accionada.

Cabe agregar a lo anterior que, obra en el plenario el acta de realización de exámenes de evacuación realizado a los soldados integrantes del contingente No. 8 del 2010 del cual hacia parte el demandante, y respecto de quien se consigna que, para la data de su realización -02 de mayo de 2012- ya no era apto para la prestación del servicio militar,

⁶ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

⁷ De acuerdo con el artículo 216 de la Constitución "... todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.// La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar".

lo cual en asocio con el referido dictamen de la junta médica del Ejército Nacional permiten concluir sin equívocos que este resultó afectado en su integridad psicofísica mientras estuvo al servicio castrense.

Así las cosas, advertidas en cabeza de la entidad accionada tanto la imputación fáctica - lesiones efectivamente sufridas durante la prestación del servicio militar- como la imputación jurídica -a través del régimen objetivo de daño especial-, cabe señalar que la demandada manifestó en su oposición a la demanda que existió una participación del soldado Juan Camilo Diosa Aguado en la generación del daño, empero tal aseveración se limita a una manifestación genérica sin ningún tipo de respaldo probatorio, por lo que esta Colegiatura no advierte la existencia de ninguno de los eximentes de responsabilidad que puedan desfigurar la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional frente al daño antijurídico sufrido por el señor Juan Camilo Diosa Aguado y su núcleo familiar.

Corolario, se impone revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales, para en su lugar declarar **no probada** la excepción de *“Injerencia propia de la víctima en el resultado por asunción propia del riesgo”* propuesta por la entidad accionada y declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional por los daños causados a los demandantes con ocasión de las lesiones sufridas por el señor Juan Camilo Diosa Aguado, en actividades de prestación del servicio militar obligatorio.

3. Segundo problema jurídico *¿Hay lugar al reconocimiento de perjuicios a la parte actora en la forma deprecada en el escrito de demanda?*

Tesis del tribunal: Se accederá en forma parcial a las pretensiones resarcitorias formuladas por los demandantes, en la forma en que se pasa a identificar:

3.1. Perjuicios materiales – Lucro Cesante

De conformidad con la jurisprudencia reiterada⁸ y unificada⁹ del H. Consejo de Estado, el perjuicio material a indemnizar, en la modalidad de lucro cesante, debe ser cierto y, por ende, edificarse en situaciones reales, existentes al momento de ocurrencia del evento dañino, toda vez que el perjuicio eventual o hipotético, por no corresponder a la prolongación real y directa del estado de cosas producido por el daño, no es susceptible de reparación.

Así, se deprecó el escrito de la demanda el pago a favor de Juan Camilo Diosa Aguado de los perjuicios materiales que se le irrogaron con motivo de las lesiones padecidas, con base a un salario devengado antes de ingresar a prestar su servicio militar obligatorio de \$800.000, sin embargo, no se acreditó por modo alguno si el demandante devengaba dicha suma para la data de incorporación al servicio castrense, por lo que, si bien no se encuentra acreditado el salario que devengaba en

⁸ Ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de: i) 4 de diciembre de 2006, radicación: 13168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; ii) 12 de febrero de 2014, radicación: 31583, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, y iii) de 29 de mayo de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón, radicación: 35930, entre otras.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, M.P. Hernán Andrade Rincón radicación: 36.149.

aplicación del principio de equidad y atendiendo a las reglas de la experiencia, se presume que toda persona laboralmente activa no puede devengar menos del salario mínimo, razón por la cual se efectuará el cómputo del lucro cesante con base a tal valor.

Teniendo en cuenta el salario mínimo vigente en la época en que se expidió la calificación de la pérdida de capacidad laboral del lesionado -dado que no se probó fecha diferente de su estructuración- correspondía a \$644.350 para el año 2015, suma que no es dable incrementar en un 25% por concepto de prestaciones sociales como comúnmente se hace, dado que el actor no acreditó la condición de trabajador dependiente¹⁰.

Al rubro anterior, le debe ser calculado el 30% que corresponde a la pérdida de capacidad laboral que fue determinada al actor, siendo el valor mensual por reconocer por concepto de lucro cesante la suma mensual de \$193.305.

Sobre el valor probatorio del Acta de la Junta Medica para acreditar tanto la disminución de la capacidad laboral del actor, como el perjuicio por lucro cesante de ella derivado, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento, del 31 de julio de 2020¹¹, ha reiterado que:

“Ahora bien, en lo que respecta a la idoneidad y/o validez del mencionado documento (acta de la junta médico laboral) para probar el lucro cesante, el Consejo de Estado, en sede de tutela, recientemente sostuvo (se transcribe):

“4.2. Como se ve, la Sección Tercera de esta Corporación, para casos en los que se discute la responsabilidad del Estado por daños generados a soldados, ha aceptado el acta de la Junta Médico Laboral como prueba para el reconocimiento y la estimación de la indemnización del lucro cesante derivado de esas lesiones, además de las posibles presunciones de hecho que se estiman para la liquidación de la indemnización por dicho perjuicio¹².

4.2.1. Debe precisarse que el precedente invocado señala que, por regla general, el acta de junta médico laboral es la base para el reconocimiento y liquidación de la indemnización por lucro cesante. Pero lo anterior sin desconocer situaciones especiales como la ocurrida en la sentencia del 27 de septiembre de 2013 (05001-23-31-000-1999-02915-01), que se abstuvo de liquidar la indemnización con base en el acta de junta médico laboral, pero no porque no fuera una prueba válida e idónea para tal fin, sino por cuanto había posibilidad de recuperación. La propia acta de

¹⁰ En ese sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 3 de agosto de 2017, radicado 51017; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 13 de noviembre de 2018, radicado 42966.

¹¹ Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata. Rad.: 11001-03-15-000-2020-02994-00(AC) [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=11001-03-15-000-2020-02994-00\(AC\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=11001-03-15-000-2020-02994-00(AC))

¹² Por ejemplo, la edad del soldado, el salario mínimo legal vigente para el momento de la producción del daño actualizado con el IPC; el porcentaje de discapacidad que se toma normalmente de lo fijado por el acta de calificación de invalidez, entre otros.

junta médica señaló que había posibilidad de recuperación y, por ende, la Sección Tercera decidió condenar en abstracto.”¹³

3.1.1. Lucro cesante consolidado

Con base a lo previamente advertido, se tiene el periodo consolidado por concepto de lucro cesante, inicia desde la fecha en que se determinó la pérdida de capacidad laboral de la víctima -noviembre 6 de 2015- hasta la fecha de esta sentencia -6 de noviembre de 2020- es decir 60 meses, con base a la siguiente fórmula¹⁴:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

En donde:

S = Indemnización a obtener.

Ra = Valor mensual a reconocer por concepto de lucro cesante -\$ 193.305-.

N = Número de meses que comprende el período indemnizable -60 meses-.

I = Interés puro o técnico: 0.004867.

Obteniéndose el siguiente resultado:

$$S = \$ 193.305 \frac{(1 + 0.004867)^{60} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$13.431.722$$

3.1.2. Lucro cesante futuro

Para la liquidación del lucro cesante futuro, el período de indemnización corresponde a la diferencia entre el tiempo de vida probable del actor a partir de la fecha de determinación de su pérdida de capacidad laboral -noviembre 6 de 2015- y el período usado para liquidar el lucro cesante consolidado (60 meses)

Como el demandante, al momento de determinación de su pérdida de capacidad laboral, atendiendo a su fecha de nacimiento -29 de septiembre de 1992-, tenía 23 años de edad, su expectativa de vida, de conformidad con la Resolución No. 0497 de 1997 la Superintendencia Bancaria¹⁵, era de 52,97 años (635,64 meses), lapso del que como se advirtió se descontará el periodo tomado para el cálculo del lucro cesante consolidado (60 meses), para un resultado del periodo futuro indemnizable de 575,64

¹³ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 4 de julio de 2019. Rad. 11001-03-15-000-2019-01105-01. En esta providencia, realizó un estudio detallado de varias providencias en las que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha admitido como prueba del lucro cesante las actas de junta médico-laboral. Párrafos 4.1. y siguientes. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 28 de marzo de 2019. Rad. 11001-03-15-000-2018-03551-01. “Siendo así, la Sala considera que en la providencia cuestionada, esto es, la dictada el 21 de junio de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, se incurrió en un defecto fáctico, por cuanto desconoció que el acta de la junta médica laboral No. 68273 –debidamente allegada al proceso– estableció que las lesiones padecidas por el señor Palacio Anduquía le produjeron “una disminución de la capacidad laboral del dieciséis por ciento (16%)”, prueba suficiente para acreditar tanto la disminución de la capacidad laboral del actor, como el perjuicio por lucro cesante de ella derivado, cuya liquidación, además, se efectúa con base en dicha acta.”

¹⁴ Ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 28 de enero de 2015, radicado 32912.

¹⁵ Consultada en la página gubernativa <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=28461>.

meses, con base al cual, se aplica la siguiente fórmula¹⁶:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

En donde:

S = Indemnización a obtener.

Ra = Valor mensual a reconocer por concepto de lucro cesante -\$ 193.305-.

N = Número de meses que comprende el período indemnizable -575,64 meses-

I = Interés puro o técnico: 0.004867.

Obteniéndose el siguiente resultado:

$$S = \$ 193.305 \frac{(1+0.004867)^{575,64} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{575,64}}$$

$$S = \$37.289.777$$

En línea con lo expuesto en este acápite, el total a que ascienden los perjuicios materiales a reconocer, por concepto de lucro cesante -consolidado y futuro-corresponde a la suma de \$ 50.721.499.

3.2. Perjuicios morales

La parte demandante solicitó el reconocimiento de 100 SMLMV por concepto de perjuicios morales para cada uno de los demandantes, sobre el particular, resulta necesario señalar que la Sección Tercera del H. Consejo de Estado ha unificado los criterios de indemnización de perjuicios morales en eventos de lesiones personales¹⁷, trazando unos parámetros de guía para la tasación del daño moral de acuerdo al grado de parentesco de los demandantes en relación con la víctima directa y la gravedad de la lesión. Derroteros que se sintetizan en el siguiente cuadro:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD EN LA LESIÓN	Victima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva 4º de consanguinidad o civil	Relación afectivas no familiares-terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e	60	30	21	15	9

¹⁶ Ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 28 de enero de 2015, radicado 32912.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 36.149.

inferior al 40%					
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3.5	2.5	1.5

En línea con estos parámetros, y atendiendo al porcentaje de pérdida de capacidad laboral dictaminado en un 30% se dispondrá la tasación de los perjuicios a reconocer así:

- A favor del señor Juan Camilo Diosa Aguado -víctima directa- 60 S.M.L.M.V.
- Respecto de la señora Ana Cecilia Diosa Aguado -madre del afectado- 60 S.M.L.M.V.
- Para cada uno de los demandantes Diana Patricia Vásquez Diosa, Laura Cristina y Kevin Fabian, Diosa Aguado -hermanos del afectado- 30 S.M.L.M.V.

Finalmente, respecto del señor Gerardo Antonio Uribe Sánchez de quien se aduce su legitimación en la causa como tercero damnificado, resulta necesario señalar que ni del poder, ni de los hechos del escrito de demanda se observa algún tipo de relato o argumento que determine la razón de la alegada calidad, no habiéndose acreditado por ende las razones que puedan dar lugar a una reclamación de perjuicios en grado de *“Relación afectivas no familiares”* o *“terceros damnificados”*.

Cabe destacar que, incluso analizado los testimonios solicitados por la parte actora con miras a demostrar las relaciones del núcleo familiar del demandante, los deponentes fueron consistentes en señalar que el joven Juan Camilo Diosa Aguado convive con su mamá y sus hermanos, sin que se haya hecho algún tipo de aseveración con respecto al papel del señor Uribe Sánchez en la vida o familia de la referida víctima.

En tal sentido, se negarán las pretensiones que por perjuicios morales fueron impetradas por el señor Gerardo Antonio Uribe Sánchez.

3.3. Daño a la salud

Sobre esta particular tipología de daño, es oportuno precisar que a partir de los fallos de unificación del Consejo de Estado en los cuales se estableció una nueva clasificación de los perjuicios inmateriales, estos se concretaron así¹⁸:

“Por lo tanto, se reitera que los daños inmateriales o extrapatrimoniales se reducen a tres: i) aquellos que afectan directamente la esfera interna y espiritual del individuo, es decir, los morales; ii) los derivados de la afectación psicofísica de la salud, o sea, el daño a la salud; iii) y los relacionados con la afectación directa de bienes convencional y constitucionalmente protegidos.”

¹⁸ Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de octubre de 2014, expediente 40.060, C.P. Enrique Gil Botero.

Así, específicamente en la jurisprudencia de unificación del H. Consejo de Estado¹⁹ sobre el tema se precisó que la indemnización por concepto de daño a la salud está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa la cual debe ser motivada y tasada con base a las siguientes cuantías:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

Se encuentra suficientemente acreditado que el señor Juan Camilo Diosa Aguado sufrió unas lesiones psicofísicas que afectaran su estado de salud en forma permanente, prueba de ellos es la determinación de la junta médica de la entidad accionada que concluyó una “*Incapacidad parcial permanente*” correspondiente a una “*Pérdida de capacidad laboral del 30%*”.

Así las cosas, se accederá al reconocimiento indemnizatorio por la tipología de perjuicio identificada como daño a la salud, en cuantía de 60 S.M.L.M.V. en favor del señor Juan Camilo Diosa Aguado.

4. Costas

Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 365 del C.G.P. aplicable por expresa remisión normativa del CPACA, no se condenará en costas advirtiéndose que, la revocatoria de la sentencia implica el reconocimiento tan solo parcial de las pretensiones de la parte actora.

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 junio de 2019 por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales, mediante la cual se denegaron las súplicas formuladas en la demanda que por el medio de control de reparación directa impetraron Juan Camilo Diosa Aguado y Otros contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional– Ejército Nacional.

En su lugar,

- **DECLÁRASE no probada** la excepción de “*Injerencia propia de la víctima en el resultado por asunción propia del riesgo*” propuesta por la entidad accionada.
- **DECLÁRASE** administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional por los daños causados a los demandantes con

¹⁹ Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 31.172, C.P. Olga Mélida Valle.

ocasión de las lesiones sufridas por el señor Juan Camilo Diosa Aguado en actividades de prestación del servicio militar obligatorio.

- **ORDÉNASE** a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional cancelar en favor de la parte demandante las indemnizaciones identificadas y tasadas en la parte motiva de esta sentencia que se resumen así:
 - Por concepto de lucro cesante -consolidado y futuro- en favor del señor Juan Camilo Diosa Aguado la suma de \$50.721.499.
 - Por concepto de perjuicios morales a favor de los demandantes Juan Camilo Diosa Aguado y Ana Cecilia Diosa Aguado el equivalente a 60 S.M.L.M.V para cada uno; y a favor de los demandantes Diana Patricia Vásquez Diosa, Laura Cristina y Kevin Fabian, Diosa Aguado el equivalente 30 S.M.L.M.V. para cada uno.
 - Por concepto de daño a la salud en favor del señor Juan Camilo Diosa Aguado el equivalente a 60 S.M.L.M.V.
- **NIÉGANSE** las demás pretensiones formuladas en la demanda.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 049 de 2020.


NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: EL presente proceso, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho fue devuelta del H Consejo de Estado revocando el numeral 3º de la sentencia emitida por esta corporación el 21 de enero de 2018.

Consta de 3 cuadernos.

Seis (06) de noviembre de 2020.



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17-001-23-33-000-2017-00534-01
Demandante: LUIS ALBERTO CORTÈS GALVIS
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FNPSM

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Unitaria

Manizales, noviembre seis (06) de dos mil veinte (2020).

A.S. 163

Estese a lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado, en providencia del 13 de agosto de 2020, visible a folios 220 al 235 del cuaderno 1, revocó el numeral tercero de la sentencia proferida por esta Corporación el 21 de enero de 2018, mediante la cual "Reconoció una indexación por razones de equidad y justicia".

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

Firmado Por:

**PUBLIO
ANDRES
MAGISTRADO
MAGISTRADO
006**



**MARTIN
PATIÑO MEJIA
- TRIBUNAL**

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:

fe4ae8d73731e1b456973a917080383bc6219eb6b207eafad2ba1ff942d92429

Documento generado en 06/11/2020 02:15:59 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

17001-33-39-006-2018-00555-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, seis (6) de NOVIEMBRE de dos mil veinte (2020)

A.I. 364

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandante, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **AMANDA RAMOS DE AGUIRRE** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por al señora Jueza, y no se detecta causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, habrá de admitirse el recurso de segundo grado, y con este mismo auto se dará traslado para ALEGACIONES y concepto del Ministerio Público conforme al artículo 247 inc. 4º ibídem.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandante, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y**

¹ Ley 1437 de 2011.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por la señora **AMANDA RAMOS DE AGUIRRE** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

NOTIFÍQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público, y por estado electrónico a las partes.

EJECUTORIADA esta providencia, comenzará a correr **inmediatamente** para las partes el término de diez (10) días para que presenten sus **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**; vencido este lapso, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito dentro de los diez (10) días siguientes.

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 161 de fecha 9 de Noviembre de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Segunda de Decisión
Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, seis (6) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación	17001-23-33-000-2019-00570-00
Clase:	Nulidad electoral
Accionante:	Juanita Duque Carmona
Accionado:	Jesús Antonio Alzate Echeverry (concejal del municipio de Filadelfia)
Providencia:	Sentencia N°. 111

Profiere la **Sala Segunda de Decisión**, sentencia dentro del proceso de la referencia.

No se constata 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:

“1. Que se declare la nulidad del formulario E – 26 el cual, fue expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil y posteriormente leído en audiencia pública el día 29 de octubre de 2019, por medio del cual se declaró la elección de Jesús Antonio Alzate Echeverry como concejal del concejo municipal de Filadelfia – Caldas, para el periodo 2020 -2023, cuya copia adjunto con la presente demanda.”

2. Hechos

Afirma la demandante que para los comicios celebrados el pasado 27 de octubre de 2019, el señor Jesús Antonio Alzate Echeverry ostentaba la calidad de concejal del municipio de Filadelfia – Caldas, y posteriormente, fue avalado por el partido Conservador Colombiano, para ser candidato al concejo de dicho municipio para el periodo 2020 – 2023, siendo elegido efectivamente concejal del municipio de Filadelfia – Caldas para dicho periodo

Sostiene la demandante que el señor Jesús Antonio Alzate Echeverry, durante el desarrollo de la campaña política realizó actos que llevaron a deducir de manera inequívoca, que a pesar de tener aval por el partido Conservador Colombiano, estaba apoyando y siendo apoyado por candidatos diferentes, lo que conlleva a su juicio la doble militancia contemplada en el numeral 8 del artículo 275 de la ley 1437 de 2011.

Refiere que los hechos que configuran la doble militancia, se sustentan en que la sede de campaña del candidato ahora demandado, había publicidad relacionada con pendones alusivos al candidato a la alcaldía de Filadelfia – Caldas, avalado por el partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U, pese al conocimiento de que el partido Conservador tenía un candidato propio a la alcaldía de Filadelfia y que ello se pretende probar con una foto que se aporta con la demanda; y que para ello allega con la demanda material fotográfico y de video del cierre de campaña del candidato a la alcaldía avalado por el partido de la U, señor William Jairo Noreña, en donde se evidencian pendones del concejal Jesús Antonio Alzate Echeverry, sumado a un discurso de un concejal del momento, en el que dice que toma la palabra a nombre del partido Conservador y que pese a que ni él ni el ahora demandado se han retirado del partido Conservador, apoyan al candidato del partido de la U.

Sostiene que, en los hechos de la demanda que de lo narrado *“se evidencian actos positivos de apoyo en doble sentido por militantes pertenecientes al partido conservador a favor de otra disciplina partidista, lo cual vulnera de manera directa el principio de democracia representativa, personificando una amenaza para el poder de decisión del constituyente primario”*

3. Contestación de la demanda (Fls. 39 a 45 C. 1)

La parte demandada, contesta la demanda afirmando que la campaña giró en torno a su candidatura para continuar en el concejo municipal de Filadelfia, y para el señor Rubén Darío Giraldo Sepúlveda para la Asamblea de Caldas, sin tener afinidad en las pasadas elecciones con los candidatos a Alcaldía y Gobernación, con quienes no se llevó a ningún acuerdo para su respaldo.

Así mismo sostiene que no tuvo sede de campaña, y que ésta se llevó a cabo en su residencia, que describe, y la cual afirma que es un lugar diferente, correspondiente al local comercial de la señora Ana Teresa Salazar de Giraldo, suegra del demandado, donde sus hijos comercializan panela, y donde el demandado señor Jesús Antonio Alzate no tiene incidencia alguna.

Relata el demandado que en un acto político pueden haber pendones o publicidad política de uno o de cualquier candidato de partidos diferentes, lo cual no significa que por ese hecho se configure la doble militancia; así como que en tales reuniones cualquier persona puede afirmare o expresar lo que considere.

4. Alegatos de Conclusión

4.1. Parte demandante (Documento 37 Biblioteca Documental Digital)

La parte demandante presentó su escrito de alegatos exponiendo que de la contestación de la demanda, y de las pruebas documentales y testimoniales practicadas, especialmente el testimonio rendido por el señor Jaime Alberto Gaviria, quien ostentaba la calidad de candidato a la Alcaldía de Filadelfia por el Partido Conservador para las elecciones realizadas el 27 de octubre de 2019, se logró demostrar que el demandado señor Jesús Antonio Alzate Echeverry se apartó de dicha candidatura, tal como lo afirma la señora Ángela Morales, quien afirmó que dentro de toda la campaña electoral, nunca recibieron indicaciones de apoyar la candidatura del señor Jaime Alberto Gaviria.

Relata la demandante que, mediante las fotografías aportadas con la demanda, se logró demostrar que, el señor Jesús Antonio Alzate Echeverry contaba con aval para su candidatura del Partido Conservador, éste y su equipo de campaña, estuvieron realizando actos de apoyo al candidato a la alcaldía de Filadelfia del partido de la U, señor William Jairo Noreña; así como que, la casa de la señora Teresa Salazar, suegra del demandado, fue sede de campaña del señor Jesús Antonio Alzate Echeverry, y en esa sede, se evidenciaron pendones no sólo de éste, sino también del candidato a la alcaldía del partido de la U, William Jairo Noreña; y dice que ello consta en *“el pantallazo aportado de la página denominada “filadelfia y samaria denuncias e informan”*, con lo cual se generaba a su juicio, confusión en las personas sobre a cuál candidato apoyaba el demandado.

Afirma que con el testimonio de la señora Ángela Morales, se confirma que durante el tiempo de campaña el demandado con su equipo de trabajo organizaron una reunión para el gobernador de Caldas, Luis Carlos Velázquez, quien para la época era el

candidato que apoyaba el Partido de la U en el municipio de Filadelfia - Caldas. Así como que en el video aportado, se evidencia la invitación que hace el entonces concejal del partido Conservador, señor Jesús María Martínez, quien invita a votar por el señor Alzate Echeverry del partido Conservador al Concejo y por el señor William Jairo Noreña por el partido de la U a la alcaldía; y que a la vez, en el cierre de campaña del candidato a la alcaldía del partido de la U se encontraban pendones con publicidad del señor Jesús Antonio Alzate Echeverry, lo cual consta en las fotografías aportadas.

Afirma la demandante que, respecto al testimonio rendido por el testigo Rodrigo Chica, se evidenciaron inconsistencias que la llevan a deducir que el testigo mintió en su testimonio; y seguidamente cita el artículo 24 de la ley 130 de 1994, relacionado con lo que se entiende por propaganda electoral y sostiene que todos los testigos aportados por la parte demandada, aceptaron que apoyaron al candidato del partido de la U William Jairo Noreña, con lo que según ella, es prueba de que el señor demandado no apoyó la candidatura del señor Jaime Alberto Gaviria Ramos a la alcaldía por el partido conservador. Motivos por los cuales, afirma que el demandado, señor Jesús Antonio Alzate Echeverry incurrió en doble militancia política, por lo que debe accederse a las pretensiones de la demanda.

4.2. Parte demandada

Pese a que mediante constancia secretarial del 20 de octubre de 2020, la cual reposa en el documento 43 de la biblioteca documental, se dijo que la parte demandada presentó su escrito de alegatos de manera extemporánea, posteriormente se allegó constancia (5 de noviembre de 2020), identificada como documento 45 de la biblioteca documental, en la cual se dice que, mediante ésta, se corrige la constancia del 20 de octubre de 2020, pues al revisar cuidadosamente los términos, se advierte que el término para presentar alegatos de conclusión y formular concepto transcurrió del 08 al 22 de octubre de 2020, pues antes del término para alegar, se corrió traslado de pruebas documentales del 5 al 7 de octubre de 2020, situación que no se tuvo en cuenta en la constancia antecedente. Dice, también, que el memorial de alegatos de conclusión allegado por el apoderado judicial de la parte demandante, es oportuno (documentos 41 y 42), razón por la cual se incluyen los mismos de la siguiente manera:

El apoderado judicial de la parte demandada sostiene que, hasta el cierre del debate probatorio no se encuentra ningún elemento que dé cuenta de la doble militancia en la que, se firma en la demanda, incurrió el señor Jesús Antonio Alzate Echeverry

Sostiene que basta con escuchar las declaraciones de la señora Angela Morales Carmona, Alejandro Idárraga Cano, Rodrigo Andrés Chica Giraldo y de William Jairo

Noreña Vásquez, siendo este último el alcalde actual del municipio de Filadelfia y de la línea del partido de la U, quien declaró sobre la falta de respaldo en su campaña de parte del concejal demandado

Así mismo sostiene que tres primeros testigos, fueron participantes de la campaña del demandado señor Jesús Alzate Echeverry y que, ellos dan cuenta de las dificultades que se tuvieron con el candidato a alcaldía por el partido Conservador Colombiano, señor Jaime Gaviria Ramos; quien a su vez, reconoce problemas con el candidato demandado.

Por otra parte, hace alusión a las fotografías allegadas en las cuales dice que se perciben unos pendones con el nombre de “Chucho Alzate”, así como a un vídeo que dicen corresponder a un cierre de campaña; respecto de los cuales afirma que ello no demuestra una participación activa del demandado en otra campaña electoral diferente a la de su propio partido político; así como que dichos pendones pueden ser llevados por cualquier persona o simpatizante. Así como que, la grabación presentada no es clara en identificar las personas que allí participan, pero si se evidencia que allí no aparece el demandado señor Alzate Echeverry.

También se refiere al lugar en el unas fotografías describen como lugar de campaña del demandante, afirmando que ello no es cierto, pues ésta se llevó a cabo en su casa de habitación, y que al lugar al que se hace referencia es un local comercial de su suegra, en el cual el demandado no tiene injerencia alguna.

Afirma que en caso de presentarse publicidad del demandado en varios eventos políticos, no implican doble militancia, pues en los municipios pequeños es usual que confluyan personas de varios partidos políticos en varios lugares a la vez, y que los planteamientos de la demandante son conjeturas sin asidero probatorio, citando apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado relacionados con la doble militancia política, para concluir que no existen fundamentos probatorios para declarar próspera la causal de nulidad alegada en la demanda, debiendo negarse las súplicas de la misma.

5. Concepto del Ministerio Público (Documento 47 Biblioteca Documental Digital)

El Ministerio Público rindió su concepto haciendo un recuento de la demanda, las pretensiones y los hechos de la misma; así como hace una exposición sobre la naturaleza de la nulidad electoral, su objeto y reseñas jurisprudenciales sobre sus características.

