

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

Manizales, diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021)

<b>PROCESO No.</b>	<b>17001-23-33-000-2019-00256-00</b>
<b>CLASE</b>	<b>PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS</b>
<b>ACCIONANTE</b>	<b>LUZ ELENA TORRES AMAYA Y MARÍA LUZ DARY OSORIO CASTRILLÓN</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>MUNICIPIO DE MANIZALES, CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS - CORPOCALDAS</b>
<b>VINCULADO</b>	<b>AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.</b>

Procede la Sala Primera de Decisión a proferir sentencia de primera instancia, dentro del proceso de protección de los derechos e intereses colectivos de la referencia.

**PRETENSIONES**

Solicitó la parte actora:

Adoptar las medidas administrativas, jurídicas, presupuestales, técnicas e institucionales necesarias para realizar las siguientes actividades:

- Efectuar una inspección completa al terreno para encontrar una solución concreta al problema de estabilidad que se presenta en el barrio cervantes en la calle 31C n° 33 – 14.
- Realizar obras de estabilidad del talud.
- Realizar obras de mantenimiento y reparación de los canales de manejo de aguas del talud.
- Realizar acciones de prevención y obras de mitigación del riesgo.

### HECHOS

Las actoras informan que tienen viviendas en el barrio bajo cervantes en la Calle 31C n°33-14, que en la ola invernal del año 2017 se produjo un fenómeno de remoción en masa producto de un talud que está ubicado a un lado de las viviendas, lo que ha generado que el terreno esté inestable ocasionando daños en las viviendas.

Señalan que la administración construyó algunos anclajes pasivos durante la emergencia del 19 de abril de 2017 en la parte superior de las viviendas, pero las mismas están muy deterioradas pues el agua se filtra hasta las viviendas.

Los problemas de inestabilidad del terreno no solo ponen en peligro las viviendas colindantes con el talud, sino también a los predios y vecinos del sector.

### INTERVENCIÓN DE LAS ACCIONADAS

- **MUNICIPIO DE MANIZALES:** en relación a los hechos indicó que en su mayoría son ciertos.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, pues a su juicio, no existe violación alguna a los derechos colectivos, puesto que la zona objeto de la presente acción es constantemente monitoreada, además de las que las obras realizadas en el sector se encuentran en buen estado.

- **CORPOCALDAS:** en relación con los hechos señala que se abstiene de realizar algún pronunciamiento.

Seguidamente, sobre las pretensiones, señala que las mismas son competencia de la autoridad municipal.

Indica que las obras que se deben desarrollar en el sector deben ir encaminadas a controlar el proceso de inestabilidad del terreno, además de que las familias que habitan las viviendas afectadas deben ser incluidas en programas de reubicación, dado el alto riesgo de deslizamiento de la zona.

### **VINCULADA**

**AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P:** al contestar la demanda esgrime que, la problemática descrita por las actoras se presenta por el deslizamiento del talud ubicado en la parte trasera de las viviendas; de igual forma señala que, en el talud la empresa no cuenta con redes de alcantarillado o de acueducto. De igual forma y de acuerdo a la visita técnica realizada en el sector, que se pudo constatar que las viviendas de las accionadas no cuentan con el servicio de agua por haber sido suspendido por la orden de evacuación que dio la unidad de riesgo del municipio.

Finalmente señala que no le tañe responsabilidad alguna en el deslizamiento presentado en el sector, además de que las redes de alcantarillado y acueducto no aportan aguas al talud que puedan contribuir con el proceso de inestabilidad.

### **AUDIENCIA ESPECIAL DE PACTO DE CUMPLIMIENTO**

El 21 de octubre de 2019 se inició la audiencia de pacto de cumplimiento, la cual fuera continuada el 27 de octubre de 2020; en ella se presentaron las partes y demás intervinientes debidamente representados.

En la audiencia se informó que el riesgo que se presenta en la zona objeto de la presenta acción por deslizamiento no es mitigable, por lo que ninguna obra se puede realizar, y que la única solución es la reubicación de los habitantes.

No se logró pacto, pues las actoras no aceptan la reubicación que el municipio les ofrece.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Parte demandante:** no intervino en esta etapa procesal.

**Parte demandada:**

**CORPOCALDAS:** guardó silencio.

**MUNICIPIO DE MANIZALES:** se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señalando que como bien quedó probado en el proceso, el riesgo que se presenta en la zona objeto de la acción no es mitigable, por lo que la única solución es la reubicación de las actoras. En este punto indica que ya se le informó a la actora los tramites que debe realizar para postularse a una vivienda en el barrio San Sebastián.

**MINISTERIO PÚBLICO:** después de hacer un recuento de lo tramitado en el proceso, señala que al probarse la vulneración de los derechos colectivos deberá ordenarse al municipio realizar la obras que sean pertinentes para evitar que se presenten situaciones de riesgo para los habitantes del barrio Cervantes. De igual forma en caso de resultar necesaria la reubicación de las viviendas afectadas, debe hacerse con la debida protección de los derechos de las actoras. De igual forma el municipio deberá adelantar todas actuaciones administrativas necesarias para evitar asentamientos en la zona de riesgo no mitigable.

### CONSIDERACIONES

No advirtiéndose alguna irregularidad que dé lugar a declarar la nulidad de lo procederá la Sala a resolver el asunto de fondo.

Persigue la parte accionante, que mediante el medio de control contemplado en el artículo 88 constitucional, se garantice la defensa efectiva de los derechos colectivos del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, esto es, a la defensa del ambiente sano, la prevención de desastres previsibles técnicamente y la defensa del bien público.

La acción popular tuvo su consagración constitucional en nuestro país desde 1991, y fue regulada a partir de agosto de 1999 con la Ley 472 de 1998; la mencionada acción constituye un valioso mecanismo para la defensa de los derechos colectivos y de los intereses de la comunidad, sin que para instaurarla se exija la intermediación de profesionales del derecho, salvo casos excepcionales señalados por la ley; su trámite es breve, especial y preferencial, es gratuito en principio, no requiere agotamiento de la vía gubernativa y se puede dirigir no sólo contra entidades públicas, sino también contra personas privadas.

Se encuentra establecida la acción popular en el artículo 88 de la Carta Política, el que en su inciso primero dispone,

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella...”

El mencionado precepto constitucional fue desarrollado por la Ley 472 de 1998, el que en su artículo 2º dispuso que las acciones populares,

“Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”, los que, “se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.” (Subraya la Sala).

Por su parte, el artículo 4º de la misma normativa menciona de manera enunciativa algunos derechos colectivos que se pueden reclamar o defender mediante la acción Popular, siendo algunos de ellos los siguientes que coinciden con los invocados por el actor.

El artículo 9º del mismo ordenamiento prevé que:

“Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”; acción que a veces del artículo 11 ibídem, “...podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo”.

La misma Ley 472 en su artículo 12 establece quiénes son los titulares de las acciones populares, determinando que además de (todas) las personas naturales o jurídicas, lo son también las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o similares; las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia; el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros distritales y municipales; los Alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de los derechos e intereses colectivos.

### **Problema jurídico principal**

En el presente asunto se debe resolver el siguiente problema jurídico:

¿Se probó la vulneración de los derechos colectivos alegados por las actoras en el sector ubicado en el barrio cervantes en la calle 31C n° 33 – 14?

### **Derecho a la defensa de la prevención de desastres previsible técnicamente:**

La Corte Constitucional en la Sentencia T-443/13 se pronunció sobre el derecho colectivo a la seguridad y defensa de la prevención de desastres previsible técnicamente, en los siguientes términos:

*“...afectación de los derechos colectivos por la alteración grave de la vida normal de la colectividad por fenómenos naturales, por situaciones de catástrofe producto de la acción del hombre en forma accidental, que requieran atención inmediata de carácter humanitario o de servicio social para la comunidad.”*

### **Lo probado dentro del proceso**

- En audiencia de pruebas realizada el 02 de marzo de 2021 el Ingeniero Jhon Jairo Chisco Leguizamón en su testimonio indica que el proceso de deslizamiento que se presenta en el sector objeto de la presente acción no es mitigable, por lo que ninguna obra de estabilidad más allá de las construidas hasta este momento se pueden realizar. El ingeniero es enfático en señalar que el riesgo al no ser mitigable no es posible realizar obras de corrección del proceso de inestabilidad del talud, por lo que las obras existentes en la zona solo son para minimizar el riesgo, pero no para permitir la permanencia de la población en las viviendas que se ubican en dicho sector, por lo que la mejor forma de mitigar el riesgo es la reubicación de la población. El ingeniero en la audiencia proyecta las imágenes del estudio técnico realizado en el cual se zonificó la zona de acuerdo al riesgo.