Luego continúa con el marco normativo de la doble militancia, y un recuento

jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional relacionados con ella, continuando con un análisis probatorio del caso en concreto, en el cual expone que se encuentra acreditada la declaratoria de elección del señor Jesús Antonio Alzate Echeverry, como Concejal del municipio de Fidalefia, Caldas, por el Partido de Conservador Colombiano, para el período constitucional 2020 - 2023.

Sostiene que las pruebas que reposan dentro del proceso no permiten tener por demostradas las circunstancias aducidas como constitutivas de la conducta de doble militancia política, sin que se lograra demostrar el apoyo político por parte del demandado a candidato de un partido distinto al cual pertenece; así como que no obra prueba que brinde certeza sobre la ocurrencia de los hechos de la demanda; y que, las declaraciones de los testigos no ofrecen elementos de convicción sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar atinentes al supuesto respaldo al que alude el demandante, de lo cual pueda inferirse el apoyo político por parte del demandado a la candidata de un partido distinto al cual pertenece.

Luego se pronuncia el agente del Ministerio Público sobre el valor probatorio de las fotografías, refiriendo que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que para que las mismas tengan eficacia probatoria y puedan ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, es necesario tener certeza sobre la persona que las realizó y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron tomadas, lo que normalmente se devela a través de otros medios de prueba complementarios; por lo que a su juicio, no resulta posible otorgar valor probatorio a las diferentes fotografías aportadas al proceso; fotografías que, por sí mismas no prueban el supuesto apoyo que según el actor pudo haber brindado el demandado a la candidata de otro partido político que aspiraba a la Alcaldía Municipal.

De igual manera sostiene que, la mera presencia de afiches o pendones de un candidato perteneciente a otro partido político, en los espacios en los cuales aparece el registro del demandado en actos políticos, no conduce a concluir el apoyo, pues no existe certeza que el señor Jesús Antonio Alzate Echeverry haya autorizado su colocación en tales lugares como parte de su campaña.

Concluye en su concepto el Ministerio Público que, en el expediente no se demostraron en forma fehaciente los supuestos actos positivos y concretos de apoyo en favor del candidato perteneciente a otro partido político, que estructuran la doble militancia que se le endilga al señor Jesús Antonio Alzate Echeverry, de acuerdo con los criterios definidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado; y que, en el presente caso la parte actora no demostró los supuestos fácticos en que se soportan los cargos de nulidad sustancial formulados en relación con el acto electoral enjuiciado, razón suficiente para desestimar las pretensiones de la demanda.

II. Consideraciones

En ejercicio de la acción pública especial de carácter electoral, la demandante pretende que se declare la nulidad del formulario E – 26 mediante el cual se declaró la elección de Jesús Antonio Alzate Echeverry como concejal del municipio de Filadelfia, Caldas, para el periodo 2020 -2023.

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. ¿Cuál es el valor probatorio que se le otorga a las fotografías y videos aportados como pruebas de la parte demandante y el Coadyuvante dentro del asunto de la referencia?
- 1.2. ¿Se encuentra debidamente acreditado, con el acervo probatorio allegado al proceso, que el señor Jesús Antonio Alzate Echeverry ha incurrido en la causal legal de “**doble militancia**”, acaecida ella respecto del Partido Conservador Colombiano y del partido de la U?.
- 1.3. ¿En consecuencia, en el presente asunto están dados los presupuestos fácticos y jurídicos para declarar la nulidad de la elección del señor Jesús Antonio Alzate Echeverry, como Concejal del municipio de Filadelfia - Caldas, para el periodo 2020-2023, en virtud de haber incurrido el elegido en la causal legal de “**doble militancia**”

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 107 de la Constitución Política dispone:

“Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 01 de 2009. Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a

más de un partido o movimiento político con personería jurídica.

Los Partidos y Movimientos Políticos se organizarán democráticamente y tendrán como principios rectores la transparencia, objetividad, moralidad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos.

Para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos propios o por coalición, podrán celebrar consultas populares o internas o interpartidistas que coincidan o no con las elecciones a Corporaciones Públicas, de acuerdo con lo previsto en sus Estatutos y en la ley.

(...)

Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones. (...)" (Subraya la Sala).

Por su parte, el artículo 2° de la ley 1475 de 2011, por la cual se adoptan las reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones consagra:

“Artículo 2°. Prohibición de doble militancia. En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político. La militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.

Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados.

Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos.

El incumplimiento de estas reglas constituye doble militancia, que será sancionada de conformidad con los estatutos, y en el caso de los candidatos será causal para la revocatoria de la inscripción.

Parágrafo. *Las restricciones previstas en esta disposición no se aplicarán a los miembros de los partidos y movimientos políticos que sean disueltos por decisión de sus miembros o pierdan la personería jurídica por causas distintas a las sanciones previstas en esta ley, casos en los cuales podrán inscribirse en uno distinto con personería jurídica sin incurrir en doble militancia.” (Subraya la Sala).*

El numeral 8° del artículo 275 de la ley 1437 de 2011 dispone:

“Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

(...)

8. *Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política.*”

Por su parte, el Consejo de Estado¹ en Sentencia de Unificación del año 2014, en relación a la acción pública de nulidad electoral precisa:

“(…) **2.6. Conclusión.**

La acción pública de nulidad electoral, vista a la luz de la Constitución, impone considerarla desde dos perspectivas. De una parte, como formulada en contra del acto que asigna a un ciudadano el ejercicio de funciones públicas y, de otra, en cuanto dirigida a que la investidura responda a los principios y valores que orientan la función electoral, preservando, en todo caso, el sello constitucional en la organización y conformación democrática del poder.

En este caso el examen se adelanta teniendo como norte la guarda e integridad del orden constitucional, de donde la elección se preserva, sí y solo sí, responde al espíritu de la Carta fundamental, considerando, especialmente, los principios democrático y pluralista y las salvaguardas indispensables para realizar el Estado de derecho que repele cualquier forma de concentración del poder en unos cuantos, sea cual fuere la rama en que se ejerza. (…)”.

Las normas en cita, y el pronunciamiento jurisprudencial, definen la finalidad del medio de control de nulidad electoral, cimiento conceptual a partir del cual se procede a continuación a estudiar la causal de nulidad invocada por el demandante en el presente asunto.

3. Lo probado dentro del proceso

Se encuentra probado dentro del proceso que el señor Jesús Antonio Alzate Echeverry fue elegido como Concejal del Municipio de Filadelfia – Caldas en el curso de las elecciones llevadas a cabo el 27 de octubre de 2019 en dicho municipio, tal como consta en el formulario E -26 que reposa a folio 19 del cuaderno principal en el cual se lee:

*“27 de octubre de 2019
Declaratoria de elección*

En consecuencia se declaran electos como Concejales del departamento de Caldas, municipio de Filadelfia para el periodo 2020 – 2023 a los siguientes candidatos:

(...)

Partido y/o Movimiento Político

Candidato

(...)

Partido Conservador Colombiano

*Jesús Antonio
Alzate Echeverry*

Teniendo en cuenta que al momento de realizar la declaratoria de Alcalde, el segundo Candidato con mayor votación Maria Enidia Ríos Naranjo, manifestó por escrito la decisión de aceptar la curul al Concejo, se asigna dando aplicación al

¹ Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de Unificación del 15 de julio de 2014. C.P. Dra. Luz Estella Conto Díaz del Castillo. Rad. 11001-03-28-000-2013-00006-00 (Acumulado 2013-0007) (IJ).

artículo 25 de la ley 1909 de 2018. Por lo tanto se restará una curul del número de curules anterior a proveer.

Este documento evidencia que el demandado señor Jesús Antonio Alzate Echeverry, fue candidato, electo y avalado por el partido Conservador Colombiano al concejo municipal de Filadelfia – Caldas; así como que la señora María Enidia Ríos Naranjo fue la segunda candidata a la Alcaldía del municipio de Filadelfia con mayor votación.

Se aporta con la demanda el documento de fecha 19 de julio de 2019, mediante el cual el representante legal del Partido Conservador Colombiano, señor Omar Yepes Alzate, avala e inscribe por dicho partido, para la alcaldía del municipio de Filadelfia al señor Jaime Alberto Gaviria Ramos.

Finalmente se aportan con la demanda, entre folios 22 y 24 del cuaderno principal, obran unas fotografías impresas, e imágenes de redes sociales; así como 2 videos que se denominan “*Video Chucho*” y “*Video apoyo Jesús María Martínez a William Noreña*”

El coadyuvante, señor Jaime Alberto Gaviria, aporta entre folios 89 y 96 de su escrito, imágenes impresas de redes sociales.

En el documento número 23 de la Biblioteca Digital, obra constancia del Secretario General del Partido de la U, señor Álvaro Echeverry Londoño, en virtud de la prueba de oficio decretada en la correspondiente audiencia inicial cual afirma:

“Que verificado el archivo de esta organización se puso establecer que no obra información alguna relacionada con el Señor Jesús Antonio Alzate Echeverry, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.418.922, en consecuencia se tiene certeza que este ciudadano no ha sido miembro del Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la “U” en igual sentido, no se le han extendido avales, ni ha sido candidato, ni ha ejercido cargos de elección popular con la cobertura de esta organización política.”

Constancia con la cual se evidencia que el demandado señor Jesús Antonio Alzate Echeverry, no es, ni ha hecho parte del Partido Político de la Unidad Nacional – U -.

Por otra parte, dentro del proceso se decretó prueba testimonial solicitada por las partes demandante, demandada y coadyuvante, versiones de las cuales se permite la Sala transcribir lo siguiente:

Testimonio Señora Ana Teresa Salazar de Giraldo (Suegra del demandado Antonio de Jesús Alzate)

“(…) En ese local tengo 8 hijos, soy viuda, y como estoy tan viejita le dije a los

hijos que, ahí meten la panela para vender de la finca, y de ahí la llevan para Aranzazu o para Manizales, (...) Al principio lo alquilé para una carnicería, luego los muchachos empezaron a vender panela, actualmente funciona una peluquería o barbería.(...) Ahí no se han a ejercido actividades políticas, a mi no me gusta eso. (...) Yo a Chucho no lo vi haciendo política, porque él siempre se reúne en la casa de él. (...) las conozco, la foto, es cerquita del lugar mío (...) ahí entraba la gente a pegar afines, sin permiso mío (...) eso era afuera, adentro no, adentro estaban los muchachos vendiendo panel (...) y la dueña soy yo (...)"

Testimonio señora Ángela Ester Morales Carmona

(...) desde el primer momento nos indicó que éramos libres de votar por quien quisiéramos votar a la alcaldía o gobernación (...) nosotros nos reuníamos en la casa de don Jesús (...) siempre que nos preguntaban a quién apoyábamos a la alcaldía, le decíamos que don Jesús no estaba apoyando a ningún candidato, que ellos estaban en la capacidad de decidir a quién apoyar (...) nosotros lo estábamos acompañando como equipo político, y nunca hablaba de una preferencia política a la alcaldía (...) yo estuve presente en el cierre de campaña del señor William Jairo Noreña, y era un evento público, un día de mercado, nosotros teníamos pendones de don Jesús, pero no le hacíamos campaña a William, éramos el equipo de trabajo de don Jesús (...) nosotros como equipo debíamos estar, nosotros, don Jesús en ningún momento estuvo, nosotros decidimos estar en el cierre de campaña porque era la mejor propuesta en ese momento (...) No, don Jesús Alzate no estuvo en ningún reunión con ningún otro candidato (...). El Señor Jesús Alzate no estaba apoyando a nadie a la gobernación, un día, estábamos en la casa de don Jesús, y ese mismo día el doctor Lusi Carlos Velásquez, candidato a la Gobernación de Caldas, actual Gobernador, y pidió consentimiento del equipo de trabajo, para explicarnos cuál era la propuesta política que tenía para el municipio, el fue a la casa de don Jesús e indicó sus propuestas, culminando la reunión el señor Jesús le dijo al señor Luis Carlos, que el mero hecho de que hubiera escuchado su propuestas, no significaba que el lo estuviera apoyando, que simplemente lo dejó hacer presencia en la reunión para que indicara sus puntos, pero que no contara con el apoyo de él, todas las personas que estábamos presentes lo escuchamos (...) personalmente yo si apoyaba al señor Willilam Jairo Noreña (...) Yo apoyo al partido Conservador y siempre lo voy a apoyar por su antigüedad (...) decidí apoyar a otra persona de otra corriente (...) don Jesús escuchaba las propuestas de todos los candidatos, mas no significaba que él los fuera a apoyar (...)"

Testimonio del señor Rodrigo André Chica Giraldo

"(...) Yo me desempeñé como coordinador de la campaña del honorable Conceja Jesús Alzate Echeverry, dentro de la campaña del mismo partido conservador, puedo dar fe que el señor Jesús Alzate no participó en reuniones ni nada que tuviera que ver por fuera del partido Conservador. El día viernes 25, que fueron dos días antes de las elecciones, el señor Jesús Alzate tuvo una calamidad doméstica que el hijo de él falleció en un accidente aéreo, él se tuvo que ir (...) él toda la vida ha sido afiliado al partido Conservador (...) en ningún momento trató de participar en campañas diferentes (...) el apoyó al candidato Jaime Gaviria, candidato del partido conservador hasta dos días antes de las elecciones (...) estuvo desde que inició la campaña reunido con las directivas en cabeza del señor Omar Yepes, fieles a los lineamientos que le decían desde Bogotá. (...) Nosotros el día de las elecciones nos presentamos con unos pendones del candidato Giraldo, que es del mismo partido conservador, como ustedes saben eso es en plaza pública, y concurrían todos los candidatos, y había publicidad de todos (...) yo llevé uno de los pendones del señor Jesús Antonio Alzate (...) Ese lugar es un centro de acopio, en el cual los comerciantes adquieren sus productos como la panela, por lo que no está relacionada con la candidatura del señor Jesús Alzate, (...) esa es plaza pública, ahí hay confluencia de toda la población, por lo que hay allí publicidad de todo tipo de candidatos (...) en el folio 21 se ve la publicidad del señor Jesús Alzate, y participábamos en la reunión de la campaña de Jesús Antonio Alzate (...) el señor Jesús Antonio Alzate no participó en la reunión de cierre del señor William Jairo Noreña, y doy fe de que ese día no se encontraba en el lugar (...). Nosotros del partido conservador, tenemos la directiva de que el candidato por el cual diga el partido en Bogotá, el candidato que se diga debe apoyarse hasta el final (...) desde el 8 de octubre yo inicié a ejercer mis

funciones como Coordinador de campaña (...) Se realizó una sola reunión donde asistieron entre 50 y 60 personas, pero no quiere decir que el señor Jesús Antonio apoyara al señor Luis Carlos, porque se escucharon programas de gobierno (...) el señor Jesús Antonio a la Gobernación estaba apoyando al señor Angelo Quintero (...) fue una reunión de acercamiento con la comunidad, pero no por eso, estaba vinculado el señor Jesús Antonio a la Campaña del Señor Luis Carlos (...) yo estuve presente en el cierre de campaña y cargaba un pendón del señor Jesús Antonio Alzate (...)."

Testimonio del Señor José Alejandro Idárraga Cano

"(...) Don Jesús me dijo que si le colaboraba con la campaña, la fecha fue mas o menso en Jesús (...) en una reunión estuvo este señor que es en este momento Gobernador, pero para la Alcaldía no estuvo nadie de candidato a la alcaldía (...) todo el mundo sabe que don Jesús es una persona muy importante, fue como un saludo de amigos, no fue como una reunión política (...) el se tuvo que madrugar el día propiamente de las elecciones por una calamidad (...) yo no vi la presencia de don Jesús en ningún cierre de campaña, ni en reunión de quien es el alcalde, el ningún momento llegó a dar discursos (...). Yo hablé con don Jesús para que le colaborara al Concejo y a la Alcaldía (...) yo si estuve media hora en el cierre de campaña fue mucho, yo estuve así como civil (...)"

Testimonio del señor William Jairo Noreña. Alcalde municipal de Filadelfia – Caldas.

"(...) Yo he sido residente del municipio de Filadelfia toda la vida y hasta donde conozco el señor siempre ha pertenecido al Partido Conservador, no he conocido con otra afiliación diferente a ese3 partido, lo conozco como uno de los concejales más antiguos y prestantes del municipio, por ese partido.(...) No tengo conocimiento de ninguna participación respecto a él de otro partido, por el tema de amistad, en los diálogos que siempre sostuvimos, manifestó ser del partido conservador y no recibir apoyo de ningún otro partido (...) Y dentro del ejercicio de mas de 25 años en ejercicio público y político, siempre he distinguido al señor Jesús Antonio Alzate como partido Conservador, yo no he pertenecido nunca al partido Conservador, me lancé 3 veces a la alcaldía, ya hora por el partido de la U. (...) No ha sido posible converger con él en las mismas líneas políticas, porque él siempre ha sido radical en sus posiciones y ha manifestado ser del partido Conservador, y nunca ha querido acompañarme a mi en las elecciones (...) Yo me inscribí pro el partido de la U, no más (...) el único contacto es que varias veces me le acerqué, al igual que a otros partidos, y entre esos y otros concejales, mas de 60, y me acerqué a don Jesús pero nunca manifestó apoyo, contrario me decía que era de la línea política del partido Conservador (...) yo pienso que nosotros como líderes políticos tenemos una responsabilidad de un partido, pero como ciudadanos tienen derecho a elegir, es cierto que algunos amigos de él, decidieron votar por mi, como muchos de otros partidos (...) yo recuerdo que había publicidad política no solamente de él, sino de otros partidos políticos (...) conozco como en todo, que hay diferencias personales y políticas, y tengo entendido que tampoco había un entendimiento muy acorde con el entonces candidato a la Alcaldía Jaime Gaviria (...) nos tocó el debate entre 5 candidatos a la alcaldía, sostuvimos la línea hasta lo último (...) sabemos que fue un hijo Filadelfeño, fue noticia nacional, donde 5 miembros de la fuerza aérea, incluyendo el hijo de él, 3 días antes de las elecciones se perdió en un helicóptero, y don Jesús no pudo votar.(...) No tengo conocimiento a quien apoyaba a la Alcaldía el señor Jesús Alzate, y el tema de alianzas entre partidos, es un tema departamental y nacional (...) don Jesús María Martínez es un concejal de vieja data del Partido Conservador (...) no recibí ningún apoyo (...) es difícil en una campaña de 1.200 personas, limitar y saber quien participa y quien no (...) don José María Martínez, si estuvo en el micrófono, pero yo apoyo no recibí de él, él era un concejal activo del partido conservador (...)"

Testimonio del señor Jaime Alberto Gaviria Ramos

"(...) Empiezo mi candidatura a la alcaldía de Filadelfia en el mes de enero del año 2019, (...) fui candidato por el partido Conservador al cual pertenezco (...) inicialmente hicimos reuniones con los Concejales Jesús Antonio Alzate y señor Jesús María Martínez, (...) dentro de la campaña no recibimos apoyo de otras fuerzas políticas del partido, y ellos decidieron apoyar a nombre del

partido Conservador apoyar a otro partido, hicieron reuniones donde decían que apoyaban la candidatura del señor William Noreña. (...) muchas de las personas a las que le fui a pedir apoyo, me habían dicho que la orden del señor Jesús Alzate era que debían votar por el partido de la U (...) el día de cierre de campaña del señor William Jairo Noreña, el concejal activo para la época, don Jesús Martínez se echó un discurso donde el cual invitaba a todos los Conservadores a votar por el partido de la U, y sacaron los pendones de don Jesús Alzate (...) ellos no nos acompañaron a ninguna reunión (...) me retiré del partido liberal, y empecé a hacer política con el Senador Luis Emilio Sierra, partido Conservador, y pertenezco a ese partido desde el año 2011 (...) hay dos corrientes, el ala de Luis Emilio Sierra y de Omar Yepes Alzate, dentro del partido Conservador, nosotros liderábamos la corriente del senador Luis Emilio Sierra, y el concejal Jesús Antonio de la corriente del señor Omar Yepes Alzate (...) Preguntado: De viva voz llegó a escuchar usted, Jaime Gaviria, a don Jesús Alzate Echeverry haciéndole propaganda política a otro candidato diferente del partido Conservador. Contestado: No. (...)

Testimonio del señor Ancizar Ospina Martínez

"(...) lo que yo se es que el Partido Conservador tenía un candidato a la Alcaldía, que era el señor Jaime Alberto Gaviria Ramos, y yo vivía al frente de donde había un pendón de don Jesús Al Concejo y de William Jairo Noreña que era candidato del partido de la U (...) yo veía entrar y salir gente, nos e de que hablarían adentro (...) no sé quien manejaba ese local (...) no recuerdo si el señor Jesús Alzate entró o no (...) yo decir que lo escuché o me dijo a mi vote por William Jairo no, yo veo un pendón aquí, tampoco escuché que se lo haya dicho a otra persona (...)"

4. ¿Cuál es el valor probatorio que se le otorga a las fotografías y vídeos aportados como pruebas de la parte demandante y el coadyuvante dentro del asunto de la referencia?

Para resolver de fondo de la controversia, se hace necesario despejar este primer problema jurídico, relacionado con la valoración probatoria que esta Sala concederá a las fotografías aportadas como pruebas por la parte demandante, entre folios 22 y 24, del cuaderno principal, así como los 2 vídeos que adjunta en CD; y las imágenes impresas aportadas por el Coadyuvante en su escrito, las cuales reposan entre folios 89 y 96 del C. 1; no sólo porque con ellas se pretende demostrar la doble militancia de el demandado; sino también, porque con fundamento en ellas se absolvieron gran cantidad de preguntas a los testigos dentro de las audiencias de pruebas correspondientes.

Sea lo primero precisar que, lo que se encuentran aportadas con la demanda y con el escrito de solicitud de Coadyuvancia como fotografías, son una serie de imágenes impresas, al parecer de varias redes sociales, con escritos que las “identifica”, y algunas fotografías impresas sin identificación alguna, más que la descripción que la demandante hace de la escena que se releja.

Por parte del Coadyuvante, este dice que aporta “pantallazos” de la página “*Samaria y Filadelfia informa y denuncia*”, afirmando que ésta es una página creada por Filadelfeños y comunidad en general, y que el administrador de la misma hizo unas

publicaciones de fotografías, así como que aporta pantallazos de los comentarios realizados por los usuarios sobre dichas fotografías.

Los artículos 243, 244 y 247 del Código General del Proceso disponen:

“ARTÍCULO 243. DISTINTAS CLASES DE DOCUMENTOS. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención.

Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

ARTÍCULO 244. DOCUMENTO AUTÉNTICO. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.

ARTÍCULO 247. VALORACIÓN DE MENSAJES DE DATOS. Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud.

La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos.”(Subraya la Sala)

De acuerdo con la norma en cita las fotografías y videograbaciones son documentos, así como que un documento es auténtico cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuye el documento; así como que sólo se valorarán como mensajes de datos los documentos que se hayan aportado en el formato en el cual fueron creados,

y la simple impresión de éstos en un papel, será valorado con las reglas generales de los documentos.

Debe decirse, entonces, que lo que aporta la parte demandante y el coadyuvante son unas fotografías sin precisiones ni detalles, así como una serie de imágenes impresas de publicaciones con contenidos fotográficos realizadas por diferentes personas y grupos de personas, en diversas redes sociales; documentos de los cuales se desconoce por completo quien ha tomado las fotografías iniciales que fueron subidas a las redes sociales correspondientes, así como se desconoce cuáles son las redes sociales a las que fue subida dicha información; se ignora quién alimentaba dichas redes sociales, quién escribió la información allí contenida, y si ésta obedece a la realidad; a que personas realmente corresponden los perfiles de las redes sociales que se presentan; cómo se extrajo la información de las redes sociales; quién tomó las fotografías que allí se exponen y en qué fecha y lugar fueron tomadas.

De igual manera, respecto de la página que afirma el Coadyuvante se extrajeron las imágenes, pese a que éste dice que las fotografías fueron subidas por el administrador de la misma, no se conoce el nombre del administrador, su identificación; así como se imprimen comentarios que terceras personas, de las cuales se desconocen sus perfiles e identidades en la red social o sitio web a que se refiere.

También se advierte que, los videos aportados no tienen un formato definido, no se dice quien lo filmó, desde qué dispositivo, de qué lugar se tomó el vídeo, el día fecha y hora del mismo. Tampoco tiene un contexto claro, o descripción detallada, y en uno de ellos, el de duración de 57 segundos, se observa como que hiciera parte de un perfil en una red social, sin más información.

Con relación al valor probatorio de las fotografías el Consejo de Estado² se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“(...) Respecto de las fotografías allegadas por el demandante como prueba de sus afirmaciones, debe precisarse que tradicionalmente se ha dicho que ellas no pueden ser valoradas en el proceso puesto que carecen de mérito probatorio, porque allí se registran varias imágenes, sobre las que no es posible determinar su origen ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas o documentadas, aunque en algunas ocasiones cuando son debidamente ratificadas por quien las tomó, y se precisan las circunstancias antes relacionadas, pueden ser valoradas conjuntamente con los otros medios de prueba allegados al proceso, como ocurre con las tomadas por los peritos en la inspección judicial al predio Villa Luz³.(...)” (Subraya la Sala).

Por lo considerado, con relación a las imágenes aportadas como prueba dentro del

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 26 de febrero de 2015. MP. Dra. Olga Mérida Valle De la Hoz. Rad. 25000-23-26-000-2001-02785-01(32787).

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 3 de 2010, rad 18034. MP. Enrique Gil Botero y sentencia de octubre 14 de 2011, rad 22066. MP. Ruth Stella Correa Palacio.

proceso, tanto las impresas como las filmaciones, para esta Sala es claro que las mismas no pueden ser valoradas como datos, sino como documentos, y como tales, al carecer de certeza sobre quién tomó las fotografías y quien filmó el video o hizo la grabación, así como las condiciones de tiempo modo y lugar de las mismas, a éstas no se les podrá dar valor probatorio, ni como mensaje de datos, ni como fotografías, ni como videos, por lo que continúa la Sala con el estudio de los problemas jurídicos relacionados con la doble militancia y con las demás pruebas que reposan dentro del proceso, que fueron relacionadas detalladamente con anterioridad.

4.1. ¿Se encuentra debidamente acreditado, con el acervo probatorio allegado al proceso, que el señor Jesús Antonio Alzate Echeverry ha incurrido en la causal legal de “doble militancia”, acaecida ella respecto del Partido Conservador Colombiano y el partido de la U?.

En este punto de la discusión, es necesario tener presentes algunos pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado⁴ relacionados con la doble militancia y la afiliación a un partido político de la siguiente manera:

“(…) 5.2.- Cargo 2º.- Ilegalidad de la elección acusada porque el señor Yahir Fernando Acuña Cardales incurrió en doble militancia política

La Sala, antes de hacer cualquier valoración del material probatorio recabado en los procesos acumulados, que bajo el principio de la comunidad de la prueba se toman como una unidad procesal, retomará algunas de las reflexiones jurídicas que sobre esa figura hizo en reciente pronunciamiento la Sección Quinta del Consejo de Estado, y que en lo fundamental enseñan:

4.1.- Noción de “Doble Militancia”

La prohibición de pertenencia simultánea a más de una organización política, es decir, la doble militancia, se introdujo en el sistema político colombiano con el fin de crear un régimen severo de bancadas en el que esté proscrito el transfuguismo político.

*La Corte Constitucional definió la doble militancia como una “limitación, de raiqambre constitucional, al derecho político de los ciudadanos a formar libremente parte de partidos, movimientos y agrupaciones políticas (Art. 40-3 C.P.). Ello en el entendido que dicha libertad debe armonizarse con la obligatoriedad constitucional del principio democrático representativo, que exige que la confianza depositada por el elector en determinado plan de acción política, no resulte frustrada por la decisión personalista del elegido de abandonar la agrupación política mediante la cual accedió a la corporación pública o cargo de elección popular”*⁵

La doble militancia está dirigida entonces, a quienes son miembros de más de un partido o movimiento político. En este sentido, se reseñará el sentido y alcance de los conceptos de ciudadano, miembro e integrante de un partido o movimiento político dado por la Corte Constitucional en sentencia C-342 de 2006:

*i) El **ciudadano** es la persona titular de derechos políticos, y éstos a su vez se traducen, de conformidad con la Constitución, en la facultad de los nacionales*

⁴Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 7 de septiembre de 2015. M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 11001-03-28-000-2014-00023-00.

⁵ Sentencia C-490 de 2011.

para elegir y ser elegidos, tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, cabildos abiertos, revocatorias de mandatos, constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas, formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas, promover acciones de inconstitucionalidad en defensa de la integridad y supremacía de la Constitución y, en fin, desempeñar cargos públicos. En tal sentido, el ciudadano es un elector, es decir, es titular del derecho a ejercer el sufragio, mediante el cual concurre en la conformación de las autoridades representativas del Estado. La calidad de elector no depende, en consecuencia, de la afiliación o no a un determinado partido o movimiento político, lo cual no obsta para que, el ciudadano pueda ser un simpatizante de un partido político.

(...)

Corolario simple de lo anterior, es que la prohibición constitucional de doble militancia cubre a aquellos que son, al mismo tiempo, miembros de más de un partido o movimiento político. Es decir, a aquellos que se encuentran formalmente inscritos como integrantes de un partido político⁶ o en palabras más clara (sic): se refiere a personas que militen en forma concurrente en más de una organización política. (Subraya la Sala)

Con relación a la condición de miembro o militante de un partido político, el mismo Consejo de Estado⁷ ha considerado:

“(...) ii) El miembro de un partido o movimiento político es aquel ciudadano que, de conformidad con los estatutos de éstos, hace parte formalmente de la organización política, situación que le permite ser titular de determinados derechos estatutarios, como el de tomar parte en las decisiones internas. A éste, a su vez, se le imponen determinados deberes encaminados a mantener la disciplina de la agrupación. En tal sentido, en términos de ciencia política, el miembro del partido o movimiento político es un militante. iii) El integrante de un partido o movimiento político que ejerce un cargo de representación populares aquel ciudadano, que no sólo es miembro formal de una determinada organización política, que milita activamente en ella, sino que, gracias al aval que recibió de la misma, participó y resultó elegido para ocupar una curul en nombre de aquél. En tal sentido, confluyen en este ciudadano las calidades de miembro de un partido o movimiento político, motivo por el cual debe respetar los estatutos, la disciplina y decisiones adoptadas democráticamente en el seno de aquél, y al mismo tiempo, el carácter de integrante de una Corporación Pública, quien por tal razón, deberá actuar en aquélla como miembro de una bancada, en pro de defender un determinado programa político. De tal suerte que, tratándose de la categoría en la cual el ciudadano puede participar con la mayor intensidad posible en el funcionamiento de los partidos políticos modernos, correlativamente, es en esta calidad de integrante y representante del partido, en donde se exige un mayor compromiso y lealtad con el ideario por el cual fue elegido. Corolario simple de lo anterior, es que la prohibición constitucional de doble militancia cubre a aquellos que son, al mismo tiempo, miembros de más de un partido o movimiento político. Es decir, a aquellos que se encuentran formalmente inscritos como integrantes de un partido político o en palabras, más claras: se refiere a personas que militen en forma concurrente en más de una organización política. (...)” (Subrayas y Negrillas de la Sala).

Por su parte, la Corte Constitucional⁸ ha sostenido:

⁶ REYES GONZÁLEZ Guillermo Francisco, El régimen de bancadas y la prohibición de la doble militancia. Editorial Konrad-Adenauer- Stiftung. Bogotá, 2006. Pág. 47.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 7 de septiembre de 2015. M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C - 334 de 4 de junio de 2014. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

“(…) 18.1. La reforma política de 2003 estableció un grupo de instrumentos dirigidos unívocamente hacia el fortalecimiento del Congreso de la República, a través de la imposición de requisitos más estrictos para la conformación de partidos y movimientos políticos, junto a la implementación de herramientas que dieran papel protagónico a esas agremiaciones políticas, en tanto instancias idóneas para el ejercicio de la democracia participativa. Esos requisitos y herramientas no debían comprenderse como reformas constitucionales aisladas sino que, antes bien, conformaban un todo sistémico, dirigido a cumplir con las finalidades previstas por el constituyente derivado, explicadas en el fundamento jurídico 17 de esta decisión. Para la Corte, “los temas concernientes a la regulación de los partidos y movimientos políticos, el sistema electoral y el funcionamiento del Congreso se encuentran íntimamente ligados, y en consecuencia, el examen constitucional del régimen de bancadas no debe perder de vista dichas interdependencias, es decir, la manera como se organizan y funcionan las bancadas parte de comprender la forma como se constituyen, desde sus inicios, las organizaciones políticas, de qué manera eligen sus candidatos, bien sea internamente o por voto preferente, cómo financian sus actividades proselitistas, de qué manera se eligen los integrantes de las Corporaciones Públicas, terminan todas ellas explicando y justificando la forma en que éstos deben reagruparse, y la disciplina interna que deben conservar, para efectos de racionalizar el funcionamiento de aquéllas.”⁹

(…)

4.3.3. El artículo 2 de la Ley 1475 de 2011, como se acaba de ver, tiene varias reglas legales estatutarias y una excepción relevantes para el caso sub examine. A partir de estas reglas es posible advertir, de manera especial, que (i) existe un criterio objetivo para establecer la militancia a un partido o movimiento político y, por ende, para verificar la doble militancia:

(…)

4.3.3.1. El criterio objetivo para establecer la militancia a un partido es “la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos”. (Subraya la Sala).

De la normativa y jurisprudencia citada anteriormente, queda claro que para hablar de militancia de una persona en un partido político, se requiere de su afiliación; así como que, el Consejo Nacional Electoral lleva un registro de los afiliados de grupos o partidos políticos, de acuerdo con la información que para tales fines envían los partidos correspondientes.

Por otra parte, según los hechos de la demanda, en este asunto debe abordarse la prohibición de doble militancia en calidad de apoyo, pues lo que se indica en la demanda es que, el señor Jesús Antonio Alzate Echeverry realizó una serie de actividades, manifestaciones y actos de apoyo al candidato a la alcaldía por el municipio de Filadelfia por el partido de la Unidad Nacional –U - señor William Jairo Noreña, y que dichos actos constituyen la doble militancia política.

El Consejo de Estado¹⁰ en recientes pronunciamientos relacionado con la causal de nulidad de doble militancia en la modalidad de apoyo ha considerado:

⁹ Cfr. Corte Constitucional, C-342/06.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 20 de agosto de 2020. CP. Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio. 11001-03-28-000-2019-00088-00.

“(...) De igual manera resulta absolutamente relevante precisar que la conducta prohibida consiste en apoyar a candidatos diferentes a los inscritos por la agrupación política a la cual pertenecen.

Por ende, para incurrir en esta causal de doble militancia se requiere de una de dos cualidades específicas y además desarrollar una conducta concreta: apoyar.

Al respecto, esta Sala de Decisión ha manifestado:

“[...] no cabe duda que lo que esta modalidad de doble militancia proscribire es la ayuda, asistencia, respaldo o acompañamiento de cualquier forma o en cualquier medida a un candidato distinto al avalado o apoyado por la respectiva organización política”¹¹.

(...)

El desconocimiento de la prohibición legal opera por el hecho de acompañar la aspiración del otro candidato en contra de la lealtad que debe guardar a la colectividad a la que pertenece, sin importar que el favorecido con el respaldo llegue al cargo o a la corporación pública.

En el ámbito del control de los actos electorales, las causales de nulidad establecidas en el ordenamiento jurídico se entienden en forma objetiva, lo cual significa que no atienden a posibles criterios de graduación ni de moderación, según la producción de un resultado, sino que simplemente el análisis busca determinar si la conducta quedó configurada.¹²

Recapitulando, de la lectura de la norma y lo dicho por esta Corporación frente a la casual endilgada al demandado se tiene que el sujeto activo de la misma, es el candidato a un cargo de elección popular unipersonal o colegiado; la conducta reprochada es la de apoyar mediante cualquier manifestación e independientemente de su injerencia en el resultado electoral; el objeto de la misma, son candidatos inscritos por agrupaciones políticas diversas a la que inscribió al candidato cuestionado.” (Subraya la Sala).

Por su parte, el Consejo de Estado¹³ se ha pronunciado con relación a la omisión de respaldar al candidato inscrito por el propio partido en el siguiente sentido:

“(...) La Sala no comparte el argumento expuesto por el actor según el cual la prohibición legal tiene un carácter ambivalente que permite entenderla en diferentes sentidos, al punto de configurar la doble militancia por la omisión del deber de respaldar al candidato inscrito por el propio partido político. Al regular la modalidad específica, el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1475 de 2011 fue clara y expresa al manifestar que la prohibición radica en apoyar a candidatos distintos de los inscritos por el partido al cual se encuentre afiliado quien aspire al cargo o corporación pública. En sus precisos términos, la norma ofrece un sentido concreto y específico sobre la conducta exigida para la ocurrencia de la causal de doble militancia, consistente en el respaldo brindado al aspirante del partido político distinto del cual es integrante una determinada persona. Entonces no resulta procedente extender sus alcances a otras situaciones no contempladas en la norma, diferentes de los actos de apoyo, como la decisión de llevar a cabo actos políticos sin el acompañamiento del candidato del partido, en este caso a la alcaldía, como señaló el actor (...) La Sala tampoco comparte el alcance jurídico amplio y extensivo que el actor busca darle a la prohibición legal para justificar la inclusión del incumplimiento de posibles

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de noviembre veinticuatro (24) de 2016, expediente 52001-23-33-000-2015-00481, M.P. Dr. Alberto Yepes Bareiro.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2018-00032-00. Providencia del 31 de octubre de 2018. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

¹³ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 7 de diciembre de 2016. MP. Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio. Rad. 25000-23-41-000-2015-02347-01

deberes partidistas de acción, como causal de doble militancia por apoyo a candidatos diferentes (...) {La} especial naturaleza que la vincula al ámbito sancionatorio hace que la interpretación de la prohibición tenga alcances restrictivos, que descartan su aplicación a hechos, situaciones y supuestos no incluidos en las normas que regulan la prohibición legal (...) el alegado incumplimiento del deber ordinario de respaldo al candidato del mismo partido no puede tenerse como razón para estructurar la doble militancia que el actor imputó al concejal demandado como integrante del Partido Conservador” (Subraya la Sala)..

5. Del caso en concreto

Se encuentra probado dentro del presente asunto que, el señor Jesús Antonio Alzate Echeverry fue candidato electo al Concejo municipal de Filadelfia por el partido Conservador Colombiano.

También se precisa que, pese a que no existen documentos que den cuenta de quien resultó electo como Alcalde municipal de dicho municipio, ni quien fungió como candidato por el Partido Conservador Colombiano, dentro de los testigos citados se encuentran el señor William Jairo Noreña, quien se identificó como alcalde municipal del municipio de Filadelfia, electo en los comicios del 27 de octubre de 2019, y quien dijo pertenecer y ser electo como candidato del partido de la U; así como obra el testimonio del Coadyuvante, señor Jaime Alberto Gaviria Ramos, quien dijo expresamente bajo gravedad de juramento, que él era el candidato a la alcaldía municipal de Filadelfia por el partido Conservador Colombiano.

Por otra parte, dentro del proceso obran pruebas testimoniales, de las cuales la Sala se permitió transcribir los apartes que no estaban directamente relacionados con la fotografías aportadas, pues gran parte de los testimonios rendidos, fueron para preguntar sobre éstas; y por cuanto a las mismas no se les dará valor probatorio dentro del presente asunto, de los testimonios rendidos se resaltarán para la discusión, todo lo demás, que no tiene relación directa con éstas.

Del testimonio rendido por la señora Ana Teresa Salazar, quien dijo ser la suegra del demandado señor Jesús Antonio Alzate Echeverry, se resalta del mismo que el lugar el cual afirmó ser propietaria, donde funciona un lugar de comercio de panela no se realizaron actividades políticas, y que la publicidad política que se pudo pegar afuera del mismo, fue sin su consentimiento y no supo quien la pegó.

Del testimonio rendido por la señora Ángela Ester Morales Carmona, resalta esta Sala que se afirmó en este que era parte del equipo de trabajo del demandado Jesús Antonio Alzate Echeverry, y que el mismo demandado les dijo que ellos eran libres de votar por quien consideraran, y que cuando en la calle se les indagaba por quién votar a la alcaldía, decían que el demandado no estaba apoyando a ningún candidato.

Así mismo aceptó haber estado presente en el cierre de campaña del señor William Jairo Noreña, siendo ello un evento público, pero que el señor Jesús Antonio Alzate no participó de éste; y acepta que en la casa del demandado se llevó a cabo una reunión con el señor Luis Carlos Velásquez, candidato a la Gobernación de Caldas, actual Gobernador, quien expuso plan de gobierno, pero que el demandado le dejó claro, que escucharlo no implicaba que lo apoyaba.

Del testimonio del señor Rodrigo Andrés Chica Giraldo, advierte esta Sala que su versión es coincidente con la de la testigo citada anteriormente en cuanto a la libertad de apoyo a otros candidatos por parte del demandado, así como que, afirma que el demandado no apoyó a ningún candidato a la alcaldía, y que siempre ha pertenecido al partido Conservador, así como aceptó haber estado en parte del cierre de campaña del señor William Jairo Noreña, la cual se llevó a cabo en plaza pública, donde había gente de todos los partidos y con muchas pancartas, y acepta haber cargado un pendón del demandado. Igualmente acepta que se realizó una reunión con un candidato a la Gobernación de Caldas en la casa del demandado, reunión en la que éste expuso sus ideas, que era como una reunión de amigos.

Del testimonio rendido por el Señor José Alejandro Idárraga Cano, esta Sala resalta que afirma haber colaborado para la campaña del demandado, y que no vio a éste en el cierre de campaña, ni en reunión de quien es el actual alcalde.

Resalta esta Sala la importancia del testimonio rendido por el señor William Jairo Noreña, toda vez que éste afirma ser el actual alcalde municipal de Filadelfia – Caldas por el partido de la U, y es justamente respecto de éste de quien la demandante predica el apoyo del demandado, con el cual se configura a su juicio la doble militancia; el testigo afirma que conoce al demandado como persona que pertenece al partido Conservador hace muchos años, así como que solicitó su apoyo para campaña y le dijo reiteradamente que no era posible por cuanto pertenecían a partidos políticos diferentes, así como por con compartir la filosofía del partido de la U; así como dice no conocer de participación alguna del demandado en otro partido político diferente al Conservador Colombiano.

Con relación al evento de cierre de su campaña, dice que era en un lugar público, al cual asistieron gran cantidad de personas, y que había publicidad de varios partidos políticos; así como acepta que el señor llamado Jesús María Martínez es un concejal del Partido Conservador, y que éste tomó el micrófono en su cierre de campaña, pero no recuerda que dijo, pues habían más de 1.200 personas, ya firma no haber recibido apoyo del partido Conservador Colombiano.

De igual manera resalta la Sala el testimonio rendido por el señor Jaime Alberto Gaviria Ramos, quien obra como coadyuvante dentro del proceso de la referencia, y quien afirma haber sido el candidato por el partido Conservador a la alcaldía de Filadelfia en las pasadas elecciones. En su versión, reitera que no recibió apoyo alguno por parte del demandado señor Jesús Antonio Alzate, y que escuchaba que el demandado apoyaba al candidato William Noreña, que eso le decían las personas; pero cuando se le indaga por su conocimiento directo sobre esas afirmaciones dice no haber escuchado de manera directa tales afirmaciones.

De igual manera hace referencia a dos corrientes existentes del mismo Partido Conservador en el municipio de Filadelfia, así como que un concejal, llamado Jesús Martínez dio un discurso en el cierre de campaña del señor William Noreña, en el cual decía que el partido Conservador apoyaba su candidatura.

Finalmente, el testigo Ancizar Ospina Martínez dice que vivía cerca de una casa donde veía propaganda política del demandado Jesús Antonio Alzate y del señor William Noreña, pero no que no sabe que se hablaba al interior, así como que no le consta que el demandado le hubiera dicho a él o a otra persona que votara por el señor Noreña, ni le consta haberlo visto entrara a la sede que menciona.

Frente a las referencias testimoniales realizadas, y en concordancia con la jurisprudencia y norma citada, esta Sala concluye lo siguiente:

- La demandante refiere que el demandado incurrió en doble militancia política, por el apoyo que dio el demandado al señor William Jairo Noreña, no respecto de ningún candidato a la Gobernación del Departamento de Caldas.
- Pese a que varios testigos que participaron en la campaña electoral del demandado señor Jesús Antonio Alzate aceptan haber estado en el cierre de campaña del señor William Jairo Noreña, incluso hacer apoyado su candidatura a la alcaldía; dicha situación no se puede extender al demandado señor, por cuanto la doble militancia es una causal personal, y solo se puede estudiar respecto del candidato electo en este caso, no respecto de sus amigos, familiares o grupo de trabajo; y menos aún, el hecho de que sus acompañantes apoyaran a un candidato diferente al partido Conservador, hace efectiva la conducta de apoyo a un candidato de otro partido del señor Jesús Alzate, pues éste no puede responder por las actuaciones ni libertades ajenas en tal sentido.
- Ninguno de los testimonios rendidos, afirma haber visto de manera directa al demandado participar en actos de doble militancia política, ni en apoyo a un candidato de partido diferente al Conservador Colombiano.
- El testigo Jaime Alberto Gaviria Ramos, candidato a la alcaldía por el partido

Conservador, es reiterativo al afirmar que no recibió apoyo por parte del demandado en su campaña política, pero este hecho, tampoco hace al demandado incurrir en doble militancia política, tal como lo señaló el Consejo de Estado en sentencia antes citada, pues dicha prohibición legal no puede entenderse por la omisión de respaldar al candidato inscrito por el propio partido político.

Una vez precisado lo anterior, para esta Sala de decisión, de los testimonios rendidos, y de las pruebas que reposan dentro del proceso no resulta posible determinar actos positivos y concretos de apoyo por parte del demandado a un candidato de otro partido político diferente al Conservador Colombiano por el cual estaba avalado, siendo electo concejal del municipio de Filadelfia en las elecciones llevadas a cabo en el mes de octubre del año 2019.

Por otra parte, y de conformidad a la jurisprudencia citada del Consejo de Estado, resulta posible extraer las siguientes conclusiones respecto de la causal de nulidad de doble militancia política:

- La prohibición de doble militancia se concreta en quienes son miembros de más de un partido político.
- El miembro de un partido o movimiento político es aquel ciudadano que de conformidad con sus estatus hace parte formalmente de la organización política.
- La prohibición de doble militancia, cobija a aquellos que son al mismo tiempo, miembros de más de un partido o movimiento político, estando formalmente inscritos como integrantes del mismo.
- La modalidad de doble militancia se reputa de la ayuda, la asistencia, el respaldo o acompañamiento a un candidato distinto al avalado o apoyado por el respectivo partido.

Ahora bien: de conformidad con las pruebas que reposan dentro del proceso, así como en concordancia con las normas que regulan la prohibición de la doble militancia y la jurisprudencia sobre la materia, para la Sala no se encuentra probado que el señor Jesús Antonio Alzate Echeverry hubiere incurrido en la causal de doble militancia, en tanto no encuentra prueba alguna que demuestre de manera evidente e indiscutible el presunto apoyo del demandado al candidato por el partido de la U, señor William Jairo Noreña, por lo que no puede decirse que en este caso se ha presentado la causal de nulidad endilgada, como doble militancia política del demandado, motivos por los cuales, al no prosperar el cargo planteado por el demandante, se negarán las pretensiones de la demanda, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

Por lo expuesto, deberá declararse probada la excepción denominada *“Inexistencia de los fundamentos fácticos señalados por la demandante para la configuración de la figura jurídica de la doble militancia política”* propuesta por el demandado Jesús Antonio Alzate Echeverry, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

6. Costas.

No se condena en costas en el presente asunto, por expresa disposición legal del artículo 188 del CPACA, por ser este un 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: Declárase probada la excepción denominada *“Inexistencia de los fundamentos fácticos señalados por la demandante para la configuración de la figura jurídica de la doble militancia política”* propuesta por el demandado Jesús Antonio Alzate Echeverry, por lo expuesto.

Segundo: Niéganse las pretensiones de la demanda de control electoral interpuesta por la abogada Juanita Duque Carmona contra la elección del concejal del municipio Filadelfia, Caldas, señor Jesús Antonio Alzate Echeverry, por lo considerado en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero: No habrá condena en costas, en armonía con lo considerado en precedencia.

Cuarto: 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.

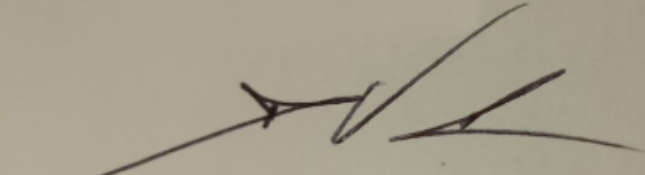
Quinto: Archívese la actuación una vez ejecutoriada esta providencia y hágase el registro correspondiente en el Programa Informático Justicia Siglo XXI.

Discutida y aprobada en la **Sala Segunda de Decisión Ordinaria** realizada en la fecha.

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,

A handwritten signature in black ink, consisting of several large, fluid loops and strokes.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente

A handwritten signature in black ink, featuring a prominent horizontal stroke with a sharp upward hook and several smaller strokes below it.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

A handwritten signature in blue ink, characterized by a large, circular loop at the beginning and several smaller, connected strokes.

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17001-23-33-000-2020-00263-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA

Magistrado Sustanciador: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, seis (6) de NOVIEMBRE de dos mil veinte (2020)

A.S. 104

De conformidad con el artículo 170 del Código de lo Contencioso Administrativo - C/CA, se **CONCEDE** a la parte actora un término de **DIEZ (10) DÍAS** para **CORREGIR** la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** presentada por el señor **RUBIEL MARÍN PATIÑO** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-** en los siguientes aspectos:

1. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 74 del Código General del Proceso, deberá aportar un nuevo poder en el que se indique el objeto del mismo, determinando de manera clara el acto administrativo a demandar.
2. Deberá estimar razonadamente la cuantía, precisando los cálculos efectuados y los valores utilizados para obtener la cifra solicitada, a efectos de determinar la autoridad competente para conocer del proceso. Lo anterior, teniendo en cuenta, además, que al tratarse de una prestación periódica, la estimación se determina por el valor de lo que se pretenda por conceptos de pagos, contados desde que se causaron, hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años (Artículos 152 numeral 2, 157 inciso final y 162 numeral 6 C/CA).
3. Deberá concretar los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda, según lo dispone el numeral 2 del artículo 162 del C/CA, absteniéndose de trasuntar en dicho acápite leyes o jurisprudencia.
4. De conformidad con lo previsto en el artículo 6 inciso 4º del Decreto 806 de 2020, deberá remitir copia de la demanda y de sus anexos, a través de mensaje de datos a la entidad demandada, y acreditar dicho envío ante este Tribunal.

Se advierte que cualquier documento o memorial debe ser enviado únicamente al correo sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co Todo documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large circle followed by stylized cursive letters, likely representing the name Augusto Morales Valencia.

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 161 de fecha 9 de Noviembre de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

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 center.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001-23-33-000-2020-00215-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4 UNITARIA

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, seis (6) de NOVIEMBRE de dos mil veinte (2020)

A.I. 365

Por reunir los requisitos legales, **ADMÍTESE** la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovida por la señora **GLORIA OFELIA GALVIS VALENCIA** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-**.

En consecuencia, para su tramitación se dispone (artículo 171 del C/CA):

1. **NOTIFÍQUESE** personalmente este auto al representante legal de la entidad demandada, conforme lo disponen los artículos 199 de la Ley 1437 de 2011 y 8° del Decreto legislativo 806 de 2020.
2. **NOTIFÍQUESE** este proveído por estado a la parte actora, atendiendo lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 806 de 2020.
3. **NOTIFÍQUESE** este proveído al **Ministerio Público** (art. 171 numeral 2 del C/CA) y a la **Agencia de Defensa Jurídica del Estado** (precepto 612 del C.G.P.).
4. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 806 de 2020, al mensaje de datos se anexará el archivo virtual de la demanda, la corrección y sus anexos. El término de 30 días previsto en el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011 comenzará a correr 2 días después del envío del mensaje de datos de notificación, al tenor de lo dispuesto en el inciso 3° del canon 8 del mismo decreto.

5. **PREVÉNGASE** a la entidad demandada para que según el Parágrafo 1 del artículo 175 de la Ley 1437/11 y dentro del término de traslado de la demanda, allegue el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del mismo precepto, en dicho lapso deberá allegar todas las pruebas que se encuentren en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso.

6. **ADVIÉRTASE** a la accionada que al momento de contestar la demanda deberá efectuar un pronunciamiento expreso y puntual sobre cada uno de los hechos y las pretensiones del libelo demandador, al tenor de lo dispuesto en el artículo 175 num. 2 de la Ley 1437/11.

SE PREVIENE a las partes y demás intervinientes en el proceso, para que al tenor de lo establecido en el artículo 3 inciso 1° del Decreto 806 de 2020, aporten todos sus memoriales a través de mensaje de datos, que deberá ser enviado al correo electrónico “sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co” único medio oficial para la recepción de documentos. **Por ende, cualquier mensaje enviado a otra dirección, no será tomada en cuenta.**

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Augusto Morales Valencia', enclosed within a circular blue ink scribble.

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 161 de fecha 9 de Noviembre de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001-23-33-000-2020-00238-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, seis (06) de NOVIEMBRE de dos mil veinte (2020)

A.I. 363

Procede el Despacho a decidir sobre la admisibilidad de la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** formulada por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** contra el señor **LUIS GUILLERMO GALVIS CORREA**.

ANTECEDENTES

Mediante libelo obrante en 20 folios, pretende la parte demandante se declare la nulidad de la Resolución N° GNR 61769 de 3 de marzo de 2015, con la cual COLPENSIONES reconoció una pensión de invalidez al señor LUIS GUILLERMO GALVIS CORREA; impetra, en consecuencia, se ordene el reintegro de la suma de cincuenta y un millones seiscientos noventa y un mil ciento setenta y tres pesos (\$51'691.173), en virtud de lo pagado por concepto de mesadas, retroactivos y pagos de salud.

Con proveído de 9 de octubre de los corrientes, se ordenó corregir la demanda, en el sentido de estimar de manera razonada la cuantía, de conformidad con lo previsto en los artículos 152 numeral 2, 157 inciso final, y 162 numeral 6 del C/CA.

Obrando dentro del término concedido, la apoderada de la parte actora allegó escrito de corrección, en el cual estimó la cuantía del asunto en la suma de veinticinco millones trescientos cuarenta y siete mil novecientos cincuenta y siete pesos (\$25'347.957).