- En el estudio técnico realizado por Corpocaldas, Aguas de Manizales y el municipio de Manizales se informa en las conclusiones:

“Los estudios fueron motivados dada la zonificación existente dentro del Plan de Ordenamiento Territorial (POT) y a la recurrente problemática que se genera tras la acción de las fuertes lluvias que se pueden llegar a presentar en la ciudad, lo cual puede generar deslizamientos en estas zonas catalogadas como de amenaza alta produciendo grandes daños materiales y la pérdida de vidas humanas en muchos sectores de la ciudad.

Desde el punto de vista técnico se puede concluir que la zona geológicamente cuenta con elementos muy complejos asociados a la condición litológica de los materiales tales como depósitos de relleno, cenizas volcánicas apoyadas sobre estratos impermeables consolidados, a las condiciones morfométricas donde predominan las fuertes pendientes en la laderas, al inadecuado uso del suelo reflejado en zonas de cultivo, pastoreo, de asentamientos humanos sin la debida planeación.

Todos estos elementos antes descritos se ven potenciados por la actividad tectónica, a la geomorfología y en general a toda una serie de factores que propician una susceptibilidad alta para la ocurrencia de fenómenos de desplazamiento en masa.

[...]

Las evaluaciones definitivas de amenaza por deslizamiento en este territorio muestran que los factores de seguridad encontrados para condiciones determinísticas y probabilísticas no alcanzan los valores mínimos recomendados en la norma (NSR-10) generando entonces que más del 70% de este territorio este calificado como de amenaza alta por deslizamiento.

- En lo que tiene que ver con la vulnerabilidad todas las construcciones ubicadas en la zona de estudio están por fuera de la normatividad lo que las clasifica como estructuras de vulnerabilidad alta.

En lo relacionado con el riesgo mitigable esta condición obedece a la evaluación de los factores de seguridad con obras de estabilidad lo que permite en el caso particular de esta zona, mitigar el riesgo de las viviendas ubicadas en este sector si se construyen una serie de estructuras de contención, manejo de aguas superficiales, manejo de aguas subterráneas, obras bioingenieriles; las cuales garantizan la disminución de la probabilidad de falla a valores aceptables, sin embargo, estas obras de estabilidad deben estar acompañadas del reforzamiento estructural de las viviendas con el fin de que alcancen las condiciones mínimas requeridas por la norma sismo resistente NSR- 10.

- A pesar de que se construirán obras de estabilización para mitigar el riesgo, se considera necesario reubicar una serie de viviendas como lo muestra el mapa de tipología del riesgo (figura 180), ya que estas viviendas se ubican en unos sectores correspondientes a los bordes libres de las laderas y su condición estructural es deficiente, así mismo, en estos sitios de donde se reubicarán estas viviendas se construirán obras de estabilidad necesarias para garantizar la mitigación del riesgo en las demás construcciones.

- De igual forma, se debe implementar un plan maestro para el chequeo del sistema de alcantarillado y acueducto del sector ya que varias de las estructuras superficiales y subsuperficiales que lo componen, arrojan indicios de funcionalidad deficiente debido a la antigüedad de la infraestructura”.

- El municipio de Manizales allegó un informe sobre un censo de las viviendas ubicadas en la zona objeto de la acción popular informando que, 9 de las 15 casas que se ubican en el sector, fueron incluidas en el Registro Único de Damnificados lo que indica que fueron objeto de medidas durante la emergencia invernal, de las cuales 4 se encuentran postuladas en el programa de solución de vivienda siendo que las demás viviendas se encuentran en la zona donde el riesgo si es mitigable (fol. 94 a 115 del cuaderno 1)

De las pruebas adelantadas, se determinó que efectivamente en la zona geográfica donde se encuentran las viviendas de las actoras, existe un peligro por la inestabilidad del terreno, y que al margen de las obras ya adelantadas, el riesgo no es mitigable con una obra adicional, en ello concuerdan todos y cada uno de los estudios allegados al proceso, por lo que no es recomendable técnicamente ordenar obras de mitigación, y tampoco es

técnicamente razonable que las personas que tienen sus viviendas en ese sector sigan residiendo en ese lugar, por lo que la única solución posible para ellas, es la reubicación. Incluso en el POT de acuerdo a lo informado por el municipio de Manizales dicha área es catalogada como no apta para construir por la existencia de un riesgo no mitigable.

En consecuencia, la única forma de protección a los actores habitantes en esta zona, es la reubicación de los habitantes que tiene ubicadas sus viviendas en la zona de alto riesgo.

### **Solución al Problema Jurídico**

**Tesis:** Considera la sala que, conforme a las pruebas allegadas, la zona geográfica donde residen las actoras se encuentra dentro de una zona de riesgo no mitigable, por lo que la solución más razonable es la reubicación de las mismas, lo que le corresponde al municipio de Manizales.

Respecto de la gestión del riesgo, responsabilidad, principios, definiciones y sistema nacional de gestión del riesgo de desastres, la Ley 1523 de 2012 establece:

**ARTÍCULO 1o. DE LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES.** La gestión del riesgo de desastres, en adelante la gestión del riesgo, es un proceso social orientado a la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas, estrategias, planes, programas, regulaciones, instrumentos, medidas y acciones permanentes para el conocimiento y la reducción del riesgo y para el manejo de desastres, con el propósito explícito de contribuir a la seguridad, el bienestar, la calidad de vida de las personas y al desarrollo sostenible.

**PARÁGRAFO 1o.** La gestión del riesgo se constituye en una política de desarrollo indispensable para asegurar la sostenibilidad, la seguridad territorial, los derechos e intereses colectivos, mejorar la calidad de vida de las poblaciones y las comunidades en riesgo y, por lo tanto, está intrínsecamente asociada con la planificación del desarrollo seguro, con la gestión ambiental territorial sostenible, en todos los niveles de gobierno y la efectiva participación de la población.

**PARÁGRAFO 2o.** Para todos los efectos legales, la gestión del riesgo incorpora lo que hasta ahora se ha denominado en normas anteriores prevención, atención y recuperación de desastres, manejo de emergencias y reducción de riesgos.

**ARTÍCULO 2o. DE LA RESPONSABILIDAD.** La gestión del riesgo es responsabilidad de todas las autoridades y de los habitantes del territorio colombiano.

En cumplimiento de esta responsabilidad, las entidades públicas, privadas y comunitarias desarrollarán y ejecutarán los procesos de

gestión del riesgo, entiéndase: conocimiento del riesgo, reducción del riesgo y manejo de desastres, en el marco de sus competencias, su ámbito de actuación y su jurisdicción, como componentes del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.

Por su parte, los habitantes del territorio nacional, corresponsables de la gestión del riesgo, actuarán con precaución, solidaridad, autoprotección, tanto en lo personal como en lo de sus bienes, y acatarán lo dispuesto por las autoridades.

**ARTÍCULO 14. LOS ALCALDES EN EL SISTEMA NACIONAL.** Los alcaldes como jefes de la administración local representan al Sistema Nacional en el Distrito y el municipio. El alcalde, como conductor del desarrollo local, es el responsable directo de la implementación de los procesos de gestión del riesgo en el distrito o municipio, incluyendo el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres en el área de su jurisdicción.

**PARÁGRAFO.** Los alcaldes y la administración municipal o distrital, deberán integrar en la planificación del desarrollo local, acciones estratégicas y prioritarias en materia de gestión del riesgo de desastres, especialmente, a través de los planes de ordenamiento territorial, de desarrollo municipal o distrital y demás instrumentos de gestión pública.

**ARTÍCULO 37. PLANES DEPARTAMENTALES, DISTRITALES Y MUNICIPALES DE GESTIÓN DEL RIESGO Y ESTRATEGIAS DE RESPUESTA.** Las autoridades departamentales, distritales y municipales formularán y concertarán con sus respectivos consejos de gestión del riesgo, un plan de gestión del riesgo de desastres y una estrategia para la respuesta a emergencias de su respectiva jurisdicción, en armonía con el plan de gestión del riesgo y la estrategia de respuesta nacionales. El plan y la estrategia, y sus actualizaciones, serán adoptados mediante decreto expedido por el gobernador o alcalde, según el caso en un plazo no mayor a noventa (90) días, posteriores a la fecha en que se sancione la presente ley.

**PARÁGRAFO 1o.** Los planes de gestión del riesgo y estrategias de respuesta departamentales, distritales y municipales, deberán considerar las acciones específicas para garantizar el logro de los objetivos de la gestión del riesgo de desastres. En los casos en que la unidad territorial cuente con planes similares, estos deberán ser revisados y actualizados en cumplimiento de la presente ley.

**PARÁGRAFO 2o.** Los programas y proyectos de estos planes se integrarán en los planes de ordenamiento territorial, de manejo de cuencas y de desarrollo departamental, distrital o municipal y demás herramientas de planificación del desarrollo, según sea el caso.

**ARTÍCULO 38. INCORPORACIÓN DE LA GESTIÓN DEL RIESGO EN LA INVERSIÓN PÚBLICA.** Todos los proyectos de inversión pública que tengan incidencia en el territorio, bien sea a nivel nacional, departamental, distrital o municipal, deben incorporar apropiadamente un análisis de riesgo de desastres cuyo nivel de detalle estará definido en función de la complejidad y naturaleza del

proyecto en cuestión. Este análisis deberá ser considerado desde las etapas primeras de formulación, a efectos de prevenir la generación de futuras condiciones de riesgo asociadas con la instalación y operación de proyectos de inversión pública en el territorio nacional.

**PARÁGRAFO.** Todas las entidades públicas y privadas que financien estudios para la formulación y elaboración de planes, programas y proyectos de desarrollo regional y urbano, incluirán en los contratos respectivos la obligación de incorporar el componente de reducción del riesgo y deberá consultar los lineamientos del Plan aprobado de Gestión del Riesgo del municipio o el departamento en el cual se va ejecutar la inversión.

**ARTÍCULO 39. INTEGRACIÓN DE LA GESTIÓN DEL RIESGO EN LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL Y DEL DESARROLLO.** Los planes de ordenamiento territorial, de manejo de cuencas hidrográficas y de planificación del desarrollo en los diferentes niveles de gobierno, deberán integrar el análisis del riesgo en el diagnóstico biofísico, económico y socioambiental y, considerar, el riesgo de desastres, como un condicionante para el uso y la ocupación del territorio, procurando de esta forma evitar la configuración de nuevas condiciones de riesgo.

**PARÁGRAFO.** Las entidades territoriales en un plazo no mayor a un (1) año, posterior a la fecha en que se sancione la presente ley, deberán revisar y ajustar los planes de ordenamiento territorial y de desarrollo municipal y departamental que, estando vigentes, no haya incluido en su proceso de formulación de la gestión del riesgo.

Ahora bien, la Ley 9ª de 1989, en su artículo 56, ordena a los alcaldes adelantar programas de reubicación de los habitantes que se encuentren en zonas de alto riesgo o desarrollar las operaciones necesarias para eliminar el riesgo. La disposición en comento prevé lo siguiente:

“ARTICULO 56. <Inciso subrogado por el artículo 5o. de la Ley 2a. de 1991. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la vigencia de la presente Ley, los alcaldes y el Intendente de San Andrés y Providencia levantarán y mantendrán actualizado un inventario de las zonas que presenten altos riesgos para la localización de asentamientos humanos por ser inundables o sujetas a derrumbes o deslizamientos, o que de otra forma presenten condiciones insalubres para la vivienda. Esta función se adelantará con la asistencia y aprobación de las oficinas locales de planeación o en su defecto con la de la correspondiente oficina de planeación departamental, comisarial o intendencial, los alcaldes y el Intendente de San Andrés y Providencia con la colaboración de las entidades a que se refiere el Decreto 919 de 1989, adelantarán programas de reubicación de los habitantes o procederán a desarrollar las operaciones necesarias para eliminar el riesgo en los asentamientos localizados en dichas zonas. Mientras subsistan asentamientos humanos en las zonas de alto riesgo los inmuebles a los cuales se declare extinción de dominio en aplicación del literal a) del artículo 80 o declarados de utilidad pública, o interés social en desarrollo de los literales b) y d) del artículo 10, sólo podrán destinarse a la reubicación de los habitantes que a la vigencia de la presente Ley se encuentren

localizados en zonas de alto riesgo. Los funcionarios públicos responsables que no den cumplimiento a lo dispuesto en este inciso incurrirán en causal de mala conducta. Cualquier ciudadano podrá presentar al alcalde o intendente la iniciativa de incluir en el inventario una zona o asentamiento determinado.

Se podrán adquirir los inmuebles y mejoras de las personas a ser reubicadas, mediante enajenación voluntaria directa o mediante expropiación en los términos de la presente ley. Cuando se trate de una enajenación voluntaria directa, se podrá prescindir de las inscripciones en el folio de matrícula inmobiliaria de que trata el artículo 13 de esta ley. Los inmuebles y mejoras así adquiridos podrán ser recibidos en pago de los inmuebles donde fueren reubicados los habitantes. Adquirido el inmueble, pasará a ser un bien de uso público bajo la administración de la entidad que lo adquirió.

Si los habitantes de inmuebles ubicados en sitios de alto riesgo rehusan (sic) abandonar el sitio, corresponderá al Alcalde o al Intendente de San Andrés y Providencia ordenar la desocupación con el concurso de las autoridades de policía, y la demolición de las edificaciones afectadas. Esta orden se considerará, para todos los efectos, como una orden policiva en los términos del Código Nacional de Policía.

Las multas de que trata el numeral 9 del artículo 2o., del Decreto 78 de 1987 ingresarán al tesoro de la entidad que las hubiere impuesto y se destinarán para financiar los programas de reubicación de los habitantes en zonas de alto riesgo.

Las autoridades que incumplieren las obligaciones que se les impone en el presente artículo incurrirán en el delito de prevaricato por omisión previsto en el artículo 150 del Código Penal, sin que respecto de ellos proceda el beneficio de excarcelación”

Asimismo, el numeral 5 del artículo 13 de la Ley 388 establece lo siguiente:

“ARTICULO 13. COMPONENTE URBANO DEL PLAN DE ORDENAMIENTO. El componente urbano del plan de ordenamiento territorial es un instrumento para la administración del desarrollo y la ocupación del espacio físico clasificado como suelo urbano y suelo de expansión urbana, que integra políticas de mediano y corto plazo, procedimientos e instrumentos de gestión y normas urbanísticas. Este componente deberá contener por lo menos:

[...]

5. La estrategia de mediano plazo para el desarrollo de programas de vivienda de interés social, incluyendo los de mejoramiento integral, la cual incluirá directrices y parámetros para la localización en suelos urbanos y de expansión urbana, de terrenos necesarios para atender la demanda de vivienda de interés social, y el señalamiento de los correspondientes instrumentos de gestión; así como los mecanismos para la reubicación de los asentamientos humanos localizados en zonas de alto riesgo para la salud e integridad de sus habitantes, incluyendo la estrategia para su transformación para evitar su nueva ocupación [...]