Por último, el expediente ingresó nuevamente a Despacho el 3 de noviembre último, para decidir sobre la admisión de la demanda.

CONSIDERACIONES

El artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, establece los asuntos en los que los Tribunales Administrativos son competentes para asumir su conocimiento en primera instancia, habiéndose consagrado en su numeral 6 que estas Corporaciones conocen:

“(..).2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.(...)” /Resalta el Tribunal/.

En el sub lite, la parte actora estima la cuantía en la suma de \$25'347.957, suma que no supera el límite de 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes, equivalentes a \$ 43'890.150, que precisa el artículo en mención¹, por lo cual esta Corporación carece de competencia, por el factor cuantía, para conocer del asunto y, en consecuencia, se dispondrá remitir el expediente a la Oficina Judicial para su reparto entre los juzgados administrativos de esta ciudad.

Por lo expuesto,

RESUELVE

DECLÁRASE la falta de competencia de este Tribunal, por el factor de la cuantía, para conocer en primera instancia de la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** formulada por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** contra el señor **LUIS GUILLERMO GALVIS CORREA**.

¹ El salario mínimo para el 2020 equivale a \$ 877.803 en virtud del Decreto N° 2360 de 2019.

En consecuencia, **REMÍTASE** el expediente a la Oficina Judicial para su reparto entre los juzgados administrativos de esta ciudad.

HÁGANSE las anotaciones que sean del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 161 de fecha 9 de Noviembre de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001-23-33-000-2020-00275-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA

Magistrado Sustanciador: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, seis (6) de NOVIEMBRE de dos mil veinte (2020)

A.S. 103

De conformidad con el artículo 170 del Código de lo Contencioso Administrativo - C/CA, se **CONCEDE** a la parte actora un término de **DIEZ (10) DÍAS** para **CORREGIR** la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** presentada por la señora **KARLA MONTEALEGRE FLÓREZ** contra el **E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** en los siguientes aspectos:

1. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 74 del Código General del Proceso, deberá aportar un nuevo poder en el que se indique el objeto del mismo, determinando de manera clara el acto administrativo a demandar.
2. Deberá estimar razonadamente la cuantía, precisando los cálculos efectuados y los valores utilizados para obtener la cifra solicitada, a efectos de determinar la autoridad competente para conocer del presente asunto, de conformidad con los artículos 157 y 162 numeral 6 del C/CA.
3. Deberá aportar copia de la Historia Clínica de la señora Karla Montealegre Flórez, la cual se pretende hacer valer como prueba, pero la misma no reposa en los documentos aportados con el escrito de la demanda. Así mismo, deberá aportar copia **legible** de la Circular Interna N° 013 de 2019 (numeral 2, artículo 166 C/CA).
4. De conformidad con lo previsto en el artículo 6 inciso 4° del Decreto 806 de 2020, deberá remitir copia de la demanda y de sus anexos, a través de mensaje de datos a la entidad demandada, y acreditar dicho envío ante este Tribunal.

Se advierte que cualquier documento o memorial debe ser enviado **únicamente al correo** [“sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co”](mailto:sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co) **Todo**

documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 161 de fecha 9 de Noviembre de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

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 center.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARON VIVAS
Sentencia No. 346

Manizales, seis (6) de noviembre del año dos mil veinte (2020).

Radicado	17001-33-33-001-2015-00020-02
Medio De Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	Edwin Alberto Ramírez Forero
Demandado	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Se dicta sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo que accedió a las pretensiones del demandante.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare la nulidad de la Resolución 0818 de 28 de julio de 2014 por la cual se declara insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 20 a partir del 31 de julio de 2014, así como de la Resolución 958 del 01 de septiembre de 2014 por medio de la cual se decide el recurso de reposición propuesto contra la resolución anterior.

Que a título de restablecimiento se ordene el reintegro del demandante al cargo que ocupaba o a otro de superior categoría y se condene a la demandada al pago de: salarios, primas, bonificaciones, vacaciones, reajustes o aumentos del salario, subsidio de alimentación, prestaciones sociales, cesantías y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de desvinculación hasta que se produzca el reintegro.

1.2. Fundamento factico

Se señala que, el municipio de La Dorada por medio de la Resolución 1293 del 1 de junio de 2012, nombró al demandante en provisionalidad como Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 20, el cual tomó posesión del cargo mediante Acta 134 de la misma calenda. Que a través de oficio D.P. 218 del 9 de enero de 2014, suscrito por la Directora Administrativa - División de Personal de la Alcaldía de La Dorada, le fue comunicado al demandante, su traslado de la División de Contabilidad a la Comisaría de Familia, aduciendo necesidades del servicio.

Por medio de la Resolución 818 del 28 de julio de 2014, fue declarado insubsistente del cargo, decisión confirmada a través de la Resolución 958 del 1 de septiembre de 2014.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Invocó como vulnerados los artículos 29, 53 y 152 constitucionales; los artículos 8 y 10 del Decreto 1227 de 2005; 3, 20, 21 del Decreto 785 de 2005 y la Ley 909 de 2004. Señaló

que el acto mediante el cual se desvinculó al actor reviste de falsa y/o carencia de motivación porque viola de manera directa la Ley 909 de 2004 y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, según las cuales los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad tienen una estabilidad laboral intermedia por lo cual el acto que los desvincula debe ser motivado, de lo contrario se desconoce la garantía del debido proceso.

Que la resolución de insubsistencia no indicó el fundamento legal y se produjo con base en la discrecionalidad del alcalde; que tampoco expuso la situación fáctica que haga presumir el motivo, por lo que vulneró el debido proceso y la prerrogativa de que la declaratoria de insubsistencia de empleados en provisionalidad debe realizarse con motivación del acto. Además, respecto a la resolución que decidió el recurso de reposición mencionó que para justificar la situación se dijo que la declaratoria de insubsistencia estaba supeditada a la mejora del servicio.

Adujo además que, se presentó desviación de poder por cuanto los verdaderos motivos para la declaratoria de insubsistencia están relacionados con asuntos de orden personal como quiera que el demandante se identificó con la labor social de la concejal Derly Mora Barrios, quien ejerce control político al alcalde.

2. Contestación a la demanda

La parte accionada se opuso a las pretensiones del demandante y en cuanto a los hechos aceptó como ciertos los referentes al nombramiento y posesión del demandante, su traslado a la Comisaría de Familia, la declaratoria de insubsistencia y la decisión del recurso de reposición.

Precisó que, el 14 de mayo de 2014 la señora Marlene Rueda Ramírez, auxiliar administrativa Código 407 grado 16, solicitó al alcalde fuera tenida en cuenta para encargarla del cargo auxiliar administrativo Código 407 Grado 20 en razón a que quien ostentaba dicho cargo gozaría de pensión de vejez, por lo cual iba a quedar vacante. Igualmente, la señora Mary León Medina, auxiliar administrativa Código 407 grado 11, el 10 de junio de 2014 solicitó al alcalde se diera cumplimiento al artículo 24 de la Ley 909 de 2004, por considerar que cumplía con los requisitos para desarrollar las funciones del cargo de auxiliar administrativo Código 407 Grado 20.

Que al existir funcionarias con derecho preferencial de carrera administrativa y que cumplían con el perfil requerido, para el mes de abril de 2014 empezaron las adecuaciones físicas del Centro de Convivencia Ciudadana motivo por el cual el demandante fue ubicado en la Comisaría del Centro donde perdió su funcionalidad.

Destacó que, los actos demandados contienen la motivación que exigía el acto y se basa en la normatividad que concede derecho preferencial a los funcionarios de carrera administrativa; que a la funcionaria a la cual se otorgó el derecho preferencial fue a la señora Mary Shirley León Medina quien con ocasión del concurso de méritos realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, fue posesionada en periodo de prueba el 30 de abril de 2012 y fue inscrita en carrera administrativa; que revisará su historial laboral se puede verificar que es tecnóloga en sistemas informáticos, técnico en secretariado asistente de gerencia, entre otros y lleva trabajando en el municipio 13 años y 11 meses.

Con fundamento en lo expuesto, propuso las excepciones de:

"Inexistencia de la obligación" basado en que la decisión del ente territorial se funda en el mejoramiento del servicio y con la finalidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en

el artículo 24 de la Ley 909 para otorgar derechos preferenciales a un funcionario de carrera administrativa, por lo que no existe obligación alguna en mantener en su planta de cargos a un funcionario que se encuentra en provisionalidad.

“Buena fe” fundado en que el municipio siempre habrá obrado con el convencimiento de que las condiciones fácticas indispensables para el reintegro no se cumplen, ya que existen funcionarios de carrera administrativa con derecho a ocupar los cargos vacantes o en provisionalidad.

“Cobro de lo no debido” por cuanto el demandante se encontraba vinculado en provisional y podría declararse insubsistente y no estaba amparado por algún fuero de estabilidad relativa, situación que ostentaba la persona que fue designada en el cargo que desempeñaba el demandante al momento de su desvinculación.

Que además el pago de salarios, primas, bonificaciones sociales, cesantías y demás emolumentos que dejó de percibir el demandante, no pueden ser asumidos por la entidad territorial demanda por no darse los requisitos fácticos ilegales para prosperar la demanda.

3. Fallo de primera instancia

El *a quo* accedió a las pretensiones del demandante, por lo que declaró no prosperas las excepciones formuladas por el municipio, declaró la nulidad de los actos demandados y a título de restablecimiento del derecho ordenó al municipio de La Dorada - Caldas reintegrar al demandante, al cargo que ocupaba al momento del retiro o a otro de igual o superior categoría, salvo que en la actualidad esté provisto como resultado de un concurso de méritos.

Así mismo dispuso condenar al municipio a pagar *“todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el señor EDWIN ALBERTO RAMÍREZ FORERO desde el momento del retiro hasta la designación por concurso del respectivo cargo, a menos, que el cargo aún permaneciera ocupado por personal provisional, en cuyo caso tendrá derecho al pago de dichos emolumentos hasta que se haga efectivo el reintegro”*.

Precisó además que, *“Se advierte que no habrá lugar a realizar los descuentos de las sumas de dinero que hubiere recibido el demandante en el evento de que durante su desvinculación con el MUNICIPIO DE LA DORADA - CALDAS haya celebrado otra u otras vinculaciones laborales con entidades del Estado”*. Además, declaró que *“no existe solución de continuidad, para todos los efectos, por virtud del lapso comprendido entre el retiro y el reintegro”* y por último condenó en costas al municipio demandado.

Para fundamentar la decisión, luego de analizar los hechos acreditados y hacer referencia al marco normativo y jurisprudencial sobre la motivación de los actos administrativos que declaran la terminación de un nombramiento en provisionalidad en vigencia de la Ley 909 de 2004 sostuvo que en el caso concreto los motivos expuestos, son de aquellos que la Corte Constitucional en las providencias antes referenciadas señala que constituyen razones no válidas para desvincular a un funcionario provisional.

Que igual sucede con la Resolución 0958 de 1 de septiembre de 2014 mediante la cual se decide el recurso de reposición confirmando la decisión anterior; que no se explica el Juzgado porque si la razón de la declaratoria de insubsistencia era el mejoramiento del servicio, dicho motivo no se invoca en la primera resolución, en la que únicamente se hace alusión a la facultad discrecional y la no inscripción del actor en carrera

administrativa y su no participación en concurso de méritos, sin mencionar dicha causal, y sólo ahora se dice que intrínsecamente era lo pretendido.

En cuanto al mejoramiento del servicio, señala que dicha causal debe probarse, ya sea con una calificación insatisfactoria atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto, o con otra clase de medios convicción que den lugar a que la prestación del servicio debe mejorar, por lo que es necesario la desvinculación del demandante; sin embargo, no obra en el expediente prueba alguna que demuestre lo imperioso de la desvinculación.

Que además, en el cargo de Auxiliar Administrativo, Grado 20, Código 407 de la Planta Globalizada de la Alcaldía Municipal de la Dorada - Caldas, no se demostró que fue provisto mediante concurso por la señora Mary Shirley León Medina, ni por otra persona.

En consecuencia, concluyó que, se encuentra probada la falsa motivación del acto de desvinculación del actor por ausencia de una razón suficiente, siendo desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, al ser evidente la falsedad de la razón en que se fundamentó la administración para prescindir de los servicios del demandante.

4. Recurso de apelación

La parte demandada solicita se revoque la decisión adoptada por el juzgado de conocimiento en primera instancia, en razón a que el acto administrativo demandado, fundó su parte motiva en los principios de publicidad, mejora del servicio, la función administrativa, debido proceso y respeto y guarda de los funcionarios que superan el concurso de mérito.

Señaló que, las normas invocadas por el demandante no le fueron vulneradas, en tanto su estabilidad dependía de una condición resolutoria, la cual se cumplió al momento de ocuparse el cargo en propiedad. Aunado a lo anterior, la propia Constitución en el artículo 123 manifiesta que la regla general es que los empleados públicos son de carrera administrativa y que tal norma en su interpretación brinda un carácter preferente sobre los demás empleos.

Que la anterior situación jurídica funge como pilar fundamental para preferir a aquellos funcionarios que cumplan con la norma en cita, los cuales desplazan a los que laboran en provisionalidad; en ese sentido, al momento de proferirse el acto administrativo hoy acusado, el cargo de Asesor, Código 407 Grado 20 que venía desempeñando el demandante, fue sometido a concurso de méritos en 2005 y posterior a un sin número de reclamaciones administrativas y judiciales se nombró en propiedad a la señora Mary Shirley León Medina, la cual había superado ampliamente los requisitos.

Aduce que, lo anterior se concatena con lo motivado en la resolución de declaratoria de insubsistencia y su recurso confirmatorio, pues en aquella motivación se hizo énfasis en que el demandante no pertenecía a carrera administrativa y tampoco había presentado el concurso de méritos.

En cuanto a la motivación del acto administrativo, considera que es suficiente con haber expedido el acto de cara a la función administrativa, el deber de contar con los mejores funcionarios para la respuesta de los fines esenciales del Estado los cuales no necesariamente deben estar consignados expresamente en literalidad, además de ello,

se dio prioridad a las solicitudes de los que ganaron el concurso de méritos y finalmente se propendió por la mejora en el servicio.

Aduce que, a lo largo del proceso quedó demostrado que el señor Edwin Alberto Ramírez se desempeñaba como auxiliar administrativo, en calidad de Tecnólogo en finanzas y como asistentes a cursos de actualización; también quedó demostrado mediante oficio DP 218-230-2014 expedido por la Directora Admirativo de la División personal, el 08 de julio de 2014, que se hace referencia a la solicitud de derecho preferencial, allegado por Shirley León Medina y Marlene Rueda Ramírez, las anterior solicitud se hace para los códigos 407 grado 20 en donde se encontraba en provisionalidad el señor Ramírez Forero.

Señala que le causa extrañeza que el despacho manifieste que no se logró demostrar la mejoría del servicio, cuando se aportó la hoja de vida del demandante y de la señora Mary Shirley León, de las cuales se logra inferir que esta presentaba mejor situación académica y de experiencia laboral, con el título de técnico en Secretariado Asistente de Gerencia, y asistencia a diversos seminarios y cursos, ello propio para las funciones exigidas en el cargo denominado 407 grado 20.

Que en cuanto al recurso de reposición, suficientemente se le motivó fáctica y jurídicamente la explicación de la toma de decisión administrativa al reclamante, sobre la declaratoria de la insubsistencia, entre otras cosas por la solicitud realizada por los que superaron los requisitos para suplir los cargos en propiedad.

Concluye que, se está frente a dos actos administrativos que tuvieron motivación en su creación y cumplimiento en situaciones amparadas en la función administrativa, la mejora del servicio y derechos de los funcionarios que habían superado y solicitado el nombramiento para el cargo que desempeñaba en provisionalidad el hoy demandante.

Agrega que, los servidores en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que solo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

Por último, afirma que se ratifica en todas las excepciones merito propuestas y las de oficio que pueda advertir el despacho judicial.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

De conformidad con los argumentos planteados en los recursos de apelación corresponde a la Sala establecer *¿si los actos administrativos que declararon insubsistente el nombramiento provisional del demandante son nulos por incurrir en falsa motivación?*

2. Tesis del Tribunal

Los actos administrativos que declararon insubsistente el nombramiento provisional del demandante son nulos por incurrir en falsa motivación, por cuanto si bien desde el

punto de vista formal cumplen con lo expresado por la Ley 909 de 2004, en el sentido de que la decisión sea motivada, los motivos allí expuestos, no constituyen razones válidas para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad.

Para fundamentar lo expuesto, se analizarán: i) los hechos probados; ii) el marco normativo y jurisprudencial sobre la motivación del acto de desvinculación de los empleados nombrados en provisionalidad y iii) el caso concreto.

2.1. Lo probado

- De acuerdo con la Resolución 1293 de junio 01 de 2012 y el acta de posesión 134 de la misma fecha, el señor Edwin Alberto Ramírez Forero fue nombrado y posesionado en provisionalidad en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 20 de la planta de personal de la Alcaldía Municipal de La Dorada - Caldas. (fl. 22 y 23 C.1)
- Con oficio D.P. 218 del 09 de enero del 2014 el demandante fue reubicado en el mismo cargo, por necesidades del servicio en la Comisaria de Familia. (fl. 24 C.1)
- Con Resolución 0818 de julio 28 de 2014 el Alcalde del municipio de La Dorada Caldas, declaró insubsistente el nombramiento del demandante. (fls. 5-6 C.1)
- El demandante interpuesto recurso de reposición contra la referida resolución, (fls. 14 a 17 C.1); siendo decidido con Resolución 0958 del 01 de septiembre de 2014 que confirmó la resolución recurrida. (fls. 18 a 21 C.1)
- Mediante Resolución 1117 del 03 de octubre de 2014, se **encargó** por el periodo comprendido entre el 03 de octubre de 2014 al 02 de abril del 2015 para ocupar el empleo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 20, a la señora Mary Shirley León Medina. (fl. 35 a 38 C2)

2.2. Marco normativo y jurisprudencial

2.2.1. Sobre el deber de motivación del acto de desvinculación de un empleado designado en provisionalidad

Se encuentra probado dentro del proceso que el señor Edwin Alberto Ramírez Forero, desempeñaba un cargo de carrera en provisionalidad, asunto que no es objeto de discusión en el proceso.

Aunque la parte demandada afirma en el recurso de apelación que los empleados nombrados en provisionalidad no gozan de los mismos derechos que los empleados nombrados en propiedad en virtud de la carrera administrativa lo cual si bien es cierto, sí debe advertirse que cuando la desvinculación de un empleado designado en provisionalidad se produce después de la expedición de la Ley 909 de 2004 y del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la misma, se exige la motivación del acto administrativo.

Al respecto el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B en providencia del 18 de marzo de 2015, radicación 25000-23-25-000-2006-02680-02(2698-11) explicó:

“El 23 de septiembre de 2010, con ponencia de este Despacho, la misma Sala Plena de la Sección Segunda, precisó en el radicado interno: 0883-2008, Actor: María Stella Albornoz Miranda, el alcance de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, respecto del acto de retiro de los provisionales así:

...

*“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**¹, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*

*La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, **que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado**”.*

La Corte Constitucional por su parte desde hace más de una década ha sostenido en innumerables tutelas y en sentencias de unificación² de esta acción, así como en decisiones de constitucionalidad, que los actos de retiro de todos los servidores públicos con excepción de los de libre nombramiento y remoción deben ser motivados para diferenciar lo arbitrario de lo discrecional y porque “...el derecho a la motivación de los actos administrativos no existe por la pertenencia a un cargo de carrera sino por el hecho de no haber sido excluidos de ese deber por el Legislador. Además, ello es una garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso -predicable tanto de actuaciones judiciales como administrativas-, del respeto al Estado de derecho, del principio democrático y del principio de publicidad como canales para controlar los eventuales exceso de la Administración, entre otros preceptos constitucionales³. (Se resalta)

En este caso la vinculación y el retiro del demandante se dieron luego de haberse emitido la Ley 909 de 2004, y es por ello que no se comparte el argumento de la entidad accionada, pues nada tiene que ver el fuero de estabilidad de los funcionarios de carrera con la obligación legal de motivar un acto administrativo que desvincula un servidor público nombrado en provisionalidad, caso en el cual el nominador sí debe justificar la decisión en torno al por qué va a retirar del servicio a un servidor que ocupó mediante esta forma de provisión de empleos un cargo de carrera administrativa.

2.2.2. Sobre el contenido de la motivación del acto de desvinculación

¹ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

² SU-250/98; SU-917/10, entre otras.

³ SU-917/10.

La Corte Constitucional en la sentencia SU 917 de 2010 indicó que, el acto no sólo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción y demanda la nulidad del acto, así:

“El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”.

*En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque **argumentos puntuales** como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”⁴. (Se resalta)*

De manera ilustrativa la Corte en el pronunciamiento unificador aludido indicó:

*“Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, **deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados**”. (Se resalta)*

En conclusión, dejó sentado el máximo Tribunal Constitucional que las referencias genéricas acerca del nombramiento provisional, la invocación de la facultad discrecional o la cita de información, doctrina y jurisprudencia que no se relacionen directa e inmediatamente con el caso particular, no constituyen razones válidas para la desvinculación de un funcionario provisional.

A partir del anterior criterio, el Consejo de Estado⁵ ha accedido a las pretensiones tendientes a dejar sin efectos sentencias que desconocen el imperativo normativo y jurisprudencial de la motivación del acto de insubsistencia de un provisional, o incluso,

⁴ Sentencia SU 917 de 2010.

⁵ Sección Segunda – Subsección “A”. Sentencia de 12 de abril de 2012, Radicación No. 11001-03-15-000-2012-00378-00, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

cuando existiendo motivación, esta corresponda a razones que no sean constatables empíricamente.

Así por ejemplo, en sentencia de 23 de octubre de 2012⁶ respecto del contenido de la motivación del acto que declara insubsistente un nombramiento en provisionalidad señaló: *“Frente el contenido de la motivación correspondiente, debe entenderse que esta no puede ser arbitraria y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto”*.

2.3. Análisis del caso concreto

Del contenido de la Resolución 0818 de julio 28 de 2014 se evidencia que las razones que soportaron la decisión de retiro del demandante fueron:

“Que el actor no ha participado en ningún concurso de méritos; ni se encuentra amparado por algún fuero que le brinde estabilidad laboral; por consiguiente, puede efectuarse la terminación del nombramiento provisional sin previas condiciones o requisitos.

Que la provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, pero tal modalidad no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeña.

*Que el Consejo de Estado ha sostenido que, si bien es cierto la clasificación de los cargos de carrera administrativa obedece a un criterio técnico que difiere de la naturaleza directiva y en ocasiones política de los cargos de libre nombramiento y remoción, **la facultad discrecional se impone** al efectuar los nombramientos provisionales, en cuanto que la transitoriedad de la designación, mientras se realiza el proceso selectivo, faculta a la administración para efectuar el nombramiento provisional, actuación administrativa en la que la discrecionalidad es el marco rector.*

Que hay que resaltar que quien ejerce un cargo en provisionalidad no pretende que le sean aplicables los derechos de carrera, pues es evidente que no puede gozar de tales beneficios, razón por la cual no dispone de estabilidad laboral propia de los derechos de carrera”. (fls. 5-6 C.1). (Se resalta)

Ahora bien, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado antes citado, quedo claro que, es una obligación legal motivar el acto administrativo que desvincula a un servidor público nombrado en provisionalidad, pero además, es forzoso que dicha motivación explique de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario:

“...de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado”.

*“En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque **argumentos puntuales** como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones*

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A, Sección Segunda, sentencia de 23 de octubre de 2012, C.P Luis Rafael Vergara Quintero, radicación número: 11001-03-15-000-2012-00671-01.

disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”⁷.

Analizada la motivación contenida en los actos que declaran insubsistente el nombramiento en provisionalidad del demandante, se observa que en ellos se invoca, la facultad discrecional que ostenta el Alcalde, que el demandante no pertenece a la carrera administrativa y que no hubiera participado en concurso de méritos.

De conformidad con la jurisprudencia citada, dichos argumentos no son constitucionalmente admisibles para dar por terminado un nombramiento en provisionalidad, pues, ni hacen referencia a la provisión definitiva del cargo por haberse realizado concurso de méritos o alguna sanción disciplinaria o a alguna otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

Ahora bien, en la Resolución 0958 de 01 de septiembre de 2014, por medio de la cual se decide el recurso de reposición formulado por el demandante contra el acto que ordenó su desvinculación, el municipio agrega que el fundamento de la decisión radica en el mejoramiento del servicio, en efecto allí se indica:

“Conforme a los argumentos citados, que fueron analizados minuciosamente dentro del acto impugnado, pueden resumirse o condensarse en el concepto de mejorar el servicio público que se presta por parte de la entidad, objetivo que no se podría lograr de continuar el afectado en el cargo; el municipio de La Dorada Caldas, mediante la resolución 0818 de 28 de julio de 2014, pretende intrínsecamente mejorar el servicio, razón por la cual se justifica junto con otras razones la necesidad de terminar le vínculo con el recurrente...”

No obstante lo anterior, no se indican las circunstancias particulares y concretas que soportan dicha afirmación, lo que impide afirmar que la prestación del servicio debe mejorar por lo que es necesario la desvinculación del demandante.

Por lo tanto, se concluye que la razón de *mejoramiento del servicio*, en la forma en que está expuesta en los actos demandados, resulta ser una simple justificación indefinida, general y abstracta.

Lo anterior significa que, desde el punto de vista formal la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en provisionalidad del demandante cumple con lo expresado por la Ley 909 de 2004, en el sentido de que la decisión es motivada; sin embargo, los motivos allí expuestos, no constituyen razones válidas para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad.

Ahora bien, el municipio en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación señala que, al momento de proferirse el acto administrativo hoy acusado, el cargo de Asesor código 407 grado 20 que venía desempeñando el demandante, fue sometido a concurso de méritos en el 2005 y posterior a un sin número de reclamaciones administrativas y judiciales se nombró en propiedad a la señora Mary Shirley León Medina, la cual había superado ampliamente los requisitos; que además, la mejoría del servicio se encuentra acreditada cuando se aportó la hoja de vida del demandante y de la señora Mary Shirley León.

Al respecto debe precisarse que, además que dichas razones no fueron expuestas en los actos administrativos demandados, en el proceso no se encuentra acreditado que se

⁷ Sentencia SU 917 de 2010.

haya nombrado en propiedad a la señora Mary Shirley León Medina el cargo de Asesor código 407 grado 20 que venía desempeñando el demandante.

En efecto, de acuerdo con la Resolución 1117 del 03 de octubre de 2014, se **encargó** por el periodo comprendido entre el 03 de octubre de 2014 al 02 de abril del 2015 para ocupar el empleo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 20, a la señora Mary Shirley León Medina (fl. 35 a 38 C2).

Sobre el encargo, la Ley 909 de 2004 señala:

***Artículo 24. Encargo.** Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.*

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

***Parágrafo 1º.** Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posterioridad a la vigencia de esta ley.*

***Parágrafo 2º.** Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nominador o en quien este haya delegado, informará la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servido Civil a través del medio que esta indique.*

De acuerdo con la norma, los empleados de carrera tienen derecho a ser encargados en cargos de carrera, mientras se surte el proceso de selección, por lo tanto, el encargo no puede asimilarse a un nombramiento en propiedad y tampoco puede entenderse que la norma permita declarar insubsistentes a quienes se encuentran en provisionalidad ejerciendo dichos empleos de carrera para proveerlos en encargo.