Finalmente, conforme se advirtió en precedencia, el artículo 40 de la Ley 1523 señala lo siguiente:

“[...]ARTÍCULO 40. INCORPORACIÓN DE LA GESTIÓN DEL RIESGO EN LA PLANIFICACIÓN. Los distritos, áreas metropolitanas y municipios en un plazo no mayor a un (1) año, posterior a la fecha en que se sancione la presente ley, deberán incorporar en sus respectivos planes de desarrollo y de ordenamiento territorial las consideraciones sobre desarrollo seguro y sostenible derivadas de la gestión del riesgo, y por consiguiente, los programas y proyectos prioritarios para estos fines, de conformidad con los principios de la presente ley.

En particular, incluirán las previsiones de la Ley 9ª de 1989 y de la Ley 388 de 1997, o normas que la sustituyan, tales como los mecanismos para el inventario de asentamientos en riesgo, señalamiento, delimitación y tratamiento de las zonas expuestas a amenaza derivada de fenómenos naturales, socio naturales o antropogénicas no intencionales, incluidos los mecanismos de reubicación de asentamientos; la transformación del uso asignado a tales zonas para evitar reasentamientos en alto riesgo; la constitución de reservas de tierras para hacer posible tales reasentamientos y la utilización de los instrumentos jurídicos de adquisición y expropiación de inmuebles que sean necesarios para reubicación de poblaciones en alto riesgo, entre otros”

Así las cosas, conforme el artículo 14 de la Ley 1523, son los alcaldes en su calidad de conductores del desarrollo local, los responsables directos de la implementación de los procesos de gestión del riesgo en el distrito o municipio, incluyendo el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres en el área de su jurisdicción.

La disposición en mención se acompasa con lo dispuesto por los artículos 311 de la Constitución Política y 1º de la Ley 136 de 1994, que definen al municipio como la entidad territorial fundamental en la división político administrativa del Estado, cuya finalidad es prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes, buscar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población de su territorio.

En consecuencia, la Sala concluye que en materia de gestión del riesgo a quien le corresponde implementar, ejecutar, desarrollar, etc., las políticas, actividades y gestiones tendientes a dicho fin es, principalmente, al municipio en cabeza de su alcalde.

Ahora bien, es el municipio el que debe realizar las obras que sean necesarias para mitigar los riesgos que se presenten y en caso de ser no mitigables debe proceder a mecanismos

de reubicación de asentamientos en alto riesgo y transformar el uso asignado a esas zonas para evitar los reasentamientos.

Descendiendo al caso concreto, y teniendo en cuenta que la zona donde se ubican las viviendas de las actoras, conforme a las pruebas allegadas, e incluso del mismo POT es clasificada de alto riesgo no mitigable, es claro que la comunidad afectada por los procesos erosivos y de deslizamiento del talud debe ser reubicada por el riesgo de desastre, bajo la competencia del municipio.

En efecto, la Sala advierte que la obligación de los entes territoriales de reubicar a sus administrados ante una situación calamitosa o de riesgo, se deriva del artículo 2° de la Constitución Política, según el cual las autoridades de la República “están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. Asimismo, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 136, el municipio tiene la finalidad de procurar el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de su población en su respectivo territorio.

Asimismo, la Ley 1523 prevé el principio de protección, según el cual “[...] *Los residentes en Colombia deben ser protegidos por las autoridades en su vida e integridad física y mental, en sus bienes y en sus derechos colectivos a la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas y a gozar de un ambiente sano, frente a posibles desastres o fenómenos peligrosos que amenacen o infieran daño a los valores enunciados [...]*”.

De lo anterior, resulta claro para la Sala que el municipio para salvaguardar la población que se encuentra en una situación de riesgo de desastres, debe adelantar todas las gestiones administrativas pertinentes para reubicar a la comunidad que tiene sus viviendas ubicadas en la zona de alto riesgo.

De igual manera y de acuerdo a lo probado dentro del expediente debe el municipio de Manizales realizar monitoreos periódicos a la zona de afectación para evitar que se realicen nuevas edificaciones, y de realizar las obras necesarias para controlar el riesgo a fin de evitar un desastre.

Por todo lo discurrido, deberá el municipio reubicar la población que tiene sus viviendas en la zona de alto riesgo no mitigable, adelantando para ello todas las gestiones administrativas pertinentes. De igual forma deberá realizar monitoreos periódicos a la

zona para evitar nuevos asentamientos en la misma, al igual que la realización de obras que sean necesarias para mantener el riesgo controlado.

Finalmente, se ordenará la conformación del respectivo Comité de Verificación de Cumplimiento de la Sentencia, el cual estará integrado por un delegado de la Personería del municipio de Manizales quien lo presidirá, un representante de la parte accionante, un delegado de Corpocaldas y un delegado del municipio de Manizales. El Delegado de la Personería convocará e informará a esta Corporación sobre el comité de verificación.

No se hará especial condena en costas, por tratarse de un proceso en el cual se ventila un interés público, conforme lo establece el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR** la existencia de vulneración al derecho colectivo a la prevención de desastres previsibles técnicamente, a las actoras y a la población aledaña al sitio geográfico conocido como barrio bajo cervantes en la Calle 31C n°33-14.

**SEGUNDO: ORDENAR** al **MUNICIPIO DE MANIZALES**, para poner a salvo la población residente en el sitio, el cumplimiento de las siguientes ordenes:

- 1.- Dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta sentencia, hacer un censo poblacional para determinar con precisión la población en riesgo.
- 2.- Una vez lo anterior y dentro del mes siguiente, deberá iniciar un programa de sensibilización y socialización sobre la necesidad de reubicación de la población en riesgo.
- 3.- Culminada las tareas anteriores, dentro de los dos meses siguientes deberá iniciar todos y cada uno de los trámites administrativos y presupuestales necesarios para reubicar la población que tiene sus viviendas en la zona de alto riesgo no mitigable objeto de la acción popular, en dos fases:

a) Entregando un subsidio para arrendamiento de vivienda, el cual se mantendrá mientras sean reubicados definitivamente en los planes de vivienda que el Municipio de Manizales señale.

b) Ubicarlos definitivamente en los planes de vivienda adelantados propiamente por el Municipio o en convenio con otras entidades oficiales.

c) Todo lo anterior con previo socialización, coordinación y orientación necesaria a la población en riesgo, para cuya solución definitiva se otorga un plazo definitivo de dos años.

4.- De igual forma deberá realizar monitoreos periódicos a la zona y ejecutar las medidas de policía que sean necesarias para evitar nuevos asentamientos en la misma, este monitoreo también con el objeto de realización de obras que sean necesarias para mantener el riesgo controlado.

**TERCERO: CONFORMAR EL COMITÉ DE VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO** el cual estará integrado por un delegado de la Personería del municipio de Manizales quien lo presidirá, un representante de la parte accionante, un delegado de Corpocaldas y un delegado del municipio de Manizales. El Delegado de la Personería convocará e informará a esta Corporación sobre el comité de verificación.

**CUARTO: COMUNÍQUESE** por parte de la Secretaría del Tribunal la designación realizada en la sentencia, a las personas que se ordena conformen el comité.

**QUINTO: PUBLÍQUESE** la parte resolutive de esta providencia en un diario de amplia circulación nacional, a costa del municipio de Manizales. Una vez realizada la publicación mencionada, entidad territorial deberá allegar constancia de su realización.

**SEXTO: COMUNIQUESE** esta decisión a la Personería Municipal para que tenga conocimiento y pueda ejercer el encargo en el comité.

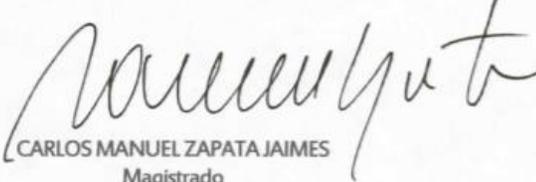
**SÉPTIMO:** Para los efectos del artículo 80 de la ley 472 de 1998, por la Secretaría del Despacho, se enviará copia de la demanda, del auto admisorio y del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.

**OCTAVO:** Sin costas

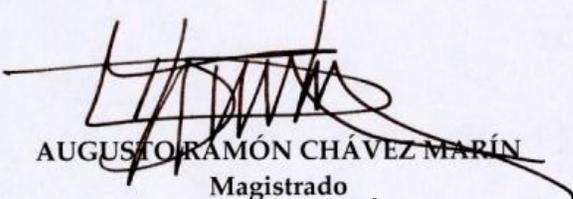
**NOVENO: EJECUTORIADA** esta providencia **ARCHÍVENSE**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 10 de junio de 2021 conforme Acta n°030 de la misma fecha.

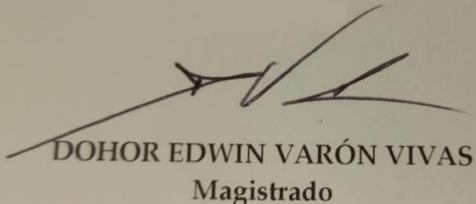


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado

**(E) Despacho del Magistrado Jairo Ángel Gómez Peña**



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 104 del 17 de junio de 2021.  
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 PRIMERA DE DECISIÓN**  
**MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021).

<b>RADICADO</b>	<b>17001-33-33-002-2018-00183-02</b>
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>LUZ MARINA RAMÍREZ VILLA</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES</b>

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el día 24 de enero de 2020, dentro del proceso de la referencia.

**PRETENSIONES**

- Que se declare la nulidad de la Resolución nro. GNR 56379 del 21 de febrero de 2017, notificada el 22 de marzo de ese mismo año, a través de la cual se reliquidó la pensión de la demandante en cuantía mensual de \$1.547.905 a partir del 13 de febrero de 2014, pero no en la forma prevista en la Ley 33 de 1985.
- Que se declare la nulidad de la Resolución DIR 6781 de mayo 30 de 2017, notificada el 2 de junio de 2017, a través de la cual se resolvió un recurso de apelación que modificó la Resolución nro. GNR 56379 del 21 de febrero de 2017 y ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación en cuantía mensual de \$1.823.531, a partir del 17 de marzo de 2015, pero no en la forma prevista en la Ley 33 de 1985.
- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada proferir un nuevo acto administrativo por medio del cual se reliquide la pensión de jubilación de la actora con todos los salarios y prestaciones sociales devengadas durante el último año de servicios, comprendido entre

el 16 de marzo de 2014 y el 16 de marzo de 2015, esto es, con inclusión del salario básico, la diferencia del sueldo, la bonificación judicial y la diferencia de la bonificación judicial, la prima de productividad de junio y diciembre, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, diferencia de sueldo, diferencia bonificación por servicios, diferencia prima de navidad, diferencia prima de servicios y demás factores que se le hubieran reconocido.

- Que sobre las sumas que resulten a favor de la accionante, el ente demandado dé cumplimiento a la sentencia conforme el artículo 176 del CPACA; y si no da cumplimiento al fallo dentro del término legal, se reconozcan intereses moratorios de que trata el artículo 177 *ibídem*.
- Se ordene la indexación de los valores adeudados desde el 17 de marzo de 2015, fecha a partir de la cual se causó el derecho a la pensión de jubilación.
- Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 y con los ajustes contemplados en el artículo 178 del CPACA.

### **HECHOS**

1. La señora Ramírez Villa presentó solicitud ante Colpensiones el día 14 de abril de 2010 para que le fuera reconocida pensión de jubilación según la Ley 33 de 1985.
2. Mediante Resolución GNR 192016 del 24 de julio de 2013 la entidad demandada reconoció pensión de vejez en cuantía de \$1.341.948 a partir del 1° de agosto de 2013, con fundamento en la Ley 797 de 2003. Para establecer el IBL procedió a tomar el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años, actualizados con el IPC.
3. Señala que para el 1° de abril de 1994 la demandante contaba con más de 35 años de edad, lo que la hizo beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; sin embargo, Colpensiones procedió a reconocer y liquidar la pensión bajo los parámetros de una norma que no la favorecía, en vez de aplicar la Ley 33 de 1985 y calcular su pensión con el promedio de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios.

4. Presentó solicitud ante Colpensiones para que se reliquidara la pensión con base en la Ley 33 de 1985, la cual fue resuelta a través de la Resolución GNR 56379 del 21 de febrero de 2017 que ordenó el reajuste de la prestación periódica, pero no en los términos solicitados.

5. Contra la anterior decisión se interpuso recurso de apelación que fue desatado con la Resolución DIR 6781 del 30 de mayo de 2017, que decidió modificar el anterior acto administrativo ordenando una reliquidación, pero no en la forma prevista en la Ley 33 de 1985.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Parágrafo 1 del artículo 18 y artículo 36 de la Ley 100 de 1993; artículo 1º de la Ley 33 de 1985; artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 53 de la Constitución Política.

Mencionó que la actora prestó sus servicios a entidades de carácter público por un espacio superior a los 20 años, y además acreditó 55 años de edad.

Que por esta razón la entidad demandada transgredió la Ley 33 de 1985, al no liquidar la pensión con el 75% de un IBL conformado por la totalidad de sueldos y factores salariales devengados en el último año de servicios, pues lo que hizo fue promediar los salarios devengados durante los últimos 10 años, desconociendo la normativa que le era aplicable a la accionante.

Citó sentencia del Consejo de Estado del 13 de marzo de 2003, que determinó cómo se liquida la pensión para las personas cubiertas por la Ley 33 de 1985.

Afirmó que también se vulneró el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que como se mencionó, la actora es beneficiaria del mismo, lo que ratifica el derecho que le asiste a que su pensión se liquide con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, pero lo que hizo la entidad fue conservar del régimen anterior únicamente respecto a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo determinados en la Ley 33 de 1985.

Así mismo, mencionó que el Decreto 1848 de 1969 estableció la misma base de liquidación de la Ley 33 de 1985.

Resaltó que sobre los alcances de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, se pronunció el Consejo de Estado en sentencia del 25 de febrero de 2016, y son los argumentos del Máximo Tribunal Administrativo, los que deben ser tenidos en cuenta para resolver este caso.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES:** luego de pronunciarse sobre los hechos de la demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones.

Propuso las siguientes excepciones:

- **Ausencia del derecho reclamado – aplicación normativa y reliquidación pensional:** explicó que no es posible acceder a la reliquidación pensional que se reclama, ya que al dar aplicación a una normativa anterior a la vigente en virtud de lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre ella solo se puede acudir a lo atinente a la edad, semanas y monto, pero no para calcular el IBL, tal como lo planteó la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015.
- **Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados:** resaltó que hay que tener presente que sobre los factores salariales que solicita sean incluidos en el IBL no se realizaron aportes al sistema de seguridad social, según el Decreto 1158 de 1994.
- **Improcedencia de reliquidar la prestación pensional:** al ser la demandante beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, su pensión debe ser liquidada de conformidad con el artículo 36 de esa norma.
- **Prescripción del reajuste a la mesada pensional:** adujo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en señalar que la pensión no prescribe, pero se excluye de ello la indexación pensional.
- **Prescripción:** cualquier derecho a la seguridad social prescribe en un término de 3 años, al tenor del Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969.
- **Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme con lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA:** para la causación de los intereses moratorios la ley dispone que el interesado debe presentar reclamación ante la entidad.

- **Buena fe:** Colpensiones ha actuado amparada en este principio, más cuando ha atendido las reclamaciones presentadas.
- **De oficio:** solicitó se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada.

### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en audiencia inicial celebrada el 24 de enero de 2020, dictó sentencia mediante la cual negó pretensiones.

Se planteó como problemas jurídicos determinar si la demandante era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; si tenía derecho a que su pensión de jubilación fuera reliquidada teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios; y, finalmente, si había configurado la prescripción de mesadas.

Para resolver los problemas jurídicos, analizó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el Acto Legislativo nro. 1 de 2005 y la evolución jurisprudencial que ha tenido el régimen de transición establecido en la primera norma mencionada, que incluyó la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, la sentencia SU-395 de 2017 de la Corte Constitucional y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018.

Al descender al caso concreto y revisar el material probatorio indicó que, la accionante laboró en diferentes entidades públicas desde el 15 de febrero de 1972 hasta el 16 de marzo de 2015; y que para el 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, lo que permitía inferir que era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que eran aplicables las reglas previstas en la Ley 33 de 1985 en relación con la edad, tiempo de servicios y monto.