Además, de conformidad con el artículo 9º del Decreto Reglamentario 1227 de 2005, el nombramiento en provisionalidad se prolonga hasta tanto se pueda llevar a cabo el concurso de méritos respectivo o por el término que duren las situaciones administrativas que lo originen, esto es, que no podrán ser removidos de sus empleos mientras i) no sean sujetos de una sanción disciplinaria o ii) se provea el cargo respectivo a través de concurso y iii) la desvinculación se produzca mediante un acto motivado.

Por lo tanto, estando vacante el cargo ocupado por el actor en provisionalidad, no podía desvincularse del empleo, mientras el mismo no hubiera sido provisto mediante concurso, y mucho menos con la única finalidad de **encargar** del mismo a un empleado de carrera, así este contara con mejor formación académica y mayor experiencia.

Por lo anterior es claro que, no se demostró que el cargo de Auxiliar Administrativo, Grado 20, Código 407 de la Planta Globalizada de la Alcaldía Municipal de La Dorada - Caldas, fue provisto mediante concurso o en propiedad por la señora Mary Shirley León Medina, ni por otra persona.

2.4. Conclusión

Se encuentra acreditada la falsa⁸ motivación en que incurrió la administración al proferir la Resolución 0818 de Julio 28 de 2014, que terminó el nombramiento en provisionalidad del actor y la Resolución 0958 de 1º de septiembre de 2014 mediante la cual se decidió el recurso de reposición, tal como lo afirmó el *a quo*, lo que trae como consecuencia que se confirme en este aspecto la sentencia recurrida.

3. En cuanto al restablecimiento del derecho

Aunque en el recurso de apelación no se formuló argumento alguno referente a que el restablecimiento del derecho se hubiera ordenado de manera errada, sí se solicitó que se negarán pretensiones, por lo que se revisará este aspecto de la sentencia.

Sobre este deber, el Consejo de Estado en sentencia del 27 de enero de 2016⁹, señaló que, la competencia del juez de segunda instancia comprende los temas implícitos en aquellos aspectos que el recurrente propone en su escrito de apelación y que están comprendidos dentro de lo apelado, esto es, son consustanciales.

Este criterio fue ratificado por la Sección en pleno, en sentencia del 6 de abril de 2018¹⁰ en el siguiente sentido: *“si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único”*.

Así, en materia de restablecimiento del derecho que debe reconocerse al desvinculado, la Corte Constitucional en la sentencia de unificación de tutela SU-554 de 2014, reiteradas en las sentencias SU-053 y SU-054 de 2015, estableció que las órdenes que se deben adoptar en casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera son:

⁸ *“Sobre el asunto, desde hace varios años esta Corporación ha manifestado que para que haya lugar a la declaración de falsa motivación «es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la decisión tomada”* / CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “A”. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá D.C., dos (2) de diciembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00169-00(0730-12)

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 76001-23-31-000-2001-02770-02 (33.442). Actor: Dumer Palechor Zúñiga y otros. Demandado: Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicación: 05001 2331 000 2001 03068 01. Expediente: 46005. Actor: Darío de Jesús Santamaría Lora y otros. Demandado: Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional.

- (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso¹¹, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y,
- (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis meses ni pueda exceder de veinticuatro meses de salario, en atención a evitar un pago excesivo y desproporcionado en relación con el verdadero daño sufrido a causa de la desvinculación.

En sentencia SU- 354 de 2017 la Corte Constitucional reiteró su línea uniforme, según la cual se deben descontar de la condena impuestas al Estado las sumas que se hubieren devengado desde el momento de la desvinculación hasta el reintegro efectivo, así:

“En definitiva, este Tribunal asume para el caso de los provisionales que ocupan cargos de carrera y que son desvinculados sin motivación alguna, que el pago de los salarios dejados de percibir, desde que se produce su desvinculación hasta el momento en que sus derechos son reconocidos judicialmente, es una indemnización excesiva a la luz de la Constitución Política y la ley, que podía dar lugar a un enriquecimiento sin justa causa porque: (i) el servidor público se encontraba en una modalidad de vinculación temporal, lo que inhibe que a la persona se le genere una expectativa de permanencia indefinida; (ii) en la persona radica la responsabilidad de su propio sostenimiento, por lo que al haber sido declarada insubsistente, debe asumir la carga adelantando las acciones necesarias para recuperar su autonomía y generar sus propios ingresos.

Es por lo anterior que la fórmula aplicable al caso de quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad y son desvinculados sin motivación, es la de disponer que su reintegro se realice sin solución de continuidad, con el correspondiente pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir, por lo que se debe descontar todo lo que durante el periodo de desvinculación haya percibido como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente.

...

*Ahora bien, el precedente que ahora se aplica sostiene que con el propósito de que la reparación corresponda al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, la indemnización a ser reconocida **no puede ser inferior a los seis meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.**” (Se resalta)*

En el caso en la sentencia recurrida, se condenó al municipio a pagar *todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el señor EDWIN ALBERTO RAMÍREZ FORERO desde el momento del retiro hasta la designación por concurso del respectivo cargo, a menos, que el cargo aún permaneciera ocupado por personal provisional, en cuyo caso tendrá derecho al pago de dichos emolumentos hasta que se haga efectivo el reintegro,*” además se indicó que *“no habrá lugar a realizar los descuentos de las sumas de dinero que hubiere recibido el demandante en el evento de que durante su desvinculación con el MUNICIPIO DE LA*

¹¹ En la medida en que dicho acontecimiento marca la fecha cierta hasta la cual quién estaba en provisionalidad podía alentar una expectativa de permanecer en el cargo.

DORADA - CALDAS haya celebrado otra u otras vinculaciones laborales con entidades del Estado”.

Es decir, en la condena impuesta en la sentencia no se tuvo en cuenta el criterio jurisprudencial unificado sentado por la Corte Constitucional, pues ni se limitó la condena en cuanto al tiempo, ni se ordenó descontar las sumas que, por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor mientras estuvo desvinculada del cargo.

Por lo tanto, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales citados, se modificará el ordinal **cuarto** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, para ordenar al municipio descontar las sumas que, por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor mientras estuvo desvinculada del cargo, **sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.**

4. Conclusiones

Al haberse probado la falsa motivación en que incurrió la administración al proferir la Resolución 0818 de Julio 28 de 2014, que terminó el nombramiento en provisionalidad del actor y la Resolución 0958 de 1º de septiembre de 2014 mediante la cual se decidió el recurso de reposición, se confirmará la sentencia de primera instancia, sin embargo, en cuanto al restablecimiento del derecho, se modificará el ordinal cuarto de la parte resolutive, en el sentido indicado.

5. Costas

No se condenará en costas de segunda instancia a la demandada, en atención a que no se observa actuación en segunda instancia por la parte demandante.

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales el 18 de noviembre de 2019 en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Jorge Vargas Álvarez** contra la **Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional**, el cual quedará así:

CUARTO. - CONDENAR al Municipio de **LA DORADA - CALDAS**, a pagar todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el señor **EDWIN ALBERTO RAMÍREZ FORERO** desde el momento del retiro hasta la designación por concurso del respectivo cargo, a menos, que el cargo aún permaneciera ocupado por personal provisional, en cuyo caso tendrá derecho al pago de dichos emolumentos hasta que se haga efectivo el reintegro.

Las sumas por pagar se actualizarán de conformidad con la siguiente formula:

$$R = RH \cdot \frac{I \text{ Final}}{I \text{ Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de salarios y

prestaciones sociales desde la fecha de su desvinculación, 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 a la fecha de pago de cada mensualidad, teniendo en cuenta los aumentos salariales producidos o decretados durante dicho periodo.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Así mismo se advierte que, el municipio descontará las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor mientras estuvo desvinculado del cargo, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, de conformidad con los lineamientos jurisprudencial de unificación esbozados en la parte considerativa de esta providencia.

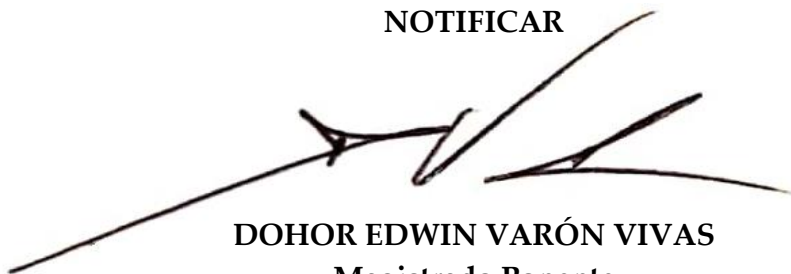
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, 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. 049 de 2020.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 344

Manizales, seis (6) noviembre de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-23-33-000-2016-00326-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Ofir Hidalgo Londoño
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

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

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita, se declare la nulidad de la Resolución RDP 013299 del 07 de abril de 2015 que negó el reconocimiento de la pensión de jubilación a la demandante y la Resolución RDP 028116 del 10 de julio de 2015 que resolvió el recurso de apelación.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la UGPP a que se haga la conversión, reliquide, reconozca y pague la reliquidación pensional, conforme a lo establecido por la Ley 33 de 1985 y teniendo en cuenta de incluir en el 75% todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Que se reconozca por parte de la UGPP, las sumas de dinero dejadas de percibir, equivalentes a la diferencia entre lo efectivamente recibido por la *pensión anticipada por hijo inválido* y lo que realmente corresponda al reliquidarse la pensión de jubilación. Además, que se condene al pago de los valores indexados.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la demandante nació el 26 de junio de 1951, por lo que al año 2006 cumplió con el requisito de la edad para acceder a la pensión de jubilación. Que ingresó a su vida laboral al servicio de la Gobernación de Caldas - Fondo Educativo Regional F.E.R. a cargo de la Nación desde el 01 de agosto de 1977 hasta el 31 de diciembre de 2002 y al municipio de Manizales desde el 01 de enero de 2003 hasta el

11 de julio de 2006, acreditando más de 20 años de servicio a órdenes del Estado, es decir más de 1029 semanas al año 1994.

Que la demandante tiene una hija en situación de invalidez, por lo que solicitó el 01 de febrero de 2005 ante Cajanal (Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E) la *Pensión Especial Anticipada de Vejez por Hijo Invalído* la cual fue reconocida por medio de la Resolución 25116 del 11 de agosto de 2005 a partir del 24 de Junio de 2004, pero que su renuncia al cargo fue a partir del 11 de julio de 2006, fecha en la que ya tenía los requisitos para la pensión de jubilación.

Que en 2008 la demandante solicitó a Cajanal que se reliquidará su *Pensión Especial Anticipada de Vejez por Hijo Invalído*, teniendo en cuenta la pensión de jubilación a la que también tiene derecho desde el 26 de junio del año 2006, fecha en que cumplió los 55 años de edad y en la que contaba con más de 20 años de servicio público, la cual consideró debe ser liquidada con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios. Infortunadamente Cajanal a través de la Resolución 35596 del 30 de julio de 2008 negó la reliquidación.

Que el 09 de diciembre de 2014 solicitó ante la UGPP la reactivación del expediente de reliquidación de pensión de jubilación, conforme a los presupuestos de la Ley 33 de 1985, liquidando la misma con el promedio de lo devengado durante el último año de servicios, esto es, entre el 12 de Julio de 2005 al 11 de Julio de 2006 incluyendo todos los factores salariales percibidos durante ese periodo.

Que la UGPP por medio de la Resolución RDP 0132299 del 07 de abril de 2015, negó la solicitud y contra esta se interpuso el recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante Resolución RDP 028116 del 10 de julio de 2015, que confirmó la decisión anterior.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Con la expedición de los actos demandados consideró que, la entidad demandada violó entre otras normas, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, toda vez que no se tuvo en cuenta para efectos de la conversión para la liquidación de la pensión, todos los emolumentos que devengó, tales como: *sueldo, prima de técnica mensual, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, sueldo vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad* pues dicha norma señaló con claridad los factores salariales que se deben tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Que se violó el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, por cuanto la entidad no tuvo en cuenta al momento de reliquidar o realizar la conversión de la *pensión especial anticipada de vejez por hijo invalído* respecto a la pensión de jubilación de la demandante, los salarios devengados en el último año de servicios.

Que además se vulneró el artículo 53 de la Constitución Política, toda vez que no se aplica por parte de la UGPP la norma más benéfica para el trabajador y se viola el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual dispone que el salario lo constituye, no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que percibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea la forma o denominación que se adopte.

2. Contestación de la demanda

La **entidad demanda** se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos afirmó que son ciertos los relacionados con el reconocimiento de la pensión, pero aseguró que la misma se liquidó de conformidad con las normas que regulan el asunto.

Propuso las excepciones de: *“Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”*, ya que los actos de mandados no son violatorios de ninguna norma constitucional o legal; que la entidad debe continuar liquidando las pensiones de conformidad al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 es decir con el promedio de lo cotizado el tiempo que le hiciera falta o en los últimos 10 años y con los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994. *“Irretroactividad”* toda vez que la demandante pretende que se aplique la retroactividad sobre un acto generado por el empleador en la que nada tuvo que ver la entidad y que se produjo seis años después de haberse reconocido la pensión. *“Prescripción”*, de conformidad con el Decreto 3135 de 1968 y en los artículos 488 del CS. del T y el 151 del C.P. del T. *“Genérica”*.

3. Alegatos de conclusión

La **demandante** solicitó tener en cuenta que, a partir de la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado de agosto de 2010, la base salarial de las pensiones de los empleados oficiales se liquida teniendo en cuenta todos los elementos salariales devengados durante el último año de servicios, sin consideración a que sobre los mismos se hubiese hecho como aportes.

Frente al pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2005, y del Consejo de Estado en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 considera que ante la vulneración de principios como: la confianza legítima, la seguridad jurídica, autonomía judicial, la progresividad, la igualdad, la legalidad y el respeto por los derechos adquiridos se genera una vulneración flagrante de los derechos de los asegurados; por tanto, solicita sean inaplicadas.

La **demandada** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicitó despachar desfavorablemente las pretensiones.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

De conformidad con la demanda y su contestación, así como lo indicado en la audiencia inicial, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar:

¿Cuenta la accionante con derecho a que su mesada pensional sea reliquidada conforme lo establece la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta el promedio del 75% de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, con los incrementos recibidos por concepto de homologación y nivelación salarial?

¿Hay prescripción trienal de las mesadas pensionales?

2. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: Es procedente reliquidar la pensión de la parte demandante, teniendo en cuenta el incremento que la homologación y nivelación salarial produjo en el sueldo y la bonificación por servicios prestados, por encontrarse previstos expresamente en el Decreto 1158 de 1994, y acreditarse que sobre ellos se realizaron los respectivos aportes a pensión.

Sin embargo, no tiene derecho a que la prestación pensional sea objeto de reliquidación en los términos deprecados en la demanda -con el promedio de todos los emolumentos percibidos durante el último año de servicios-, pues de conformidad con el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, este debe ser liquidado con base en el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, *actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE* o sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo y en todo caso, solamente con los factores que fueron objeto de cotizaciones al sistema pensional.

Para fundamentar lo anterior se señalarán: i) las situaciones jurídicas relevantes probadas; ii) los fundamentos normativos de la pensión especial de vejez consagrada en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993; iii) la aplicación del régimen de transición pensional y iii) la resolución del caso concreto.

2.1. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

- La demandante nació el 26 de junio de 1951 (fl. 33 C.1) y prestó sus servicios como funcionaria del Fondo Educativo Regional Caldas desde el 01 de agosto de 1977 hasta el 9 de febrero de 1997 y en Fondo Educativo Departamental de Caldas desde el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2002, en el cargo de secretaria del Colegio Liceo Mixto Aranjuez (fl. 35 C.1), y para el municipio de Manizales desde el 01 de enero de 2003 hasta el 11 de julio de 2006, en el mismo cargo (fl. 35 C.1).
- Cajanal mediante Resolución 25116 del 11 de agosto de 2005 reconoció a favor de la demandante una pensión mensual de vejez en calidad de *madre de hija inválida*, en cuantía de \$602,167.65 efectiva a partir del 24 de junio de 2004, supeditada al retiro definitivo del servicio para el disfrute de esta pensión; para ello tuvo en cuenta el 85% sobre el Ingreso Base de Liquidación conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado o aportado entre el 1º de abril de 1994 y el 23 de junio de 2004 reajustados con el IPC. Los factores que se tuvieron en cuenta para la liquidación de la pensión fueron: la asignación básica, bonificación por servicios prestados y horas extras. (Fls. 44-47 C.1)
- La demandante el 09 de diciembre de 2014, solicitó ante la UGPP la reliquidación de su pensión, con la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, esto es, entre el 12 de Julio de 2005 al 11 de Julio de 2006 (fl. 115 C.1).
- La UGPP por medio de la Resolución RDP 0132299 del 07 de abril de 2015, negó la solicitud (Fls. 116-120 C.1). La demandante interpuso el recurso de apelación, (Fls. 48-

63 C.1), el cual fue resuelto mediante Resolución RDP 028116 del 10 de julio de 2015, confirmando la decisión anterior. (Fls. 67-69 C.1)

- La Secretaría de Educación del departamento de Caldas a través de la Resolución 1831-6 de 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución 4544-6 del 4 de julio de 2013, efectuó la homologación del cargo y la nivelación de salarios de la demandante a partir del 10 de febrero de 1997 (Fls. 71-80 C.1). Por su parte, el municipio de Manizales a través de la Resolución 632 de 11 de abril de 2014 efectuó la homologación del cargo y la nivelación de salarios de la demandante a partir del 1º de enero de 2003. (Fls. 79-80 C.1)

- De conformidad con el Formato No. 3 (B) *Certificación de Salarios Mes a Mes*, expedido el 13 de agosto de 2015, a partir de enero de 1995 a diciembre de 2002 fueron realizados aportes a pensión sobre la base de la asignación básica y la bonificación por servicios, teniendo en cuenta además el resultado del proceso de homologación y nivelación salarial (Fls. 40-43 C.1) y de enero de 2005 a julio de 2006, sobre el sueldo homologado, la bonificación por servicios. (Fls. 37 C.1)

- De conformidad con la certificación emitida por la Secretaría de Educación de Manizales, en el último año de servicios, esto es, entre el 12 de Julio de 2005 al 11 de Julio de 2006 la demandante devengó: *sueldo mensual, prima técnica factor no salarial, bonificación por servicios, prima por servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y sueldo de vacaciones*. (Fl. 33 C.1)

2.2. Fundamentos normativos de la pensión especial de vejez consagrada en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

La Ley 100 de 1993 en cuanto a la pensión de vejez contenida en el régimen de prima media con prestación definida, consagró dentro de las prestaciones para cubrir dicha contingencia, entre otras, las siguientes: (i) pensión ordinaria de vejez (art. 33.1); (ii) pensión especial anticipada de vejez de persona inválida (art. 33. par. 4. inc. 1) y; (iii) pensión especial de madre o padre de hijo discapacitado (art. 33. par. 4. inc. 2). En cuanto a esta última señala:

“La madre trabajadora cuyo hijo ~~menor de 18 años~~ padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como *dependiente* de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, *siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez*. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo. (Apartes subrayados, en letra itálica, y subrayados y en letra itálica condicionalmente exequibles. Aparte tachado inexequible)

De la lectura de la norma se tiene que, no se trata de una prestación nueva, sino que se trata de la misma pensión de vejez, sólo que, por un motivo proteccionista, propio de la seguridad social, su causación se anticipa por razón de la contingencia familiar allí referida.

La Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2004, señaló que el objetivo de la pensión especial de vejez *“es facilitarles a las madres el tiempo y el dinero necesarios para atender a aquellos hijos que están afectados por una invalidez física o mental, que no les permita valerse por sí mismos, y que dependen económicamente de ellas. Con el beneficio creado por la norma se espera que las madres puedan compensar con su cuidado personal las insuficiencias de sus hijos, para impulsarlos en su proceso de rehabilitación o para ayudarlos a sobrevivir en una forma digna”*.

Adicionalmente, declaró inexecutable la previsión normativa “menor de 18 años”, contenida en el artículo 33 parágrafo 4 inciso 2 de la Ley 797 de 2003, en cuanto limitaba el beneficio pensional a las madres o padres de hijos menores edad. Para la Corte, no resulta ajustado a la Carta establecer una diferenciación en torno a la edad de la persona discapacitada, pues no permite alcanzar el fin para el cual el beneficio pensional fue creado, ya que, de una parte, obliga a la interrupción de los procesos de rehabilitación de quien está discapacitado, y de otra, deja sin protección a los hijos discapacitados por el simple hecho de cumplir 18 años de edad, sin tener en cuenta que a pesar de la mayoría de edad, estos pueden continuar dependiendo económicamente de su madre o padre.

Posteriormente, en sentencia C-989 de 2006, estudió la constitucionalidad de la expresión “madre”, y concluyó que *“al reconocerse el beneficio pensional previsto en la disposición legal acusada exclusivamente a la madre cabeza de familia, se produce una violación del derecho a la igualdad del hijo discapacitado que depende económicamente del padre cabeza de familia, por el simple hecho de ser el hombre y no la mujer quien responde económicamente por su manutención”*. Así las cosas, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de la expresión en comento, *“en el entendido, que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependen económicamente de él”*.

2.3. Aplicación del régimen de transición pensional

La parte actora aduce que la pensión especial de vejez que le fue reconocida, debe ser convertida o reliquidada según la Ley 33 de 1985¹, esto es, teniendo como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios, además, con los incrementos derivados del proceso de homologación y nivelación salarial; mientras que la demandada sostiene en los actos demandados que, solo deben tenerse en cuenta los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994 y que por favorabilidad la pensión fue liquidada conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 aplicando el 85% sobre un ingreso base de liquidación conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado o aportado entre el 1º de abril de 1994 y el 23 de junio de 2004 .

Respecto del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, el Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a través de sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018² señaló:

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

...

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

De la Sentencia de Unificación se concluye:

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

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

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

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

“ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: “Base de Cotización”.

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados”.*

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

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

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

“113. El artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo

contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.

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

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

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

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

Por lo tanto, en el presente caso es aplicable la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 toda vez que lo referente a la reliquidación de la pensión con la inclusión de los valores reconocidos por el proceso de homologación y nivelación salarial no ha sido objeto de pronunciamiento judicial.

2.5.Caso concreto

Conforme a la posición actual de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que acoge esta corporación, deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior.

Sin embargo, para determinar el IBL, para la pensión de vejez, tanto la ordinaria como la especial por hijo en estado de invalidez, la liquidación debe regirse por lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 de la misma norma, dependiendo del tiempo que le faltare al interesado a la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la prestación.

En el caso concreto se observa que, para la fecha de entrada en vigor del sistema general de pensiones, a la demandante para acceder a su pensión **ordinaria** de vejez, le faltaban más de 10 años para cumplir los 55 años de edad (nació el 26 de junio de 1951). Así mismo, entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión especial de vejez (24 de junio de 2004) transcurrieron más de diez años.

Lo anterior permite concluir que, la demandante no cuenta con derecho a que la prestación pensional reconocida sea objeto de reliquidación en los términos deprecados en la demanda -con el promedio de todos los emolumentos percibidos durante el último año de servicios-, pues de conformidad con el inciso 3° de del artículo 36 de la ley 100 de 1993, este debe ser liquidado con base en el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE o sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo y en todo caso, solamente los factores que fueron objeto de cotizaciones al sistema pensional (artículo 21 ibidem).

Según se indicó en el acápite de hechos acreditados, Cajanal mediante Resolución 25116 del 11 de agosto de 2005 reconoció a favor de la demandante una pensión especial de vejez en calidad de *madre de hija inválida*, para lo cual dispuso que la misma se calcularía con la inclusión de los factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales se hubieran efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones, esto es, sobre: la asignación básica, bonificación por servicios prestados y horas extras; y que además, dichos factores fueron actualizados según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, lo cual se acompasa con la posición actual de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Ahora bien, en la referida resolución se tuvo en cuenta el 85% sobre el Ingreso Base de Liquidación conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado o aportado entre el 1º de abril de 1994 y el **23 de junio de 2004**; sin embargo, se encuentra acreditado que: la demandante continuó laborando y se retiró definitivamente del servicio a partir del **11 de Julio de 2006**; además que, la Secretaría de Educación del departamento de Caldas a través de la Resolución 1831-6 de 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución 4544-6 del 4 de julio de 2013, efectuó la homologación del cargo y la nivelación de salarios de la demandante a partir del 10 de febrero de 1997 y el municipio de Manizales a través de la Resolución 632 de 11 de abril de 2014 efectuó la homologación del cargo y la nivelación de salarios a partir del 1º de enero de 2003 y hasta la fecha de retiro del servicio.

Los factores salariales que fueron incrementados por dicho proceso de homologación y nivelación salarial fueron: *sueldo, prima técnica, bonificación por servicios, prima por servicios, prima de vacaciones, bonificación especial por recreación, prima de navidad*. Además, respecto de los incrementos de la asignación básica y la bonificación por servicios, fueron realizados aportes a pensión, a partir de 10 de febrero de 1997 hasta el 11 julio de 2006.

Así, ante el número adicional de semanas cotizadas y el incremento que la homologación y nivelación salarial produjo en el **sueldo y la bonificación por servicios prestados**, a partir de 10 de febrero de 1997 hasta la fecha del retiro, es procedente disponer que la pensión de vejez se reliquide atendiendo los nuevos valores allí reconocidos, por cuanto estos se encuentran previstos en el Decreto 1158 de 1994, y respecto de ellos se efectuaron descuentos con destino a pensión.

En cuanto a la prima técnica el Decreto 1661 de 1991³ (artículo 2º), señaló que su reconocimiento es procedente en dos eventualidades: por conocimientos técnicos especializados o por evaluación en el desempeño del cargo.

La primera eventualidad se da cuando el funcionario o empleado que esté desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo demuestre título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años. En este caso, dichos requisitos pueden ser reemplazados por experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de seis (6) años.

La segunda eventualidad se sucede por evaluación del desempeño del cargo, caso en el cual se puede asignar la prima técnica en todos los niveles.

El mismo decreto citado (en consonancia con la Ley 60 de 1990) dispone que la prima técnica por el desempeño del cargo **no constituye factor salarial**; en cambio, la prima que se otorga como reconocimiento a títulos de especialización y formación avanzada y experiencia en investigación técnica o científica si constituye factor de salario (artículo 7º decreto 1661 de 1990).

En el caso concreto, de conformidad con la certificación emitida por la Secretaría de Educación de Manizales, esta no constituye factor salarial, (fl. 33 C.1), además si bien se reconoció sobre ella un incremento por nivelación salarial, sobre el mismo no se realizaron descuentos por aportes para pensión. Por lo tanto, al no estar previsto en el Decreto 1158 de 1994 como base para la liquidación de la pensión, no hay lugar a ordenar que en la liquidación se incluya el incremento de dicho factor.

En cuanto a la bonificación por recreación se precisa que, fue creada por el Decreto 451 de 1984, en los siguientes términos:

Artículo 3. Los empleados que adquieran el derecho a las vacaciones e inicien el disfrute de las mismas, dentro del año civil de su causación, tendrán derecho a una bonificación especial de recreación en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de causarlas.

El valor de la bonificación no se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales y se pagará dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del disfrute de las vacaciones.

Mientras se crean en el presupuesto de las entidades el respectivo rubro presupuestal podrá diferirse la fecha señalada para el pago de la bonificación.