Pero en relación con el IBL sostuvo que, se debía aplicar la sentencia de unificación del Consejo de Estado, que precisó que el mismo debe ser calculado con el promedio de lo percibido en los 10 años anteriores al retiro del servicio, por lo que no había lugar a un reajuste del ingreso base de liquidación con la totalidad de factores salariales percibidos en el último año de servicios.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandada apeló la sentencia de primera instancia a través de memorial que en el expediente digital se identifica como "2020-10-02\_03\_02-08".

Adujo que en la sentencia de primera instancia se acogió en su integridad la tesis del Consejo de Estado expuesta en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, la cual fijó nuevas reglas sobre la forma en que se debe aplicar el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Afirmó que no es justo ni equitativo desconocerle a la accionante el derecho que tiene a que su pensión sea reajustada con el promedio de los percibido en el último año de servicios, ya que es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100, y su estatus lo adquirió en el año 2013.

Resaltó que los argumentos plasmados en la sentencia del Consejo de Estado y en el fallo del juzgado constituyen una regresión de los derechos laborales y una violación del artículo 334 de la Constitución Política, ya que es prohibido invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, tal como lo expuso el Máximo Tribunal Administrativo en sentencia del 5 de abril de 2017, la cual procedió a transcribir.

Pidió entonces se revoque la sentencia de primera instancia, y se acceda a las suplicas de la demanda.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

**Parte demandante:** guardó silencio.

**Parte demandada:** insistió en que a la luz de la jurisprudencia vigente aplicable a los beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como las sentencias SU-230 de 2015 y C-395 de 2017, el IBL de la pensión debe ser calculado con el promedio de lo aportado durante los últimos 10 años, o todo el tiempo si fuera superior, pero no de la forma pedida en la demanda, por lo que es claro que se deben negar las pretensiones.

**MINISTERIO PÚBLICO:** Mediante concepto 04-2021, pidió confirmar la sentencia de primera instancia.

Comenzó por realizar un recuento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con el ingreso base de liquidación, para señalar que debe entenderse que el IBL no fue objeto del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que para determinarlo se debe acudir a lo consagrado en esta disposición.

Seguidamente, referenció la jurisprudencia del Consejo de Estado también sobre el IBL, especialmente la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, en la cual se replanteó y modificó la postura que en relación con el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se había planteado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

Por lo anterior, para el Agente del Ministerio Público los conflictos que se promuevan en torno al IBL de las pensiones de las personas cubiertas por el régimen de transición se deben resolver a la luz de lo determinado por las Altas Cortes, en las cuales se concluye que este ingreso base de liquidación no fue objeto del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que el mismo se calcula con base en lo allí determinado, y con los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994 o sobre los que se hubiera cotizado.

Afirmó que, en el caso concreto, el ingreso base de liquidación de la pensión está sujeto al precedente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, razón por la cual deben denegarse las pretensiones tendientes a obtener una reliquidación pensional sustentada en la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985, tanto en lo atinente al período de liquidación de la pensión, como en lo referente a los factores que se incluyen en la base pensional.

Precisó además que la sentencia de unificación el Consejo de Estado decidió la aplicación del precedente en forma retrospectiva, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en ese 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.

### **CONSIDERACIONES**

No se observa alguna irregularidad en lo adelantado en el proceso que pueda dar lugar a declarar una nulidad, y por ello procede la Sala a resolver de fondo la litis.

## **Problemas jurídicos**

### **Primer Problema Jurídico**

¿Es posible que el Juez administrativo se aparte de las sentencias de unificación proferidas por las Altas Cortes, en torno a la manera en que se debe determinar el IBL para las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición?

### **Segundo Problema Jurídico**

¿A raíz de las sentencias proferidas sobre la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente la de unificación del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, cómo se determina el IBL para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en la norma en comento?

### **Lo probado en el proceso**

- En los actos administrativos demandados se consignó que la accionante nació el 1° de julio de 1953 (fols. 65 y 95 archivo 2020-10-02\_03\_02-01).
- Mediante Resolución GNR 192016 del 24 de julio de 2013 se ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez a la señora Luz Marina Ramírez Villa, al haber acreditado un tiempo laborado de 1.316 semanas. En relación con los factores salariales se consignó que se tomarían los establecidos en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, devengados en los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, a los que se les aplicaría una tasa de reemplazo del 68.33%. En consecuencia, se concedió una mesada pensional por valor de \$1.341.948 (fols. 37 a 43 *ibídem*).
- La actora presentó petición solicitando la reliquidación de la pensión con fundamento en la Ley 33 de 1985 (fols. 46 a 62 *ibídem*). Petición que fue resuelta a través de Resolución GNR 56379 del 21 de febrero de 2017, la cual reajustó la pensión en relación con la tasa de reemplazo para aplicar la del 75% establecida en la Ley 33 de 1985, por favorabilidad, sobre los factores devengados en los últimos 10 años, lo que aumentó su pensión a la suma de \$1.547.905 (fols. 63 a 71 *ibídem*).
- Contra la anterior decisión se interpuso recurso de apelación (fols. 75 a 90 *ibídem*), el cual fue resuelto a través de Resolución DIR 6781 del 30 de mayo de 2017 que reliquidó la

pensión con los factores percibidos en los últimos 10 años, lo que aumentó la mesada a un valor de \$1.823.531, efectiva a partir del 17 de marzo de 2015 (fols. 91 a 102 *ibídem*).

- Según formato nro. 1 “certificado de información laboral” del 14 de septiembre de 2016, y certificado expedido por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, la demandante prestó sus servicios en el Juzgado 008 Penal Municipal con Función de Control de Garantías del 3 de febrero de 2005 al 30 de junio de 2011; y en el al Juzgado 003 Penal Municipal con Función de Conocimientos entre el 1° de julio de 2011 y el 16 de marzo de 2015 (fols. 105 y 113 *ibídem*).
- De folio 113 a 125 del archivo 2020-10-02\_03\_02-01, reposan los certificados de factores salariales que percibió la demandante entre los años 2005 a 2015.

### Primer problema jurídico

¿Es posible que el Juez administrativo se aparte de las sentencias de unificación proferidas por las Altas Cortes, en torno a la manera en que se debe determinar el IBL para las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición?

### Marco Jurisprudencial

En la sentencia SU 357 de 2017, la Corte Constitucional señaló:

*En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha definido el precedente judicial como “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”. Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio stare decisis o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares.*

*Se puede clasificar el precedente en dos categorías: (i) el precedente horizontal, el cual hace referencia a las decisiones proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o, incluso, por el mismo funcionario; y (ii) el precedente vertical, que se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia. El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución. Asimismo, el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez,*

*en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales.*

Conforme a la anterior jurisprudencia, no es procedente que el Juez, inaplique una sentencia de unificación de las Altas Cortes, a menos que tenga un argumento mejor, aspecto que no se puede exponer en el presente caso, y a pesar que, para la parte actora, la misma sea una regresión, lo cierto es que en la misma sentencia de unificación que se aplica, como más adelante se expondrá se señaló que las subreglas allí establecidas son aplicables para todos los casos en que no haya situación jurídica consolidada.

Por lo anterior, y en acatamiento de los principios señalados anteriormente, se considera que no es posible apartarse de la sentencia de unificación expedida tanto por la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, sobre la forma en que se debe determinar el IBL a las personas beneficiarias del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

### **Segundo Problema Jurídico**

¿A raíz de las sentencias proferidas sobre la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente la de unificación del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, cómo se determina el IBL para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en la norma en comento?

**Tesis:** Al provenir la decisión del a-quo, de la aplicación de sentencias de unificación proferidas por las Altas Cortes, debe ceñirse al contenido de estas, según la cual el IBL que se tiene en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias de la transición de la Ley 100 de 1993 se determina conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la ley en comento, según el caso, y con inclusión de los factores salariales sobre los que se hicieron aportes al sistema, ya que la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 dispuso que el fallo se aplicaba de forma retrospectiva a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias.