Posteriormente, el Decreto 25 de 1995, que derogó el 451 de 1984, dispuso:

Artículo 15. Bonificación especial de recreación. *Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute de sus vacaciones.*

*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 señalada para iniciar el disfrute del descanso remunerado.*

Luego, el Decreto 40 de 1998 estableció:

Artículo 15. Bonificación especial de recreación. *Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.*

*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.*

Sobre dicho beneficio, el Consejo de Estado, en sentencia del 4 de septiembre de 2014³, advirtió:

*“No es posible incluir la **Bonificación por Recreación** en la base de liquidación, toda vez que el artículo 15 del Decreto 40 de 1998, expedido en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, estableció que la misma «no constituirá factor de salario para ningún efecto legal», además, dada su naturaleza prestacional, pues dicha bonificación está dirigida a contribuir en el adecuado desarrollo de la vida del empleado, como lo es el ámbito de la Recreación, por lo tanto, no tiene carácter salarial”.*

Por lo anterior, no hay lugar a ordenar que en la reliquidación de la pensión para que se incluya la bonificación por recreación o su incremento.

Igualmente se precisa que, los incrementos de los factores homologados: “*prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios*” al no estar previsto en el Decreto 1158 de 1994 como base para la liquidación de la pensión, tampoco hay lugar a ordenar que ellos se incluyan en la reliquidación de la pensión.

En ese orden de ideas, se concluye que la prestación vitalicia debe ser modificada en su monto definitivo como a continuación se señala.

2.6. Restablecimiento Del Derecho

³ Sección Segunda, Subsección B. Expediente 1420-11. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

En atención a lo expuesto, se ordenará a la UGPP reajustar la pensión reconocida a favor de la demandante, tomando para el efecto además de las horas extras que fueron reconocidas en la Resolución 25116 del 11 de agosto de 2005, el monto definitivo del sueldo y bonificación por servicios prestados, tras el proceso de homologación y nivelación salarial, cotizados durante los diez (10) años anteriores al retiro definitivo del servicio, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE o sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior, cancelando las diferencias entre lo que se debió pagar y lo efectivamente cancelado.

Las sumas reconocidas serán reajustadas con siguiente fórmula: $R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$. Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Tales sumas deberán ser canceladas de acuerdo con lo antes expresado y hasta que se haga efectiva la reliquidación en los términos fijados en el artículo 187 y 192 del CPACA, las que serán indexadas y actualizadas mediante la aplicación de ajustes de valor, para lo cual la entidad tendrá en cuenta la fórmula arriba mencionada.

3. Segundo problema jurídico *¿Hay prescripción trienal de las mesadas pensionales?*

En tratándose del fenómeno jurídico de la prescripción el Decreto 1848 de 1969, establece en su artículo 102: "1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible." "2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

En el caso bajo estudio se tiene que, mediante Resolución 25116 del 11 de agosto de 2005 Cajanal reconoció a favor de la demandante una pensión especial de vejez, supeditada al retiro definitivo del servicio, lo cual ocurrió el 11 de julio de 2006.

Por su parte, la homologación y nivelación salarial fue reconocida a la actora mediante la Resolución 1831-6 de 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución 4544-6 del 4 de julio de 2013 y la Resolución 632 de 11 de abril de 2014; la petición de reliquidación se presentó el 09 de diciembre de 2014, (Fls. 115 C.1); y la demanda se instauró el 19 de mayo de 2016. (Fl 1 C. 1)

Lo expuesto significa que, la fecha a partir de la cual se debe contar la prescripción es desde que se reconoció la homologación y nivelación a la demandante, pues en este momento surgió el derecho a solicitar la reliquidación de la pensión por nuevos valores de los factores salariales que hacían parte del IBL.

Por lo anterior, es claro que entre la fecha en que efectivamente se reconoció la homologación y nivelación salarial, el reclamo ante la entidad para que se reliquidara la pensión y la presentación de la demanda no transcurrieron más de tres años, por lo que se declarará no probada la excepción de prescripción.

4. Costas

No habrá condena en costas, teniendo en cuenta que, las pretensiones formuladas en la demanda prosperan 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,

Falla

Primero: Declarase no probadas las excepciones denominadas, *“Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “Irretroactividad” y “Prescripción”*, propuestas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP.

Segundo: Declarase la nulidad de las resoluciones: i) RDP 013299 del 07 de abril de 2015 y ii) RDP 028116 del 10 de julio de 2015, expedidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Tercero: Como consecuencia de tal nulidad, a título de restablecimiento del derecho, **Ordenase** a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, reajustar la pensión de vejez reconocida mediante Resolución 25116 del 11 de agosto de 2005, teniendo en cuenta, además de las horas extras ya reconocidas, el monto definitivo del sueldo y bonificación por servicios prestados, certificados y reajustados con ocasión del proceso de homologación del cual fue beneficiaria la demandante y que fueron cotizados durante los diez (10) años anteriores al retiro definitivo del servicio, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE o sobre los ingresos de toda la vida laboral, si resulta superior. Los demás aspectos definidos en las referidas resoluciones se mantienen vigentes.

Tales sumas deberán ser indexadas de conformidad con el artículo 187 y 192 del C.P.A.C.A, es decir, actualizadas mediante la aplicación de ajustes de valor de acuerdo con la expresada en la parte considerativa de esta sentencia.

No se ordenará descuento sobre los nuevos valores, toda vez que en el proceso de homologación y nivelación salarial ya fueron descontadas las sumas de dinero de los respectivos aportes.

Cuarto: Nieganse las demás pretensiones de la parte demandante.

Quinto: Sin condena en costas.


Sexto: Ejecutoriada esta providencia, **Devuélvase** el expediente al Juzgado de Origen, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 049 de 2020.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 343

Manizales, seis (6) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-33-000-2016-00456-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Valentina Manrique Moreno
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

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

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita, se declare la nulidad de las resoluciones RDP 042357 de 15 de octubre de 2015, RDP 053211 de 14 de diciembre de 2015 y RDP 001650 de 21 de enero de 2016 por medio de las cuales la UGPP niega la reliquidación de la pensión de vejez por el no reconocimiento de nuevas pruebas que incrementan el IBL.

Que como consecuencia de lo anterior, se reconozca y liquide la pensión teniendo en cuenta los nuevos valores aportados con los certificados de los factores salariales que fueron reliquidados conforme el proceso de homologación y nivelación salarial y se reconozca e incluya como factor salarial la **prima de servicios, la prima de vacaciones y la prima técnica** devengadas de conformidad con el Decreto 1045 de 1978.

Que además se ordene reliquidar la pensión de vejez con base en lo establecido en la Ley 33 de 1985 y 62 de 1985, es decir con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año.

Se condene a pagar la diferencia entre la pensión líquida y la que debe reconocérsele y se condene al pago de los valores indexados.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la demandante nació el 14 de marzo de 1946 y prestó sus servicios como funcionaria de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas en el cargo de Ecónoma, hasta el 28 de diciembre de 2001.

Mediante Resolución 024362 de 16 de octubre de 2001 se le reconoció la pensión de vejez, supeditada al retiro; que esta fue reliquidada mediante resoluciones 019407 de 17 de julio de 2005 y UGM 050010 de 19 de junio de 2012, teniendo en cuenta que se encontraba beneficiada por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios conforme a la Ley 33 de 1985.

El 29 de mayo de 2015 se solicitó la reactivación del expediente por pruebas nuevas, teniendo en cuenta que la Secretaría de Educación del departamento de Caldas efectuó la homologación de su cargo y realizó la nivelación de salarios a través de las resoluciones 2097 del 22 de marzo de 2013 y 4668 del 4 de julio de 2013, para los años 1997 a 2001, variado considerablemente el IBL. Aclara que respecto del valor reconocido por concepto de prima técnica el departamento no efectuó descuentos para aportes a pensión por considerar que no era factor salarial.

Mediante resolución RDP 042357 de 15 de octubre de 2015 la UGPP negó la reliquidación de la pensión; el 20 de noviembre de 2015 interpuso recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos mediante resoluciones RDP 053211 de 14 de diciembre de 2015 y RDP 001650 de 21 de enero de 2016 respectivamente, en las cuales se confirmó la decisión inicial.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Con la expedición de los actos demandados consideró que, la entidad demandada violó, entre otras normas, la Constitución Política, artículos 1, 2, 4, 6, 25, 53 y 58; Decreto 2277 de 1979, Ley 33 de 1985, Art. 1 y 3, Ley 62 de 1985 y Ley 100 de 1993. Consideró que los actos atacados desconocen que el régimen de transición abarca no sólo la edad y el tiempo de servicios, sino también el monto de la pensión, que incluye todos los factores salariales percibidos y no sólo los enumerados de manera taxativa por la Ley 62 de 1985, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

2. Contestación de la demanda

La **entidad demanda** se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos afirmó que son ciertos los relacionados con el reconocimiento de la pensión, pero aseguró que la misma se liquidó de conformidad con las normas que regulan el asunto.

Propuso las excepciones de: "*Inexistencia de la obligación*", ya que los actos de mandados no son violatorios de ninguna norma constitucional o legal; que la entidad debe continuar liquidando las pensiones de conformidad al inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 es decir con el promedio de lo cotizado el tiempo que le hiciera falta o en los últimos 10 años y con los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994. "*Irretroactividad*" toda vez que la demandante pretende que se aplique la retroactividad sobre un acto generado por el empleador en la que nada tuvo que ver la entidad y que se produjo seis años después de haberse reconocido la pensión. "*Prescripción*", de conformidad con el Decreto 3135 de 1968 y en los artículos 488 del CS. del T y el 151 del C.P. del T. "*Genérica*".

3. Llamamiento en garantía

La demandada llamó en garantía al Ministerio de Educación Nacional como entidad responsable de cotizar y realizar los descuentos de aportes para pensión de jubilación de la demandante, como empleada de esta por más de 10 años, siendo el último cargo desempeñado

el de “*Ecónoma Plaza Nacional Código 5150*” al servicio del Fondo Educativo Departamental de Caldas, adscrita siempre a dicha entidad del orden nacional.

El Ministerio de Educación Nacional guardó silencio dentro del término de traslado respectivo.

4. Alegatos de conclusión

La **demandada** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda; citó la sentencia SU 395 de 2017 proferida por la Corte Constitucional en la que se precisó que el ingreso base de liquidación no es un aspecto para tener en cuenta en el régimen de transición. Por lo tanto, solicitó despachar desfavorablemente las pretensiones.

Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

De conformidad con la demanda y su contestación, así como lo indicado en la audiencia inicial, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Cuenta la accionante con derecho a que su mesada pensional sea reliquidada tomando como base todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, con los incrementos recibidos por concepto de homologación y nivelación salarial?*

¿Hay prescripción trienal de las mesadas pensionales?

Adicionalmente y respecto al llamamiento en garantía, *¿De prosperar las pretensiones de la demanda, el Ministerio de Educación Nacional debe realizar los pagos correspondientes a las cotizaciones que por aportes a pensión debió realizar como empleador de la demandante?*

2. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: Es procedente reliquidar la pensión de la parte demandante, teniendo en cuenta el incremento que la homologación y nivelación salarial produjo en el sueldo y la bonificación por servicios prestados, por encontrarse previstos expresamente en el Decreto 1158 de 1994, y acreditarse que sobre ellos se realizaron los respectivos aportes a pensión.

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

2.1. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

- La demandante nació el 14 de marzo de 1946 (fl. 21 C.1) y prestó sus servicios como funcionaria de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, siendo su último cargo desempeñado el de *Ecónoma*. (fl. 23 C.1).
- Mediante Resolución 24362 de 16 de octubre de 2001 Cajanal reconoció la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% sobre el salario promedio de siete años un mes conforme al artículo 36 de la ley 100 de 1993 teniendo en cuenta que adquirió el estatus jurídico el 15 de marzo de 2001; para ello y tuvo en cuenta los factores de asignación básica, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad, supeditada al retiro definitivo del servicio. (Fls. 22-25 C.1)

- A través de Resoluciones 019497 de 17 de julio de 2005 y UGM 050010 de 19 de junio de 2012, Cajanal reliquidó la pensión en cumplimiento del fallo de tutela del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales que dispuso tener en cuenta como parte integral del salario todo lo devengado en el último año de servicios, que la bonificación por servicios prestados la cual debía incluirse en un 100% y no en una doceava parte; además de indexar la sumas dejadas de percibir a partir del momento en que se adquirió el estatus. Cajanal señaló además que, teniendo en cuenta que la interesada se encuentra retirada el servicio a partir del 28 de diciembre de 2001 y en la certificación de factores salariales se indica que percibió salario hasta el 31 de 2001, *se liquida hasta esa fecha y queda efectiva a partir del 1 de enero de 2002.* (Fls. 26-31 C.1)
- La demandante el 1 de junio de 2015, solicitó la reactivación del expediente por pruebas nuevas, teniendo en cuenta que la Secretaría de Educación del departamento de Caldas efectuó la homologación de su cargo y realizó la nivelación de salarios a través de las resoluciones 2097 del 22 de marzo de 2013 y 4668 del 4 de julio de 2013, para los años 1997 a 2001. (Fls. 32-39 C.1)
- Mediante Resolución RDP 042357 de 15 de octubre de 2015 la UGPP negó la reliquidación de la pensión, teniendo en cuenta que, la prima de vacaciones, prima de navidad, prima de alimentación y prima técnica no se encuentran descritos en el Decreto 1158 de 1994 como ítems que integren el ingreso base de cotización y en cuanto a la reliquidación de la pensión por la homologación salarial señaló que, no comprende la razones por las cuales se efectúa una nivelación salarial hasta el 31 de diciembre de 2009 a favor de la demandante, quien se retiró del servicio desde el 28 de diciembre de 2001, por tanto consideró necesario que la interesada allegara los certificados de tiempo de servicio, factores salariales y el decreto que ordenó el retiro del servicio para aclarar las inconsistencias. (Fls. 40-44 C.1)
- La demandante interpuso recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos mediante resoluciones RDP 053211 de 14 de diciembre de 2015 y RDP 001650 de 21 de enero de 2016 respectivamente, en las cuales se confirmó la decisión, reiterando los argumentos iniciales. (Fls. 50-57 C.1)
- La Secretaría de Educación del departamento de Caldas a través de las resoluciones 2097 del 22 de marzo de 2013 y 4668 del 4 de julio de 2013, efectuó la homologación del cargo y la nivelación de salarios de la demandante para los años 1997 a 2001. (Fls. 66-72 C.1)
- De conformidad con la certificación emitida por la Secretaría de Educación de Caldas, dentro del proceso de nivelación salarial y homologación de cargos, a la demandante se le reconocieron diferencias salariales a partir del 11 de febrero de 1997 hasta el 28 de diciembre de 2001, que formaron parte del ingreso base de cotización para efectuar aportes en pensión los siguientes conceptos: sueldo y bonificación por servicios prestados, que dichos aportes fueron girados con destinos a Colpensiones. (FL. 65 C.1)

2.2. Aplicación del régimen de transición pensional

Las partes coinciden en afirmar que, la demandante era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹, empero, difieren en la interpretación que se hace de dicha normativa, pues la parte actora aduce que la pensión

¹ Ver, escrito de demanda y actos administrativos demandados.

debe liquidarse según la Ley 33 de 1985², teniendo como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios con los incrementos derivados del proceso de homologación y nivelación salarial, mientras que la demandada sostiene en los actos demandados que, solo deben tenerse en cuenta los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994 y que no comprende la razones por las cuales se efectúa una nivelación salarial hasta el 31 de diciembre de 2009 a favor de la demandante, quien se retiró del servicio desde el 28 de diciembre de 2001.

Al respecto, el Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a través de sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018³ señaló:

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

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

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

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

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

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

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

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

² Artículo 1º: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”.

³ Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

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

...

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

De la Sentencia de Unificación se concluye:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: “Base de Cotización”. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados”.

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

2.3. Caso concreto

Según se indicó en el acápite de hechos acreditados, la Secretaría de Educación del departamento de Caldas a través de las resoluciones 2097 del 22 de marzo de 2013 y 4668 del 4 de julio de 2013, efectuó la homologación del cargo de la demandante y realizó la nivelación de salarios a partir del 11 de febrero de 1997 hasta el 28 de diciembre de 2001; dentro de los factores que se incrementaron en su valor se encuentran: el sueldo, prima técnica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación especial por recreación, prima de navidad. (Fls. 66-72 C.1)

Además, solo respecto de los incrementos del sueldo y la bonificación por servicios prestados, se efectuaron descuentos con destino al sistema pensional, como los certificó la Secretaría de Educación del departamento de Caldas. (Folio 65 C.1).

Así las cosas, en primer lugar debe precisarse que, las reglas señaladas en la Sentencia de Unificación citada son aplicables al presente asunto, en tanto la inclusión o no en el ingreso base de liquidación de la pensión del incremento de los factores salariales percibidos por la demandante, producto del proceso de homologación y nivelación salarial, se encuentra pendiente de decisión, toda vez que no existe sentencia ejecutoriada y por tanto no ha

operado la cosa juzgada. Por lo tanto, los únicos incrementos que pueden incluirse para determinar el IBL son aquellos que se realizaron sobre los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994 y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones.

Así, ante el incremento que la homologación y nivelación salarial produjo en el sueldo y la bonificación por servicios prestados, devengados por la demandante, es procedente disponer que la pensión de vejez se reliquide atendiendo los nuevos valores allí reconocidos, por cuanto estos se encuentran previstos en el Decreto 1158 de 1994, y respecto de ellos se efectuaron descuentos con destino a pensión.

En cuanto a la *prima técnica* el Decreto 1661 de 1991³ (artículo 2º), señaló que su reconocimiento es procedente en dos eventualidades: por conocimientos técnicos especializados o por evaluación en el desempeño del cargo.

La primera eventualidad se da cuando el funcionario o empleado que esté desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo demuestre título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años. En este caso, dichos requisitos pueden ser reemplazados por experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de seis (6) años.

La segunda eventualidad se sucede por evaluación del desempeño del cargo, caso en el cual se puede asignar la prima técnica en todos los niveles.

El mismo decreto citado (en consonancia con la Ley 60 de 1990) dispone que la prima técnica por el desempeño del cargo **no constituye factor salarial**; en cambio, la prima que se otorga como reconocimiento a títulos de especialización y formación avanzada y experiencia en investigación técnica o científica si constituye factor de salario (artículo 7º decreto 1661 de 1990).

En el caso concreto, de conformidad con la certificación 3358 del 28 de marzo de 2016 expedida por la Secretaría de Educación del departamento de Caldas esta no constituye factor salarial, (fl. 58 C.1), además si bien se reconoció sobre ella un incremento por nivelación salarial, sobre el mismo no se realizaron descuentos por aportes para pensión (fl. 65 C.1). Por lo tanto, al no estar previsto en el Decreto 1158 de 1994 como base para la liquidación de la pensión, no hay lugar a ordenar que en la liquidación se incluya el incremento de dicho factor.

Igualmente, los incrementos de los factores homologados, tales como "*prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios*" al no estar previsto en el Decreto 1158 de 1994 como base para la liquidación de la pensión, tampoco hay lugar a ordenar que ellos se incluyan en la reliquidación de la pensión.

En ese orden de ideas, la prestación vitalicia debe ser modificada en su monto definitivo teniendo en cuenta además, los incrementos del sueldo y la bonificación por servicios prestados producto del proceso de homologación y nivelación salarial del cual fue beneficiaria la demandante.

Respecto de los demás aspectos señalados en las Resoluciones 019497 de 17 de julio de 2005 y UGM 050010 de 19 de junio de 2012 a través de las cuales Cajanal reliquidó la pensión en

cumplimiento del fallo de tutela del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales que dispuso tener en cuenta como parte integral del salario lo devengado en el último año de servicios, que la bonificación por servicios prestados la cual debía incluirse en un 100% y no en una doceava parte; además de indexar la sumas dejadas de percibir a partir del momento en que se adquirió el estatus, no se puede ordenar su modificación, pues no fueron objeto de pretensión de nulidad.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, vulnerar el principio de congruencia externa, y no sólo desbordaría el objeto del litigio fijado, sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

2.4. Restablecimiento Del Derecho

En atención a lo expuesto, se ordenará a la UGPP reajustar la pensión reconocida a favor de la demandante, tomando para el efecto el monto definitivo del sueldo y bonificación por servicio prestados, tras el proceso de homologación y nivelación salarial del que fue beneficiaria la accionante, cancelando las diferencias entre lo que se debió pagar y lo efectivamente cancelado.

Las sumas reconocidas serán reajustadas con siguiente fórmula: $R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$. Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Tales sumas deberán ser canceladas de acuerdo con lo antes expresado y hasta que se haga efectiva la reliquidación en los términos fijados en el artículo 187 y 192 del CPACA, las que serán indexadas y actualizadas mediante la aplicación de ajustes de valor, para lo cual la entidad tendrá en cuenta la formula arriba mencionada.

3. Segundo problema jurídico *¿Hay prescripción trienal de las mesadas pensionales?*

En tratándose del fenómeno jurídico de la prescripción el Decreto 1848 de 1969, establece en su artículo 102: "1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible." "2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

En el caso bajo estudio se tiene que, mediante Resolución 24362 de 16 de octubre de 2001 Cajanal reconoció la pensión de vejez, supeditada al retiro definitivo del servicio. (Fls. 22-25 C.1) lo cual aconteció el 28 de diciembre de 2001; siendo reliquidada por petición de la actora mediante Resoluciones 019497 de 17 de julio de 2005 y UGM 050010 de 19 de junio de 2012, con efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2002. (Fls. 29 C.1)

Por su parte, la homologación y nivelación salarial fue reconocida a la actora mediante resoluciones 2097 del 22 de marzo de 2013 y 4668 del 4 de julio de 2013, y la petición de reliquidación fue presentada el 1º de junio de 2015, (Fls. 32-39 C.1); y la demanda se instauró el 7 de julio de 2016. (Fl 1 C. 1)

Lo expuesto significa que, la fecha a partir de la cual se debe contar la prescripción es desde que se reconoció la homologación y nivelación a la demandante, pues en este momento surgió el derecho a solicitar la reliquidación de la pensión por nuevos valores de los factores salariales que hacían parte del IBL.

Por lo anterior, es claro que entre la fecha en que efectivamente se reconoció la homologación y nivelación salarial, el reclamo ante la entidad para que se reliquidara la pensión y la presentación de la demanda no transcurrieron más de tres años, por lo que se declarará no probada la excepción de prescripción.

4. Tercer problema jurídico *¿El Ministerio de Educación Nacional debe realizar los pagos correspondientes a las cotizaciones que por aportes a pensión debió realizar como empleador de la demandante?*

La UGPP llamó en garantía al Ministerio de Educación Nacional como entidad responsable de cotizar y realizar los descuentos de aportes para pensión de jubilación de la demandante, como empleada de esta por más de 10 años, siendo el último cargo desempeñado el de “*Ecónoma Plaza Nacional Código 5150*” al servicio del Fondo Educativo Departamental de Caldas, adscrita siempre a dicha entidad del orden nacional.

Al respecto, teniendo en cuenta que sobre los factores reconocidos en esta providencia (asignación básica homologada, y bonificación por servicios prestados homologada) ya se efectuaron descuentos con destino al sistema pensional, como lo certificó la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, (Folio 65 C.1), documento frente al cual la UGPP no realizó reparo, se negaran las pretensiones del llamamiento en garantía.

5. Costas

No habrá condena en costas entre demandante y demandado, ni entre la llamante en garantía y el llamado, teniendo en cuenta que, las pretensiones formuladas en la demanda prosperan de manera parcial y que la llamada en garantía no contestó el llamamiento.

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: Declarar no probadas las excepciones denominadas, “*Inexistencia de la obligación*”, “*Irretroactividad*” y “*Prescripción*”, propuestas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP.

Segundo: Declarar la nulidad de las resoluciones: i) RDP 042357 de 15 de octubre de 2015, ii) RDP 053211 de 14 de diciembre de 2015 y iii) RDP 001650 de 21 de enero de 2016 expedidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP.

Tercero: Como consecuencia de tal nulidad, a título de restablecimiento del derecho, **Ordenar** a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones

Parafiscales de la Protección Social –UGPP, reajustar la pensión de jubilación reconocida mediante resoluciones 019497 de 17 de julio de 2005 y UGM 050010 de 19 de junio de 2012, teniendo en cuenta el monto definitivo del sueldo y bonificación por servicio prestados, certificados y reajustados con ocasión del proceso de homologación del cual fue beneficiaria la demandante. Los demás aspectos definidos en las referidas resoluciones se mantienen vigentes por no haber sido objeto de demanda.

Tales sumas deberán ser indexadas de conformidad con el artículo 187 y 192 del C.P.A.C.A, es decir, actualizadas mediante la aplicación de ajustes de valor de acuerdo con la expresada en la parte considerativa de esta sentencia.

No se ordenará descuento sobre los nuevos valores, toda vez que en el proceso de homologación y nivelación salarial ya fueron descontadas las sumas de dinero de los respectivos aportes.

Cuarto: Negar las demás pretensiones de la parte demandante.

Quinto: Negar las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social contra el Ministerio de Educación Nacional.

Sexto: Sin condena en costas.


Séptimo: Ejecutoriada esta providencia, **Devuélvase** el expediente al Juzgado de Origen, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 049 de 2020.

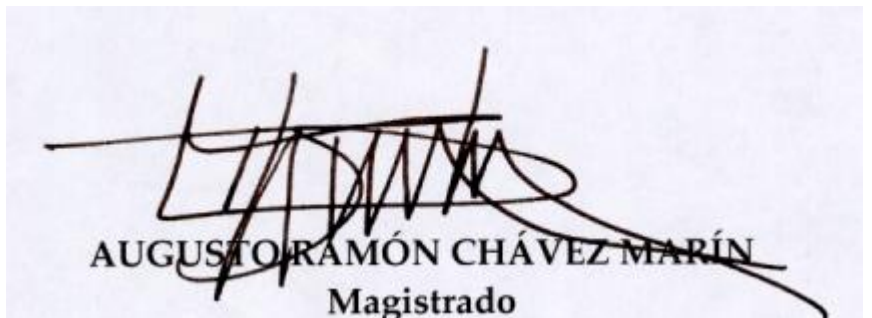
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 342

Manizales, seis (6) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-33-000-2016-00582-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Floralba Gallego Londoño
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

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

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita, se declare la nulidad de las resoluciones RDP 047097 de 12 de noviembre de 2015, RDP 05854 de 11 de febrero de 2016 y RDP 006417 de 15 de febrero de 2016 por medio de las cuales la UGPP niega la reliquidación de la pensión de vejez por el no reconocimiento de nuevas pruebas que incrementan el IBL.

Que, como consecuencia de lo anterior, se reconozca y liquide la pensión teniendo en cuenta los nuevos valores aportados con los certificados de los factores salariales que fueron reliquidados conforme el proceso de homologación y nivelación salarial y se reconozcan e incluyan como factores salariales: la prima de servicios, la prima de vacaciones, prima de navidad y la prima técnica devengadas de conformidad con el Decreto 1045 de 1978.

Que además se ordene reliquidar la pensión de vejez con base en lo establecido en la Ley 33 de 1985 y 62 de 1985, es decir con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año.

Se condene a pagar la diferencia entre la pensión líquida y la que debe reconocérsele y se condene al pago de los valores indexados.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la demandante nació el 27 de abril de 1930 y prestó sus servicios como funcionaria de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas en el cargo de Ayudante de Oficina, hasta el 31 de diciembre de 1998.