Debe destacarse que en el presente proceso no está en discusión que la demandante se encuentre cubierta por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, ya que las partes concuerdan en esto.

### Antecedentes históricos jurisprudenciales

Respecto al ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición, se presentó en el pasado una controversia entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

I. El Consejo de Estado con algunas variables expuso desde la expedición de la Ley 100 de 1993 lo que finalmente determinó en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 (número interno 0112-09), que las personas que reunían los requisitos de transición de esta ley tenían el beneficio de que para su pensión la edad, tiempo de semanas cotizadas y el monto de la misma se determinarían conforme a la ley anterior, esto es, las Leyes 33 y 62 de 1985.

Que el término monto incluía no solo la tasa de remplazo sino además la base sobre la cual se aplicaba esta, y que los factores salariales a tener en cuenta no eran únicamente los expresamente señalados en la ley si no todos los que fueron devengados en el último año de servicios y que hayan sido recibidos de manera habitual y periódica como contraprestación, ya sea que sobre ellos se hubiere cotizado o no, pues en este último caso se reconocían estos factores pero se autorizaba a las cajas correspondientes para que del mayor valor determinado se descontara lo correspondiente.

II. Mediante sentencia C-258 de 2013<sup>1</sup> la Corte Constitucional frente a cómo se determinaría el IBL para los beneficiarios de transición señaló:

#### ***4.3.6.3. Sobre el Ingreso Base de Liquidación***

*Para el efecto, la Corte acudirá a la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. En efecto, el artículo 36 estableció dos reglas específicas en la materia: (i) para quienes el 1° de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería (a) “el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta” para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o (b) el promedio de lo “cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”. (ii) En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1° de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo ibídem*

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sala Plena. M.P Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub 7 de mayo de 2013.

*solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general del artículo 21 de la Ley 100 (...).*

Como consecuencia de esta sentencia, para la pensión de los Congresistas, el IBL se determinaría conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el caso.

III. Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015 extendió lo manifestado en la sentencia C-258 de 2013 a los beneficiarios del régimen de transición, y reiteró las consideraciones allí expuestas relacionadas con el ingreso base de liquidación. Así mismo, interpretó lo que debe entenderse por la expresión “monto” que determinó el artículo 36 de la Ley 100, y señaló que se refiere únicamente a la tasa de reemplazo y que no incluye el IBL, el cual se deberá determinar conforme lo señala esa disposición, refiriéndose al artículo 21 y al inciso 3 del artículo 36 de esa ley.

IV. Frente a la anterior posición el Consejo de Estado se mantuvo en su tesis inicial, y así se señaló en la sentencia de unificación de la Sección Segunda de fecha 25 de febrero de 2016, radicación 25000-23-42-000-2013-01541-01, en la cual planteó argumentos jurídicos con los cuales debatió los postulados expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU- 230 de 2015.

V. La Corte Constitucional, entre otras, con las sentencias sentencia SU-427 de 2016 y la SU-395 del 22 de junio de 2017 mantuvo su posición, y exigió que esta interpretación debía ser tenida como precedente obligatorio.

VI. Finalmente, el Consejo de Estado en sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha agosto 28 de 2018, expediente 2001-23-33-000-2012-00143-01, unificó el tema con el siguiente tenor:

***Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición***

***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.*

*97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.*

*98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.*

*99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.*

*100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la*

*pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.*

*101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.*

*102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.*

*103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.*

De la anterior sentencia de unificación se puede extractar:

- Que el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cobija únicamente la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión estipulado en la ley anterior.
- Que la expresión “monto de la pensión” hace referencia únicamente al porcentaje o tasa de remplazo aplicable al IBL, y, por tanto, a las personas cobijadas por el régimen de

transición se les debe liquidar su pensión con el IBL en la forma señalada en el artículo 21 y/o inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

-Que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión solamente los factores salariales sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

El Tribunal Administrativo de Caldas acoge los precedentes tanto de la Corte Constitucional como el ahora expuesto en la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018, que incluso sobre los efectos de este fallo dispuso lo siguiente:

*Efectos de la presente decisión*

*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<sup>36</sup>. 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.*

*118. Como uno de los efectos de esta decisión comprende los procesos administrativos en curso, la Sala solicita de manera imperiosa a las entidades administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que, al momento de efectuar el reconocimiento de la pensión, expliquen precisa, completa y detalladamente cada uno de los factores y/o valores numéricos tenidos en cuenta en la liquidación, de forma que sea comprensible al usuario y garantice un debido proceso administrativo (subrayado Sala de Decisión).*

Según lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencia SU-427 de 2016 y la SU-395 del 22 de junio de 2017 sobre la obligatoriedad del precedente frente al tema del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pero especialmente lo determinado por el Consejo de Estado como órgano de cierre de esta jurisdicción en la providencia del 28 de agosto de 2018, no es de recibo el argumento de la parte actora relacionado con que esta última providencia no debe aplicarse a este caso, puesto que para el momento en que fue proferida la sentencia de primera instancia, y ahora la de segunda instancia, el precedente judicial vigente a través del cual se unificó la controversia en la materia ya había sido expedido, razón por la cual era de acatamiento obligatorio para el juez natural de la causa.

Debe advertirse además sobre el principio de confianza legítima con ocasión del cambio de jurisprudencia, que el Máximo Tribunal Administrativo en sentencia de tutela del 26 de septiembre de 2016<sup>2</sup> precisó lo siguiente:

*Es importante considerar que la Constitución Política establece una serie de principios que propenden por la salvaguarda de los intereses de los asociados frente a las decisiones del Estado, que pudieren alterar significativamente las relaciones que surgen entre el Estado y los administrados. Dentro de esos principios la Sala destaca el de la confianza legítima.*

*Precisamente, la Corte Constitucional ha sido uno de los órganos que más ha recurrido a ese principio para proteger la integridad del ordenamiento constitucional o amparar derechos fundamentales de las personas. Sobre el principio de la confianza legítima, señaló:*

---

<sup>2</sup> Sección Cuarta -26 de septiembre de 2016 - Ref.: Expediente N: 11001-03-15-000-2016-00038-01

*Así pues, en esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario.*

*Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación<sup>3</sup>.*

*Bajo esa perspectiva, la confianza legítima se erige como garantía del administrado frente a cambios bruscos e inesperados de las autoridades públicas —trátese de órgano legislativo, administración pública o autoridades judiciales—*

*Ahora bien, es de anotar que la confianza legítima no tiene la connotación de principio absoluto y, por tanto, es factible su limitación o restricción, en razón de otros principios constitucionales que también ameriten aplicación según las particularidades del caso. Así, la confianza legítima debe ceder, por ejemplo, frente a un interés público imperioso que se le contraponga.*

*Generalmente, se habla de confianza legítima en las actuaciones administrativas y en la expedición de leyes. Empero, a juicio de la Sala, nada obsta para que se refiera también a la expedición de sentencias.*

*Como se sabe, los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de variar sus líneas jurisprudenciales, pues el ejercicio hermenéutico lleva implícito la posibilidad de hallar diferentes significados a las disposiciones normativas y, por lo tanto, un análisis serio y argumentado puede poner de manifiesto la equivocación de una tesis que antes se admitía como válida.*

---

<sup>3</sup> C-131 de 2004.

*En principio, cuando las autoridades judiciales varían la jurisprudencia no desconocen el principio de la confianza legítima de la persona que activó el aparato judicial y que, en estricto sentido, sería la primera que afrontaría las consecuencias adversas del cambio jurisprudencial, toda vez que es perfectamente posible que el nuevo sentido jurisprudencial busque efectivizar otros principios que demanden aplicación y que, dada la importancia que revisten en el asunto, deben prevalecer ante la confianza legítima.*

En el caso de las personas cubiertas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se hizo necesario modificar la postura que se había adoptado desde la sentencia del 4 de agosto de 2010 en aras de efectivizar el principio de solidaridad en materia de seguridad social, sin que tal cambio jurisprudencial, para esta Sala de Decisión, haya dado lugar a desconocer el principio de la confianza legítima.

Como se adujo en líneas anteriores, por respeto al precedente, la Sala acoge la postura de las Altas Cortes, especialmente la del Consejo de Estado, que disponen que el IBL que se tiene en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias de la transición de la Ley 100 de 1993, como es el caso de la actora, se determina conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la ley en comento, según el caso.

Así las cosas, conforme a la posición actual de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que como se indicó será la que acoge esta corporación, se entiende que en aplicación de estas deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen anterior, en este caso la Ley 33 de 1985.

Y para determinar el IBL la liquidación debe regirse por lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 de la misma norma, según el tiempo que le faltare al interesado a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la prestación.

Así pues, si al 1º de abril de 1994 (empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (empleados territoriales), a la persona beneficiaria del régimen de transición le faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, la liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para acceder a la prestación, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior. Lo anterior, con la correspondiente actualización con base en la variación del IPC.

Ahora, sobre los factores que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión en atención a lo dispuesto por las Altas Cortes en sus sentencias de unificación sobre la materia, los únicos que pueden incluirse para determinar el IBL son aquellos devengados por el accionante durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones, conforme a los postulados del Decreto 1158 de 1994, norma que indica en su artículo 1º que el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo estará constituido por los factores de: asignación básica mensual; gastos de representación; prima técnica cuando sea factor salarial; primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor salarial; remuneración por trabajo dominical o festivo; remuneración por trabajo suplementario o horas realizadas realizado en jornada nocturna, y la bonificación por servicios prestados.

Como en este caso la actora solicitó que su pensión sea reliquidada con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, se puede concluir de acuerdo a lo discurrido que ello no es procedente, en la medida que a las personas beneficiarias del régimen de transición, como es el caso de la demandante, se les debe calcular el IBL con base en la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo percibido en los 10 últimos años de servicios, o el tiempo que faltare para adquirir el derecho, y con inclusión de los factores del Decreto 1158 de 1994 o sobre lo que haya cotizado.

En consecuencia, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada.

### **Conclusión**

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada, y los hechos debidamente acreditados, en un cambio de postura al acoger las sentencias de unificación de las altas cortes, especialmente la del Consejo de Estado, estima esta Sala de Decisión que a la parte actora no le asiste derecho de acceder a la reliquidación pensional que reclama en tanto el IBL de las pensiones de las personas sujetas a régimen de transición debe calcularse conforme a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 y no de la forma como lo solicitó la parte actora, y por esta razón se confirmará la sentencia de primera instancia.

### **Costas**

En el presente asunto no se condenará en costas a la parte vencida en juicio, demandante, toda vez que la reclamación en sede judicial se realizó con fundamento en la tesis que para

el momento de prestación de la demanda planteaba el Consejo de Estado en relación con el régimen de transición.

Al tener el abogado Miguel Ángel Ramírez Gaitán reconocida personería en el presente proceso como apoderado principal de la entidad demandada, y por reunir los requisitos de ley, se reconocerá personería para actuar como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la abogada María Yanet Arboleda Ospina, de conformidad con el memorial visible a folio 8 del archivo #05 del expediente digital.

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

#### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 24 de enero de 2020, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **LUZ MARINA RAMÍREZ VILLA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, según lo consignado en la parte motiva.

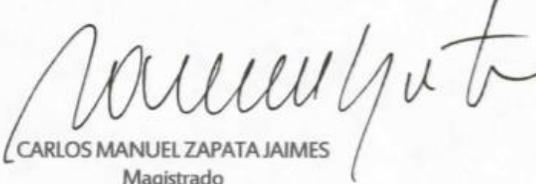
**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia por lo brevemente expuesto.

**TERCERO: RECONOCER PERSONERÍA** para actuar como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la abogada María Yanet Arboleda Ospina, portadora de la tarjeta profesional 301.582 del CSJ, de conformidad con el memorial visible a folio 8 del archivo #05 del expediente digital.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 10 de junio de 2021 conforme Acta n°030 de la misma fecha.

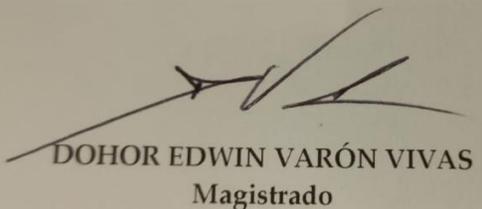


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado

**(E) Despacho del Magistrado Jairo Ángel Gómez Peña**



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 104 del 17 de junio de 2021. 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 left side.

**HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA**  
Secretario

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

Manizales, diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021)

<b>PROCESO No.</b>	<b>17001-33-33-003-2019-00061-02</b>
<b>CLASE</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>ACCIONANTE</b>	<b>ELVIA CARDONA HENAO</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b>

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo que accedió a las pretensiones incoadas por la parte actora, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 10 de marzo de 2020, dentro del proceso de la referencia.

**PRETENSIONES**

➤ Que se declare la existencia del silencio administrativo por medio del cual las demandadas negaron el reconocimiento y pago de la sanción por mora, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contada desde los 70 días hábiles después de radicada la solicitud de las cesantías definitivas, hasta cuando se hizo el pago total de prestación, mediante el ajuste reconocido en la resolución mencionada.

➤ Declarar la nulidad del acto ficto o presunto mediante el cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío del reajuste de la Cesantías definitivas reconocidas a favor de la actora.

A título de restablecimiento del derecho:

➤ Condenar a las demandadas a que reconozcan y paguen al demandado la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, en suma, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contada desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

- Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de las cesantías, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.
  
- Condenar a las accionadas al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

### **HECHOS**

Mediante Resolución número 00000430 del 27 de junio del 2016, le fueron reconocidas las cesantías definitivas a la señora ELVIA CARDONA HENAO, por LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –MUNICIPIO DE MANIZALES. En dicha liquidación de cesantías, las entidades demandadas no incluyeron unos factores salariales que devengó la actora en el último trimestre de servicio.

La señora ELVIA CARDONA HENAO, solicitó a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE MANIZALES, el día 12 de junio del 2017, el ajuste de las cesantías definitivas.

Por medio de la resolución número 00000804 del 01 de septiembre del 2017, las entidades demandadas, le reconocieron el ajuste a las cesantías definitivas solicitadas.

Este ajuste de las cesantías definitivas fue cobrado por la señora ELVIA CARDONA HENAO, por intermedio de entidad bancaria BBVA, el día 05 de enero del 2018, a través de la entidad bancaria banco BBVA sucursal de Manizales.

El 05 de febrero del 2018 la señora ELVIA CARDONA HENAO mediante apoderado judicial, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a las entidades convocadas, sin recibir respuesta alguna.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Indicó como normas transgredidas artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, y artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Señala que la entidad demandada desconoce los términos perentorios establecidos en la

Ley 1071 de 2006 para el reconocimiento y pago de las cesantías, y que, por lo tanto, está obligada a resarcir los daños causados a la parte demandante, lo cual debe hacer a través del pago de la correspondiente sanción por mora.

Trae a colación sentencias del Consejo de Estado, en las que se trata el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de la cesantía, entre ellas, la SU del 27 de marzo de 2007, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Jesús María Lemos Bustamante; Demandante: José Bolívar Caicedo Ruiz.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:** se opuso a las pretensiones incoadas por la parte demandante, toda vez que no procede el reconocimiento de la sanción moratoria reclamada.

Propuso como excepciones de fondo, las siguientes:

***“Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”*** el Reconocimiento y pago de las cesantías de la parte demandante se realizó en debida forma de conformidad con lo ordenado por la Ley.

**MUNICIPIO DE MANIZALES:** El apoderado del municipio de Manizales contestó la demanda manifestando que se opone a las pretensiones y sobre los hechos. Expuso que unos hechos son ciertos y que otros no lo son.

Propuso las siguientes excepciones de fondo:

***“Falta de legitimación en la causa por pasiva”***: Señala que las secretarías de Educación se circunscriben a elaborar un proyecto de acto administrativo de reconocimiento conforme a los parámetros establecidos por el FOMAG y la norma aplicable. No obstante, dicho reconocimiento está supeditado a