Mediante Resolución 015889 de 5 de diciembre de 1996 se le reconoció la pensión de vejez, supeditada al retiro; que esta fue reliquidada mediante Resoluciones 011159 de 9 de junio de 2000 y 00722 de 11 de enero de 2005 en cumplimiento de un fallo de tutela, teniendo en cuenta que se encontraba beneficiada por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios conforme a la Ley 33 de 1985.

El 28 de mayo de 2015 se solicitó la reactivación del expediente por pruebas nuevas, teniendo en cuenta que la Secretaría de Educación del departamento de Caldas efectuó la homologación de su cargo y realizó la nivelación de salarios a través de las resoluciones 1778 del 22 de marzo de 2013 y 4485 del 28 de junio de 2013, para los años 1997 y 1998, variado considerablemente el IBL. Aclara que, respecto del valor reconocido por concepto de prima técnica el departamento no efectuó descuentos para aportes a pensión por considerar que no era factor salarial.

Mediante Resolución RDP 047097 de 12 de noviembre de 2015 la UGPP negó la reliquidación de la pensión; el 3 de diciembre de 2015 interpuso recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos mediante resoluciones RDP 05854 de 11 de febrero de 2016 y RDP 006417 de 15 de febrero de 2016 respectivamente, en las cuales se confirmó la decisión inicial.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Con la expedición de los actos demandados consideró que, la entidad demandada violó, entre otras normas, la Constitución Política, artículos 1, 2, 4, 6, 25, 53 y 58; Decreto 2277 de 1979, Ley 33 de 1985, Art. 1 y 3, Ley 62 de 1985 y Ley 100 de 1993. Consideró que los actos atacados desconocen que el régimen de transición abarca no sólo la edad y el tiempo de servicios, sino también el monto de la pensión, que incluye todos los factores salariales percibidos y no sólo los enumerados de manera taxativa por la Ley 62 de 1985, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

2. Contestación de la demanda

La **entidad demanda** se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos afirmó que son ciertos los relacionados con el reconocimiento de la pensión, pero aseguró que la misma se liquidó de conformidad con las normas que regulan el asunto.

Propuso las excepciones de: "*Inexistencia de la obligación*", ya que los actos de mandados no son violatorios de ninguna norma constitucional o legal; que la entidad debe continuar liquidando las pensiones de conformidad al inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 es decir con el promedio de lo cotizado el tiempo que le hiciera falta o en los últimos 10 años y con los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994. "*Irretroactividad*" toda vez que la demandante pretende que se aplique la retroactividad sobre un acto generado por el empleador en la que nada tuvo que ver la entidad y que se produjo seis años después de haberse reconocido la pensión. "*Prescripción*", de conformidad con el Decreto 3135 de 1968 y en los artículos 488 del CS. del T y el 151 del C.P. del T. "*Genérica*".

3. Alegatos de conclusión

La **demandante** reiteró los argumentos expuestos en la demanda

La **demandada** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda; señaló que, no es posible tener en cuenta conceptos diferentes a los ya incluidos puesto que la liquidación contiene los factores establecidos en la ley 62 de 1985 normal gente al momento del cumplimiento del estatus pensional. Por lo tanto, solicitó despachar desfavorablemente las pretensiones.

Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

De conformidad con la demanda y su contestación, así como lo indicado en la audiencia inicial, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Cuenta la accionante con derecho a que su mesada pensional sea reliquidada, tomando como base los incrementos recibidos por concepto de homologación y nivelación salarial percibidos en el último año de servicios?*

¿Hay prescripción trienal de las mesadas pensionales?

2. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: Es procedente reliquidar la pensión de la parte demandante, teniendo en cuenta el incremento que la homologación y nivelación salarial produjo en el: sueldo, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad por cuanto, se encuentran expresamente señalados en el artículo 45 del Decreto 1045 del 15 de julio de 1978, además que fueron tenidos en cuenta en la Resolución 00722 de 11 de enero de 2005 a través de las cuales Cajanal reliquidó la pensión de la demandante.

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

2.1. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

- La demandante nació el 27 de abril de 1930 (fl. 20 C.1) y prestó sus servicios como funcionaria de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, siendo su último cargo desempeñado el de *Ayudante de Oficina*. (fl. 25 C.1).
- Mediante Resolución 015889 de 5 de diciembre de 1996 Cajanal reconoció la pensión de jubilación, teniendo en cuenta que, adquirió el estatus jurídico el 2 de septiembre de 1980; por lo que, conforme al Decreto 1045 de 1978 aplicó el 75% sobre el salario promedio de doce meses. (Fls. 21-24 C.1)
- A través de Resoluciones 011159 de 9 de junio de 2000 Cajanal reliquidó la pensión de jubilación por el retiro definitivo, teniendo en cuenta el 75% sobre el salario promedio de doce meses, sobre los factores: la asignación básica, la bonificación por servicio y la prima de antigüedad, efectiva a partir del 1º de enero de 1999. (Fls. 25-28 C.1)
- Mediante Resolución 00722 de 11 de enero de 2005 Cajanal reliquidó la pensión de jubilación en cumplimiento de un fallo de tutela, para lo cual tuvo en cuenta el 85% de los siguientes factores devengados en el último año de servicios: asignación básica, auxilio de

transporte, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de antigüedad y prima de alimentación. (Fls. 29-33 C.1)

- La demandante el 1 de junio de 2015, solicitó la reactivación del expediente por pruebas nuevas, teniendo en cuenta que la Secretaría de Educación del departamento de Caldas efectuó la homologación de su cargo y realizó la nivelación de salarios a través de las resoluciones 1778 del 22 de marzo de 2013 y 4485 del 28 de junio de 2013, para los años 1997 y 1998. (Fls. 34-39 C.1)
- Mediante Resolución RDP 047097 de 12 de noviembre de 2015 la UGPP negó la reliquidación de la pensión, en tanto consideró necesario que la interesada allegara los certificados de factores salariales correspondientes a 1995. (Fls. 41-45 C.1)
- La demandante interpuso recursos de reposición y apelación, (Fls. 49-52 C.1) los cuales fueron resueltos mediante resoluciones RDP 05854 de 11 de febrero de 2016 y RDP 006417 de 15 de febrero de 2016 respectivamente, en las cuales se confirmó la decisión.
- La Secretaría de Educación del departamento de Caldas a través de las resoluciones 1778 del 22 de marzo de 2013 y 4485 del 28 de junio de 2013, efectuó la homologación del cargo y la nivelación de salarios de la demandante del 10 de febrero de 1997 al 30 de diciembre de 1998, respecto de: *sueldo, prima técnica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, bonificación especial recreación, prima de vacaciones y prima de navidad*. (Fl. 72-78 C.1)
- De conformidad con la Certificación 960 de 13 de mayo de 2016, emitida por la Secretaría de Educación de Caldas, la demandante en el último año de servicios devengó: sueldo, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y prima técnica. En cuanto a la prima técnica señala que, se pagó a la demandante, mes a mes, desde 1993 **por evaluación del desempeño** en un porcentaje del 50% que la asignación básica mensual obtenido el puntaje requerido para este porcentaje como **no factor salarial**. (Fl. 65 C.1)
- Según formato No. 3 (B) Certificación de Salario Base, expedido el 13 de mayo de 2016, durante los años 1997 y 1998 fueron realizados aportes a pensiones sobre la asignación básica homologada a partir del 10 de febrero de 1997 y la bonificación por servicios prestados. (Fl. 71 C.1)

2.2. Aplicación del régimen de transición pensional

La parte actora aduce que la pensión debe liquidarse teniendo en cuenta los incrementos efectuados en virtud del proceso de homologación, y nivelación salarial sobre los rubros señalados en el Decreto 1045 de 1978, mientras que la demandada sostiene que, solo deben tenerse en cuenta los factores señalados en la Ley 62 de 1985 y sobre los cuales se efectuaron aportes a pensiones.

Al respecto, la Ley 6ª de 1945, en el artículo 17, previó una pensión de jubilación para los empleados oficiales al alcanzar los 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, equivalente a los 2/3 partes del promedio de los sueldos devengados en el último año de servicio, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:
[...]*

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200) en cada mes.

La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión. [...]”.

La norma en mención fue modificada expresamente por el artículo 3º de la Ley 65 del 20 de diciembre de 1946, en los siguientes términos: “**ARTÍCULO 3º.** *La pensión mensual vitalicia de jubilación de que trata el inciso b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 será equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio*”.

Por su parte, el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966, modificó el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, de la siguiente manera: “**Artículo 4º.** *A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el **setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios***”. (Se resalta)

Más adelante, el Decreto-Ley 3135 de 1968 definió que los servidores públicos tendrían derecho a una pensión de jubilación cuando acumularan 20 años de servicio y cumplieran 50 años de edad para las mujeres, o 55 para los varones; prestación que sería liquidada en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio. Adicionalmente, reconoció un régimen de transición, para aquellas personas que al momento de la entrada en vigor del decreto tuvieran 18 años de servicio, para aplicarles las normas anteriores sobre edad de jubilación, así:

“ARTÍCULO 27. Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia o de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción y que la ley determine expresamente.

PARÁGRAFO 1º. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a pensión de jubilación o vejez sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro o más horas. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro; el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

PARÁGRAFO 2º. Para los empleados y trabajadores que a la fecha del presente decreto hayan cumplido diez y ocho años continuos o discontinuos de servicios continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad al presente decreto. [...]”

En el mismo sentido, el Decreto 1848 de 1969, en los artículos 68 y 73 reiteró las exigencias impuestas por la norma anterior y en relación con la liquidación de la mesada precisó lo siguiente:

*“ARTÍCULO 73. Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los **salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial** que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin”.*

Ahora, para establecer el ingreso base de liquidación, el artículo 45 del Decreto 1045 del 15 de julio de 1978 decretó:

“ARTÍCULO 45. De los factores de salario por la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a. La asignación básica mensual;*
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c. Los dominicales y feriados;*
- d. Las horas extras;*
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f. La prima de Navidad;*
- g. La bonificación por servicios prestados;*
- h. La prima de servicios;*
- i. Los 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;*
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k. La prima de vacaciones;*
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968”.*

Posteriormente, la Ley 33 de 1985 al regular el derecho a la pensión de jubilación, exigió 55 años de edad tanto para hombres como para mujeres, prestación que sería calculada con base en el 75% de lo devengado que sirvió de base para la liquidación de aportes. Igualmente, previo un régimen de transición para aquellos servidores que para el momento de su entrada en vigor tuvieran 15 años de servicios, quienes conservarían la prerrogativa de regirse por la normatividad anterior en relación con las exigencias sobre edad. Así se indicó en el artículo 1º de la ley en cita:

“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 años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

[...]

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”.

A su vez, la Ley 62 de 1985 concretó que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del servidor estaría constituida por los siguientes factores: *“asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”.*

Ahora bien, es evidente que las normas que contienen régimen de transición en las disposiciones trascritas no hacen mención al ingreso base de liquidación para las pensiones que se consolidaran bajo estas disposiciones, aspecto que el Consejo de Estado¹ ha interpretado con la aplicación del principio de la inescindibilidad de la ley en materia pensional, cuyo contenido ha sido definido como complemento de la favorabilidad, según el cual cuando en un asunto se encuentran dos o más textos aplicables a la solución del caso concreto, la norma que se adopte: i) debe ser la más favorable al trabajador y ii) debe ser aplicada en su integridad, con lo cual, se evita el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca.

Lo anterior, implica que el régimen de transición pensional permite que se regule una determinada situación de acuerdo con las normas anteriores en su integridad, esto es, en cuanto a edad, tiempo de servicio, monto e ingreso base de liquidación.

Ahora, es importante precisar el Consejo de Estado ha considerado que con la entrada en vigor de la Ley 33 de 1985 quedó derogado el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, y, por ende, la transición que opera en virtud del parágrafo 2º del artículo 1º de aquella ley, remite a la Ley 6ª de 1945, así lo señaló la sentencia del 19 de abril de 2007:

*“No es de recibo el argumento del a quo para negar la prestación pues si bien es cierto los decretos 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, modificaron la edad de jubilación dispuesta en la Ley 6ª de 1945, dichas normas fueron derogadas por la Ley 33 de 1985 por lo que la misma nos devuelve a la Ley 6ª de 1945, como régimen anterior aplicable. Precisamente es el régimen de transición dispuesto en la Ley 33 de 1985 el que permite aplicar el régimen anterior establecido por la Ley 6ª de 1945”.*²

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto de obligaciones del Estado y la sociedad, instituciones y recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, y las demás que se incorporen normativamente en el futuro, con el objeto de garantizar esos derechos irrenunciables de las personas, en condiciones que les permitan tener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las contingencias que las puedan afectar (art. 1º).

En el artículo 36 de la norma en mención, concibió un régimen de transición que ha sido entendido como un beneficio en favor de las personas que cumplan con unos requisitos para la entrada en vigor de aquella, lo cual les permitirá, regirse por las normas aplicables

¹ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 1º de marzo de 2018, Radicación 680012333000201500965 01(3760-2016) CE-SUJ-SII-009-2018.

² Consejo de Estado, Sección Segunda: Subsección B, sentencia 19 de abril de 2007, Radicación 150012331000199902187-01 (1114-03), este criterio fue reiterado en las providencias de la Subsección B, sentencia del 19 de noviembre de 2009, Radicación 250002325000200401634 01(1028-07).

en el régimen anterior al que se encontraban afiliados, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto de la prestación. Así lo señaló:

“ARTÍCULO 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.”.

2.3. Caso concreto

Según se indicó en el acápite de hechos acreditados, es claro que la demandante consolidó su derecho pensional antes de la Ley 100 de 1993, dado que ya había cumplido 50 años de edad, pues no se discute que nació el 2 de abril de 1930, además que tenía más de 20 de servicios, dado que tampoco se controvierte que laboró para para el departamento de Caldas del 1 de marzo de 1959 al 28 de febrero de 1972, y para el Ministerio de Educación Nacional del 20 de septiembre de 1972 al 30 de diciembre de 1994 y del 1 de enero de 1995 al 30 de diciembre de 1998.

A lo anterior se agrega que la demandante, a su vez, era beneficiario del régimen de transición previsto por la Ley 33 de 1985, pues tenía más de 20 años de servicio para su entrada en vigor, es decir, que de acuerdo con el análisis efectuado en precedencia su pensión debía regirse por la Ley 6ª de 1945.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la demandante adquirió su estatus pensional el 2 de septiembre de 1980, esto es, antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985 es claro que, para la liquidación de su pensión se debe acudir a lo señalado en el artículo 45 del Decreto 1045 del 15 de julio de 1978, tal como se reconoció Resolución 015889 de 5 de diciembre de 1996.

Ahora, mediante Resolución 00722 de 11 de enero de 2005 Cajanal reliquidó la pensión de jubilación en cumplimiento de un fallo de tutela, para lo cual se tuvo en cuenta, por favorabilidad, el 85% de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo: *asignación básica, auxilio de transporte, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de antigüedad y prima de alimentación* (Fls. 29-33 C.1), factores señalado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Posteriormente, la Secretaría de Educación del departamento de Caldas a través de las resoluciones 1778 del 22 de marzo de 2013 y 4485 del 28 de junio de 2013, efectuó la homologación del cargo de la demandante y realizó la nivelación de salarios a partir del 10 de febrero de 1997 hasta el 30 de diciembre de 1998 – fecha de retiro del servicio-; dentro de los factores que se incrementaron en su valor se encuentran: **sueldo**, prima técnica, **bonificación por servicios prestados**, **prima de servicios**, bonificación especial recreación, **prima de vacaciones y prima de navidad**. (Fl. 72-78 C.1)

Así las cosas, se evidencia que: en virtud de la homologación y nivelación salarial, fueron incrementados el: sueldo, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, los cuales se encuentran expresamente señalados en el artículo 45 del Decreto 1045 del 15 de julio de 1978, además que fueron tenidos en cuenta en la Resolución 00722 de 11 de enero de 2005 a través de la cual Cajanal reliquidó la pensión de la demandante.

Al respecto, cabe resaltar que los factores y el porcentaje acogidos en la Resolución 00722 de 11 de enero de 2005 no fueron objeto de pretensión de nulidad, por tanto no se puede ordenar su modificación. Llegar a una conclusión diferente implicaría, vulnerar el principio de congruencia externa, y no sólo desbordaría el objeto del litigio fijado, sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

Por lo tanto, se concluye que, es procedente disponer que la pensión de vejez se reliquide atendiendo los nuevos valores reconocidos en virtud de la homologación y nivelación salarial sobre los factores: sueldo, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

Por otra parte, también se evidencia que, la prima técnica y la bonificación especial recreación, no fueron incluidas en la liquidación de la pensión, pero si fueron objeto de incremento por la homologación y nivelación salarial, al respecto debe indicarse lo siguiente:

En cuanto a la prima técnica, el Decreto 1661 de 1991³ (artículo 2º), señaló que su reconocimiento es procedente en dos eventualidades: por conocimientos técnicos especializados o por evaluación en el desempeño del cargo.

La primera eventualidad se da cuando el funcionario o empleado que esté desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo demuestre título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años. En este caso, dichos requisitos pueden ser reemplazados por experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de seis (6) años.

La segunda eventualidad se sucede por evaluación del desempeño del cargo, caso en el cual se puede asignar la prima técnica en todos los niveles.

El mismo decreto citado (en consonancia con la Ley 60 de 1990) dispone que la prima técnica por el desempeño del cargo **no constituye factor salarial**; en cambio, la prima que se otorga como reconocimiento a títulos de especialización y formación avanzada y experiencia en investigación técnica o científica si constituye factor de salario (artículo 7º decreto 1661 de 1990).

En el caso concreto, de conformidad con la Certificación 960 de 13 de mayo de 2016 expedida por la Secretaría de Educación del departamento de Caldas esta no constituye factor salarial, (fl. 68 C.1), además si bien se reconoció sobre ella un incremento por

³ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones.”

nivelación salarial, sobre el mismo no se realizaron descuentos por aportes para pensión (fl. 71 C.1).

Por lo tanto, no hay lugar a ordenar que en la liquidación se incluya la prima técnica o el incremento de dicho factor.

En cuanto a la bonificación por recreación se precisa que, fue creada por el Decreto 451 de 1984, en los siguientes términos:

Artículo 3. Los empleados que adquieran el derecho a las vacaciones e inicien el disfrute de las mismas, dentro del año civil de su causación, tendrán derecho a una bonificación especial de recreación en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de causarlas.

El valor de la bonificación no se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales y se pagará dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del disfrute de las vacaciones.

Mientras se crean en el presupuesto de las entidades el respectivo rubro presupuestal podrá diferirse la fecha señalada para el pago de la bonificación.

Posteriormente, el Decreto 25 de 1995, que derogó el 451 de 1984, dispuso:

Artículo 15. Bonificación especial de recreación. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute de sus vacaciones.

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 señalada para iniciar el disfrute del descanso remunerado.

Luego, el Decreto 40 de 1998 estableció:

Artículo 15. Bonificación especial de recreación. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.

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.

Sobre dicho beneficio, el Consejo de Estado, en sentencia del 4 de septiembre de 2014⁴, advirtió:

*“No es posible incluir la **Bonificación por Recreación** en la base de liquidación, toda vez que el artículo 15 del Decreto 40 de 1998, expedido en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4^a de 1992, estableció que la misma «no constituirá factor de salario*

⁴ Sección Segunda, Subsección B. Expediente 1420-11. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

para ningún efecto legal», además, dada su naturaleza prestacional, pues dicha bonificación está dirigida a contribuir en el adecuado desarrollo de la vida del empleado, como lo es el ámbito de la Recreación, por lo tanto, no tiene carácter salarial”.

Por lo anterior, no hay lugar a ordenar que en la liquidación se incluya la bonificación por recreación o su incremento.

2.4. Restablecimiento Del Derecho

En atención a lo expuesto, se ordenará a la UGPP reajustar la pensión reconocida a favor de la demandante, tomando para el efecto, además de los factores ya reconocidos en la Resolución 00722 de 11 de enero de 2005, el monto definitivo del sueldo, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, tras el proceso de homologación y nivelación salarial, cancelando las diferencias entre lo que se debió pagar y lo efectivamente cancelado.

Sobre el incremento de estos factores y en cuanto no se hayan efectuado los aportes a pensión, se autoriza a la UGPP realizar los descuentos para tal fin, correspondientes al periodo comprendido entre el 10 de febrero de 1997 y 30 de diciembre de 1998, en el porcentaje que corresponde a la demandante. Lo anterior tiene como fundamento el principio de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, toda vez que los incrementos sobre los factores que se ordenaron incluir dentro de la liquidación de su prestación, eran recursos que, en su momento, se debieron tener en cuenta por la administración para efectuar los aportes mensuales al Sistema.

Además, sobre las diferencias que surjan a partir de la nueva liquidación de la pensión, se ordenará hacer los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que los aportes hechos durante el tiempo en que se ha pagado la prestación se hicieron sobre menores valores que los que se ordenaron en esta sentencia. Lo anterior tiene total sustento en el principio de solidaridad del Sistema General de Salud.

Las sumas reconocidas serán reajustadas con siguiente fórmula: $R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$. Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

3. Segundo problema jurídico ¿Hay prescripción trienal de las mesadas pensionales?

En tratándose del fenómeno jurídico de la prescripción el Decreto 1848 de 1969, establece en su artículo 102: “1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.” “2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

En el caso bajo estudio se tiene que, mediante Resolución 00722 de 11 de enero de 2005 Cajanal reconoció la pensión de vejez, a partir del 1 de enero de 1999. Por su parte, la

homologación y nivelación salarial fue reconocida a la actora mediante resoluciones 1778 del 22 de marzo de 2013 y 4485 del 28 de junio de 2013 y la petición de reliquidación fue presentada el 1º de junio de 2015, (Fls. 34-40 C.1); y la demanda se instauró el 18 de agosto de 2016. (Fl 1 C. 1)

Lo expuesto significa que, la fecha a partir de la cual se debe contar la prescripción es desde que se reconoció la homologación y nivelación a la demandante, pues en este momento surgió el derecho a solicitar la reliquidación de la pensión por nuevos valores de los factores salariales que hacían parte del IBL.

Por lo anterior, es claro que entre la fecha en que efectivamente se reconoció la homologación y nivelación salarial, el reclamo ante la entidad para que se reliquidara la pensión y la presentación de la demanda no transcurrieron más de tres años, por lo que se declarará no probada la excepción de prescripción.

4. Costas

No habrá condena en costas entre demandante y demandado, teniendo en cuenta que, las pretensiones formuladas en la demanda prosperan 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,

Falla

Primero: Declárase no probadas las excepciones denominadas, *“Inexistencia de la obligación”*, *“Irretroactividad”* y *“Prescripción”*, propuestas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Segundo: Declárase la nulidad de las resoluciones: i) RDP 047097 de 12 de noviembre de 2015, ii) RDP 05854 de 11 de febrero de 2016 y iii) RDP 006417 de 15 de febrero de 2016 expedidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP.

Tercero: Como consecuencia de tal nulidad, a título de restablecimiento del derecho, **Ordenase** a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, reajustar la pensión de jubilación reconocida mediante Resolución 00722 de 11 de enero de 2005, teniendo en cuenta el monto definitivo del **sueldo, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad** certificados y reajustados con ocasión del proceso de homologación del cual fue beneficiaria la demandante. Los demás aspectos definidos en la referida resolución se mantienen vigentes por no haber sido objeto de demanda.

Sobre el incremento de estos factores y en cuanto no se hayan efectuado los aportes a pensión, se autoriza a la UGPP realizar lo descuentos por aportes a pensión entre el 1 de febrero de 1997 y 31 de diciembre de 1998, en el porcentaje que corresponde a la demandante. Así mismo, sobre las diferencias que surjan a partir de la nueva liquidación de la pensión, se harán los aportes destinados para el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Las sumas reconocidas deberán ser indexadas de conformidad con el artículo 187 y 192 del C.P.A.C.A, es decir, actualizadas mediante la aplicación de ajustes de valor de acuerdo con la expresada en la parte considerativa de esta sentencia.

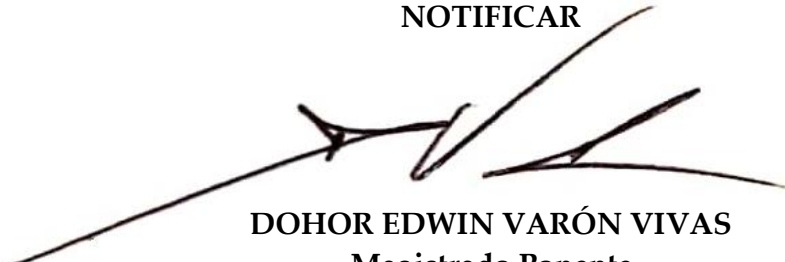
Cuarto: Niéganse las demás pretensiones de la parte demandante.

Quinto: Sin condena en costas.

Sexto: Ejecutoriada esta providencia, **Devuélvase** el expediente al Juzgado de Origen, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 049 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 TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARON VIVAS

Sentencia No. 341

Manizales, seis (6) de noviembre del año dos mil veinte (2020).

Radicado	17001-33-33-007-2017-00334-02
Medio De Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	Jorge Vargas Álvarez
Demandado	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Se dicta sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo que accedió a pretensiones del demandante.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare la nulidad del Oficio N° S-2017-011876-segen ARPRE-GUBOC 1-10 de 4 de Abril de 2017, suscrito por el Jefe de Área de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la demandada reconocer, liquidar y pagar la indemnización sustitutiva de pensión de vejez y demás prestaciones a que hubiere lugar, desde el momento que cumplió los requisitos legales, conforme a lo establecido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en la cuantía establecida en el Decreto 1730 de 2001.

1.2. Fundamento factico

Se señala que, el demandante prestó sus servicios personales al servicio a la Policía Nacional entre otras cosas como Agente; que las labores desplegadas iniciaron en el año 1973 hasta el año 1978.

Que no puede seguir aportando para alcanzar su pensión de jubilación, por cuanto no percibe recursos de ninguna índole; por tal motivo el 16 de marzo de 2017 solicitó la indemnización sustitutiva, pero esta fue negada por medio de Oficio No S-2017-011876-segen/ARPRE-GUBOC 1-10 del 4 de abril de 2017.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Invocó como vulnerados la Convención Americana Sobre Derechos Humanos Preámbulo, artículos 17 y 26; la Constitución Política, artículos 1,2, 13, 46, 47, 48 y 53; Ley 100 de 1993, artículos 13, 37, 288, concordantes con el Decreto 1730 de 2001, Ley 238 de 1995 artículo 1, Decreto 4433 de 2004.

Adujo que la decisión de la entidad desconoce lo atinente a la prolija reglamentación que tiene la indemnización sustitutiva y su concesión; que por ello se solicita la aplicación del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 que establece el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión.

2. Contestación a la demanda

La parte accionada se opuso a las pretensiones del demandante y en cuanto a los hechos aceptó como ciertos la vinculación a la Policía Nacional, así como la petición realizada por el actor y la expedición del acto administrativo demandado.

Adujo que el Decreto 609 de 1977 regula la naturaleza del cargo de Agente y sus prestaciones sociales, por lo tanto, estos hacen parte de la Policía Nacional y gozan de un régimen especial que los hace diferentes a los demás empleados públicos, por cuanto se hacen merecedores a una serie de prebendas en tiempos determinados.

Que por tratarse de un régimen especial y por no cumplir con los requisitos para acceder a la asignación de retiro, no puede otorgarse un beneficio tal como el reclamado por indemnización sustitutiva consagrada en la Ley 100 de 1993, vigente a partir del primero de abril de 1994.

Que, además, no es viable reconocer la indemnización sustitutiva toda vez que, es una institución que cuenta con un régimen especial y excepcional y que frente al personal uniformado y no uniformado que labora o laboró en la Policía Nacional actualmente no se realizan ni se llegó a realizar ningún tipo de descuentos a fin de efectuar cotizaciones para pensión ante alguna administradora de pensiones.

Con fundamento en lo expuesto propuso las excepciones de: *“Legalidad del acto administrativo que negó el reconocimiento”*, basado en que el acto administrativo goza de presunción de legalidad por estar ajustado a la Constitución y a la ley y *“La prescripción de la acción”*, con fundamento en el artículo 113 del Decreto 1213 de 1990.

3. Fallo de primera instancia

El *a quo* accedió a las pretensiones del demandante por lo que, declaró la nulidad del acto administrativo demandado y ordenó a título de restablecimiento, el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez dando aplicación para efectos de establecer la cuantía de la misma, a las disposiciones contenidas en el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, aclarando que el tiempo o semanas de cotización de qué habla la norma precitada, se entenderá que corresponde al tiempo de servicios que ha sido debidamente acreditado, esto es desde el 1º de febrero de 1973 hasta el 21 de septiembre de 1978.

Para ello planteó como problema jurídico determinar si, era procedente el reconocimiento de la indemnización sustitutiva a favor del demandante por el tiempo de servicios prestados al interior de la Policía Nacional en calidad de agente. Luego de revisar el material probatorio, el régimen de la fuerza pública y de la indemnización sustitutiva, así como jurisprudencia relacionada con el tema indicó que, el régimen aplicable es el previsto en la Ley 100 de 1993 en razón del principio de favorabilidad y de la retrospectividad de la ley, por cuanto la parte actora cumplió los requisitos para acceder a una indemnización sustitutiva con posterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, la cual al tenor de lo dispuesto en el artículo 151 ibidem empezó a regir a partir del 1º de abril de 1994.

Precisó además que, toda vez que no se realizaron cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por parte de la Policía Nacional, el tiempo semanas de cotización de qué habla el artículo 3º del Decreto 1730 de 2011 se

entenderá que corresponde al tiempo de servicios que ha sido debidamente acreditado en el plenario.

4. Recurso de apelación

La parte demandada señaló que, el motivo de inconformidad radica en la declaratoria de nulidad del acto demandado en el cual se negó la indemnización sustitutiva al demandante, quien estuvo vinculado a la Policía Nacional desde el 1º de febrero de 1973 al 21 de septiembre de 1978, sin que para dicha fecha estuviese vigente la Ley 100 de 1993.

Que el despacho reconoció la indemnización sustitutiva sin tener en cuenta el Decreto 609 de 1977 que reguló la naturaleza del cargo de agente de la Policía Nacional, así como sus prestaciones, desconociendo que estos tienen un régimen especial que los hace diferentes a los demás empleados públicos y que los hace merecedores a una serie de prebendas en tiempos determinados.

Por tanto, por tratarse de un régimen especial y por no cumplir con los requisitos para acceder a la asignación de retiro no podía otorgarse la indemnización sustitutiva consagrada en la Ley 100 de 1993, además que, al personal uniformado y no uniformado que labora o laboró en esta institución actualmente no se le realiza ni se le llegó a realizar ningún tipo de descuentos a fin de efectuar cotizaciones para pensión ante alguna administradora de pensiones.

5. Alegatos de conclusión

Parte demandada: insistió en los argumentos planteados en el recurso de apelación.

Parte demandante y el Ministerio Público: guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

¿Le asiste derecho al demandante a que se le reconozca y pague la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, aunque la fecha de retiro del servicio de la Policía Nacional fue anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y que no fueron realizadas cotizaciones al sistema pensional?

2. Tesis del Tribunal

El demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por cuanto: i) el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, es aplicable a los miembros de la fuerza pública con fundamento en el principio de favorabilidad; ii) el referido artículo no contemplaba límite para su aplicación en el tiempo, ni la dejó condicionada a que la persona debía realizar las cotizaciones después de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, o que debiera encontrarse vinculada al servicio en tal momento; además iii) el hecho de no haber realizado aportes es una responsabilidad que la entidad no puede trasladar al accionante.

Para fundamentar lo expuesto, se analizarán: i) los hechos probados; ii) el principio de favorabilidad; iii) la indemnización sustitutiva consagrada en la Ley 100 de 1993; iv) los requisitos para obtener la indemnización sustitutiva y iv) el caso concreto.

2.1. Lo probado

- El Registro Civil del actor da cuenta que nació el 21 de diciembre de 1952 (fl. 20 C. 1) por lo que cumplió 60 años el 21 de diciembre de 2012.
- El Formato Nro. 1 *Certificado de Información Laboral* 865 del 29 de marzo de 2017 se informa que el demandante laboró para la Policía Nacional, en calidad de Agente, desde el 1o de febrero de 1973 hasta el 21 de septiembre de 1978. (fls. 23 C.1)
- El 16 de marzo de 2017 el demandante solicitó al Ministerio de Defensa - Policía Nacional, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, afirmando que no puede seguir aportando para alcanzar su pensión de jubilación, debido a su avanzada edad y sus condiciones económicas.
- A través del Oficio No S-2017-011876-segen/ARPRE-GUBOC 1-10 del 4 de abril de 2017 suscrita por el Jefe Área de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional, se negó la solicitud de indemnización sustitutiva de vejez. (fls. 11 C. 1).

2.2. Principio de favorabilidad

Cuando al momento de causarse algún derecho se está en presencia de dos o más disposiciones jurídicas que proveen una solución al caso, en virtud del principio de favorabilidad¹, se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso. Lo anterior en virtud de lo que se conoce como el *principio de inescindibilidad o conglobamento*.

Los miembros de la Fuerza Pública y la Policía Nacional se encuentran exceptuados de la aplicación del régimen general de la Ley 100 de 1993 en virtud de su artículo 279, que dispone:

“El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas”.

En principio, esta disposición excluiría la posibilidad de que las normas del Sistema General de Seguridad Social contenidas en la Ley 100 de 1993 puedan aplicarse a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en virtud de la favorabilidad que consagra el artículo 53 de la Constitución Política. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha admitido esta opción en aquellos eventos en que las normas del régimen especial son diametralmente distintas a las del general, representando para sus destinatarios una desmejora injustificada y evidente que se traduce en un trato discriminatorio y, por consiguiente, violatorio del derecho a la igualdad (art. 13 C.P.).

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T-393 de 2 de julio de 2013 señaló:

¹ Este principio tiene como sustento el artículo 53 de la Constitución Política, según el cual «EL Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.»

“4. Aplicación del régimen general de seguridad social a quienes pertenecen al régimen especial de las Fuerzas Militares

Ahora bien, como se observó, la implementación de regímenes especiales de seguridad social ya ha sido objeto de estudio por parte de este tribunal y, además de señalar que no vulneran el derecho a la igualdad, se indicó que quienes son beneficiarios de dichos regímenes deben acogerse a ellos en su totalidad, toda vez que existen otras disposiciones dentro de los mismos que permiten compensar la diferencia de tratamiento en términos prestacionales.

No obstante, la Corte también ha resaltado que cabe la posibilidad de entrar a analizar si las normas de una prestación específica en el régimen especial pueden vulnerar el derecho a la igualdad, lo cual procede cuando la diferenciación que dispone la ley se puede considerar como arbitraria y es clara la desmejora que sin justificación aparente se les brinda a los beneficiarios del régimen especial. Para que este examen sea posible la jurisprudencia constitucional ha establecido ciertos requisitos:

“Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social.

Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente”.

De lo anterior se puede entender que, existe la posibilidad de aplicar el régimen general a los miembros de estos grupos especiales, cuando se verifique la ocurrencia de los anteriores supuestos, ya que el objetivo de la Constitución en cuanto a este tema es la especial protección del mínimo vital y de las personas de la tercera edad. Con la creación de los regímenes especiales lo que se busca es brindar una protección específica debido a las condiciones de la labor que desempeñan quienes están sujetos a los mismos, la cual no puede ser menos beneficiosa que las que se

aplican al resto de la población, en otras palabras, el régimen no puede resultar discriminatorio...”.

En igual sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado² al permitir que, con apoyo en el principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad, se apliquen las normas del régimen general de seguridad social a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

2.3. La indemnización sustitutiva es aplicable a los ex miembros de la fuerza pública, cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993 determinó que el Sistema General de Pensiones se aplicaría a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente, los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores.

Por su parte el artículo 151 *ibidem*, estableció que el Sistema General de Pensiones regiría a partir del 1º de abril de 1994, de lo cual se desprende que es una norma de orden público que implica su inmediato cumplimiento, motivo por el cual, al momento de entrar en vigor en materia de pensiones la referida disposición, afecta las situaciones no consolidadas.

El artículo 37 de la misma ley establece la *indemnización sustitutiva* y es definida como una de las prestaciones económicas determinadas para el régimen solidario de prima media con prestación definida, la cual se concibe como un derecho que tienen las personas que hayan cumplido la edad para acceder a la pensión de vejez pero no cuenten con las semanas establecidas para este fin, y por ello está la posibilidad de recibir una compensación en dinero por cada una de las semanas cotizadas, garantizando así el Estado el derecho a la seguridad social para todas las personas.

² Al respecto, pueden leerse las siguientes sentencias proferidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda: subsección B, 130012331000200300080 01 (1925-2007), actor: William Tapiero Mejía, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional; subsección B, 76001233100020080061301(1895-14), actor: Carlos Alberto Escudero Suaza, demandado: Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional; subsección B, 25000232500020030678601(1706-12), actor: Flaminio Vela Moreno, demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional; subsección B, 05001233100020030044801 (0103-13), actor: José Otoniel León Gallo, demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional; subsección B, 05001233100019970339501 (0620-12), actor: Alex Bermúdez Rentería; demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

En este punto debe advertirse que el citado artículo, no contemplaba límite para su aplicación en el tiempo, ni la dejó condicionada a que la persona debía realizar las cotizaciones después de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, o que debiera encontrarse vinculada al servicio en tal momento. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, en sentencia T-1088 de 14 de diciembre de 2007:

Así las cosas, se concluye, las normas que regulan lo referente a la indemnización sustitutiva también tienen aplicación en relación con aquellas personas que cotizaron bajo la vigencia de la anterior normatividad y cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes, lo que exige que su definición se efectúe bajo el imperio de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, las entidades encargadas de su reconocimiento no pueden oponerse a éste bajo el argumento de que las cotizaciones de hayan realizado con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que, en consecuencia, no son las aplicables las disposiciones normativas de dicha Ley, ya que, tal como se estableció, las normas establecidas en la Ley 100 de 1993 son de orden público, lo que implica que ellas son de inmediato y obligatorio cumplimiento y, por tanto, afectan situaciones no consolidadas que se encuentren en curso". (Se resalta).

Por su parte, el Consejo de Estado³ en sentencia del 18 de diciembre de 2017 proferida en acción de tutela contra la Nación – Ministerio de Defensa – Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, reiteró que la indemnización sustitutiva es aplicable a los ex miembros de la fuerza pública, cuya situación jurídica no se consolidó bajo las normas que le eran aplicables en virtud del régimen de transición, sin que sea dable exigir para el reconocimiento de la indemnización, haber cotizado al Sistema Integral de Seguridad Social, en virtud del principio de favorabilidad:

"No obstante, como ya se dijo, el legislador, en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 dispuso como solución alternativa al pago de la pensión, el reconocimiento indemnización sustitutiva, aplicable a esta situación particular por la que atraviesa el actor, dentro de un contexto garante de sus derechos fundamentales, que permite propender porque sus condiciones de existencia sean dignas.

³ Sección Segunda, Subsección A, Rad.: 15001-23-33-000-2017-00690-01(AC).

Así las cosas, no se compadece con la actual situación del señor Martínez Ocampo, que habiendo laborado por todo ese interregno, inclusive antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que se le haya concedido la indemnización sustitutiva atendiendo a sólo 34 semanas.

Ahora bien, la misma Corte Constitucional ha señalado que según el contenido del artículo 37 en referencia, la consagración de la indemnización sustitutiva no comporta ni la obligación de seguir trabajando hasta completar el mínimo de semanas cotizadas, ni la carga de tener que renunciar a la expectativa de completar el tiempo de cotización, bajo la necesidad imperiosa de tramitar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, una vez alcanzada la edad mínima para acceder a la pensión de vejez. Al contrario, es una decisión libre del afiliado que puede ser tomada en cualquier tiempo, como quiera que esa Corporación ha reconocido el carácter imprescriptible de dicha prestación.

*En este contexto, como la misma Ley 100 de 1993, se ajusta al caso particular del actor, **ya que su situación jurídica no se consolidó bajo las normas que le eran aplicables en virtud del régimen de transición, al efectuar su solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva en el año 2013, por esta razón es viable su concesión bajo los parámetros de la referida ley, esto por cuanto es claro que no es dable exigir para el reconocimiento de la indemnización, haber cotizado al sistema Integral de Seguridad Social, en virtud del principio de favorabilidad.***

*De acuerdo a lo anterior, debe atenderse a las semanas cotizadas aún con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, ya sea en el sector público o privado, pues conforme al literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se dispone que “para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, **o el tiempo de servicio como servidores públicos**, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”.⁴ (Se resalta).*

En este orden de ideas, no queda duda que la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 es aplicable a los ex miembros de la fuerza

⁴ Sección Segunda, Subsección A, de 9 de junio de 2015, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación No: 17001-23-33-000-2015-00116-01

pública, cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes.

2.4. Requisitos para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993 estableció el derecho a la indemnización sustitutiva para aquellas personas que no cumplen con el número de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez, así:

***ARTICULO. 37.- Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.** Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado (Subraya la Sala).*

Esta norma fue reglamentada por el Decreto 1730 de 2001, el cual consagró en su artículo 1° (modificado a su vez por el Decreto 4640 de 2005) los requisitos para acceder a la indemnización sustitutiva, así:

***Artículo 1°. Causación del derecho.** Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:*

a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;

b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;

d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994". (Subraya la Sala).

El Consejo de Estado⁵ se pronunció sobre la legalidad de la expresión "se retire del servicio" contenida en el literal a) del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1730 de 2001, que si bien fue modificado por el Decreto 4640 de 2005, dejó intactas las situaciones en las cuales se adquiere el derecho a dicha indemnización sustitutiva:

"Una lectura desprevenida del texto que incluye el aparte acusado en nulidad, a primera vista parece indicar que se requiere que el afiliado una vez cumpla la edad pensional se debe retirar del servicio -para poder gozar de la indemnización reglada- o sea, que debe cumplir la edad pensional estando en servicio, con lo cual no podría adquirir la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez si se ha retirado antes de cumplir la edad pensional.

El texto legal reglado -Art. 37 de la Ley 100 /93-, por el acto acusado parcialmente en este caso -Literal a del Art. 1º del Dcto. R. 1730 /01-, como ya se expresó en ningún momento exige que el afiliado cumpla la edad pensional estando en servicio y, por lo tanto, la norma reglamentaria no puede tener dicho alcance o consagrar tal exigencia.

Pero, como la ley exige -fuera de tener la edad pensional y no haber cumplido el mínimo de semanas exigidas para la pensión de vejez- que el afiliado declare su imposibilidad de continuar cotizando, es posible entender la norma reglamentaria acusada en el sentido que, si en ese momento se encuentra en servicio DEBE RETIRARSE para poder reclamar la indemnización sustitutiva señalada, lo cual es lógico porque no es posible CONTINUAR EN SERVICIO SIN COTIZAR y a la vez obtener la mencionada indemnización. En efecto, si el afiliado CONTINUA EN SERVICIO, lógico es que CONTINÚE COTIZANDO y de esa manera, no se cumple el requisito legal para la reclamación del derecho a la indemnización sustitutiva reglada. Y también se debe entender que no es necesario que al momento de cumplir la edad pensional el afiliado tenga que estar en servicio (...)" (Subraya la Sala).

⁵ Sección Segunda. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero; 11 de marzo de 2010. Rad.: 11001-03-24-000-2006-00322-00(0984-07)

Conforme a lo anterior, el requisito establecido en los Decretos Reglamentarios del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 (Decreto 1730 de 2001 y 4640 de 2005) para ser acreedor del derecho a la indemnización sustitutiva, no se encuentra condicionado a que al momento en que la persona cumpla la edad para acceder a la pensión deba estar cotizando.

Frente al tema del reconocimiento de la indemnización sustitutiva para aquellas personas que no se encontraban vinculadas al servicio al momento de entrar en vigor la Ley 100 de 1993, se ha pronunciado el Consejo de Estado⁶ en los siguientes términos:

No obstante lo anterior, en aras de despejar cualquier duda respecto del reconocimiento de un derecho consagrado en la Ley 100 de 1993, a una persona que para la fecha en la cual ésta entró en vigencia no estaba vinculada al servicio público, destaca la Sala que el legislador no exigió como presupuesto del reconocimiento del derecho a la indemnización sustitutiva estar vinculado al servicio, ni excluyó de su aplicación a las personas que estuvieran retiradas del servicio. Si así lo hubiere hecho, tal disposición sería a todas luces inconstitucional, entre otras razones, por ser violatoria del derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta y desconocer la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S. del T.) y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales – art. 53 ibídem -, así como la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la garantía a la seguridad social y la asistencia a las personas de la tercera edad – art. 46.

Sin embargo, el actor, bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 llegó a la edad de retiro forzoso (65 años en octubre 19/96) quedando en imposibilidad de vincularse al servicio y, por ende, de seguir cotizando al sistema pensional, tal como lo declaró oportunamente.

De esta manera es necesario precisar que una cosa es que la persona que contaba a su favor con más de 17 años de servicio y aportes tanto a salud como a pensión

⁶ Sentencia 25000 23 25 000 1999 06034 01 (4109-04) de octubre 26 de 2006.

estuviera desvinculada del servicio al momento de entrar en vigencia la ley 100 y otra, que por esta razón se considere por fuera del sistema pensional, cuando la propia ley no consagra el retiro del sistema como consecuencia de la desvinculación laboral. Por el contrario, la persona que se encuentra en las referidas condiciones se entiende incorporada al sistema general de pensiones, entre otras razones, porque las cotizaciones efectuadas, no pueden entenderse por fuera del mismo sistema y no puede afirmarse que la desvinculación del servicio conlleve el retiro del sistema pensional.

...

Ahora bien, admitir la tesis de que la indemnización no se aplica a las personas que estaban por fuera del servicio, implicaría contradecir los mandatos previstos en el artículo 53 de la Carta y establecer un trato diferenciado, una discriminación, no razonable, ni equitativa, que no encuentra justificación alguna y que por el contrario, puede llegar a afectar derechos de quienes, como el demandante, se encuentran dentro del grupo de personas de la tercera edad, cobijadas por una protección constitucional especial (art. 46). (...)" (Subraya de la Sala).

En virtud de los pronunciamientos del Consejo de Estado anteriormente transcritos, la indemnización sustitutiva puede reconocerse a aquellas personas que, habiendo aportado o prestado sus servicios a entidades públicas, no cumplen con el requisito del tiempo de servicio mínimo para acceder a la pensión, aún en el caso de que al momento de entrar en vigor la Ley 100 de 1993, no se encontraran vinculadas al servicio.

De igual manera, la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones (T- 972 de 2006, T- 1088 de 2007, T- 850 de 2008, T- 597 de 2009, T- 539 de 2009, T- 529 de 2009, T- 235 de 2010 y T- 080 de 2010) y ha determinado que existe una vulneración al derecho a la seguridad social al negar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva solicitadas por los diversos actores, bajo los argumentos que su retiro se produjo con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, o que por haber cotizado con anterioridad a la misma, dicha normativa no les era aplicable; así como en otros casos manifestaban que el actor no cumplió con el requisito establecido en el artículo 1 del Decreto 1730 de 2001.

De los múltiples pronunciamientos se cita un aparte de la Corte Constitucional así: "En este orden de ideas, se concluye que negar el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con el argumento de que ésta solamente se aplica a aquellos

empleados públicos que han cotizado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, vulnera el derecho a la seguridad social de las personas que pertenecieron al sector que realizaron los aportes con anterioridad a esta ley". (T-505 de 30 de junio de 2011)

2.5. La cotización en la indemnización sustitutiva

Sobre el tema, el Consejo de Estado en providencia del 28 de septiembre de 2017⁷ señaló:

En cuanto a la segunda inconformidad consistente en que no se realizaron aportes pensionales a favor del señor Regulo Constante Gutiérrez, pues no estuvo afiliado a un régimen pensional, debe esclarecerse que ciertamente dentro del expediente no obra ninguna prueba de que haya estado afiliado a alguna entidad administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida o de Ahorro Individual con Solidaridad ni que haya realizado aportes.

Adicionalmente, el 4 de septiembre del presente año el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible informó que nunca se realizaron aportes a pensión ni por parte de Inderena ni descuentos a los funcionarios para hacer aportes a ninguna caja de previsión ni para el Instituto de los Seguros Sociales (ff. 134 y vto).

Sin embargo, lo anterior es apenas lógico si se tiene presente que para la época en que el señor Constante Gutiérrez estuvo vinculado a Inderena (del 18 de diciembre de 1978 al 31 de enero de 1981 y del 17 de enero de 1990 al 30 de mayo de 1990), era precisamente Inderena quien asumía el pago de pensiones de sus trabajadores directamente, por lo cual no realizó aportes a un fondo ni al Instituto de Seguros Sociales.

De igual forma, es importante anotar que Inderena únicamente afilió a sus trabajadores a una entidad de previsión social hasta el 1º de abril de 1994, como el propio Ministerio lo acepta en la contestación del 8 de mayo de 2015 (f. 10). En ese orden de ideas, al no haber trasladado el riesgo a un fondo, es el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible a quien corresponde el reconocimiento y pago de las prestaciones causadas a favor de los empleados de Inderena antes de dicha afiliación, como ocurre en el presente asunto.

⁷ Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa - Sección Segunda, 28 de septiembre de 2017 Rad n° 08001-23-33-000-2017-00814-01

A pesar de lo anterior, la entidad accionada sostiene que no es posible reconocer la indemnización sustitutiva solicitada por el accionante, ya que aquella únicamente se creó dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida con la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular, se repara en que asiste razón al Ministerio al afirmar que la indemnización sustitutiva se creó en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al señalado Régimen. Empero, ello no implica en forma alguna que quienes hayan prestado sus servicios a un empleador antes de la Ley 100 de 1993 no tengan derecho a recibirla, como quedó antes expuesto.

Aceptar esa tesis conllevaría a una transgresión a la seguridad social de los trabajadores y a desconocer su finalidad que no es otra que proteger a los empleados de las contingencias de la vida, en este caso, el de la vejez. En efecto, sostener que una persona no tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva porque trabajó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, va en contravía de los derechos fundamentales de los trabajadores al mínimo vital, seguridad social y debido proceso.

*En esa línea de pensamiento, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible **está obligado a reconocer y pagar a favor del señor Regulo Constante Gutiérrez la indemnización sustitutiva a que tiene derecho, de conformidad con los tiempos que laboró.***

Por lo tanto, el hecho de que el empleador no realice cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en pensiones es una situación que no puede trasladar al trabajador, afiliado o beneficiario, por lo que, para efectos de establecer la cuantía de la interiorización sustitutiva, se tendrá en cuenta el tiempo de servicios laborados.

2.6. Análisis del caso concreto

Del certificado de información laboral se desprende que el demandante laboró para la Policía Nacional, en calidad de Agente, desde el 1º de febrero de 1973 hasta el 21 de septiembre de 1978. Así como que, al momento en que la Policía Nacional negó la prestación solicitada, lo cual ocurrió el 4 de abril de 2017, el demandante contaba

con más de 60 años de edad y se encontraba retirado del servicio, sin completar el mínimo de semanas requerido para obtener la pensión.

Por lo tanto, de conformidad con el fundamento normativo y jurisprudencial expuesto se concluye que, el régimen aplicable al demandante es el previsto en la Ley 100 de 1993 en razón al principio de favorabilidad de la ley, por cuanto cumplió los requisitos para acceder a una indemnización sustitutiva de vejez con posterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, la cual empezó a regir a partir del 1º de abril de 1994 fecha anterior al cumplimiento de la edad para obtener la pensión de vejez por parte del demandante, pues cumplió 60 años de edad el 12 diciembre 2012.

Teniendo claro que al demandante se le aplicaba el régimen de la Ley 100 de 1993, se tiene además que, cumple los requisitos para tener derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva. En efecto, existe certeza que el demandante laboró en calidad de Agente de la Policía Nacional; que a la fecha en la que cumplió los 60 años de edad no reunía el tiempo de servicio requerido para acceder a la pensión de vejez, lo cual ocurrió bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993; y que no se encuentra en posibilidad de continuar cotizando, tal como lo afirmó en la solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva.

Conforme a lo anterior, se concluye que el demandante se encuentra dentro de la hipótesis establecida en el literal a) del artículo 1º del Decreto Reglamentario 4640 de 2005⁸ y reúne los presupuestos establecidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario de la prestación que reclama.

Ahora bien, es inocuo el argumento del apelante consistente en que no hay lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva por cuanto no se llegó a realizar ningún tipo de descuentos a fin de efectuar cotizaciones para pensión ante alguna administradora de pensiones, habida consideración que, dicha situación es una

⁸ Artículo 1º. Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:

a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando (...)."

responsabilidad que la entidad no puede trasladar al accionante, tal como lo ha referido el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades.

Por lo tanto, como no se realizaron cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en pensiones por parte de la Policía Nacional respecto del demandante, el tiempo semana de cotización de qué habla el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001⁹ para efectos de establecer la cuantía de la indemnización sustitutiva, se entenderá que corresponde al tiempo de servicios que ha sido debidamente acreditado, tal como se declaró en la sentencia de primera instancia.

2.7. Conclusión

Le asiste a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional la obligación de reconocer, pagar y liquidar al demandante la indemnización sustitutiva de conformidad con los tiempos que laboró, en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y según lo dispuesto en el Decreto 1730 de 2001, tal como lo afirmó el *a quo*, lo que trae como consecuencia que se confirme en su totalidad la sentencia recurrida.

3. Costas

No se condenará en costas de segunda instancia a la demandada, en atención a que no se observa actuación en segunda instancia por la parte demandante.

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

FALLA:

⁹ **Artículo 3º.** *Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula: $I = SBC \times SC \times PPC$*

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento. (...)

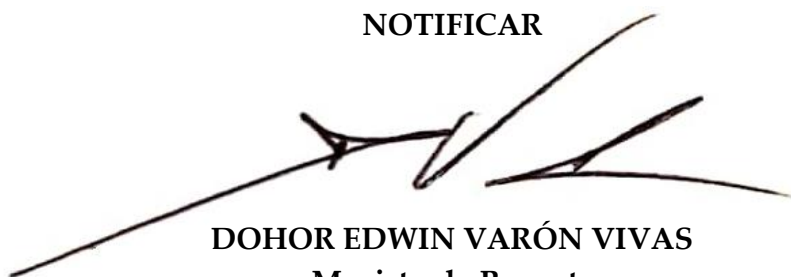
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales el 1º de abril de 2019 en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Jorge Vargas Álvarez** contra la **Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.


TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, 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. 049 de 2020.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado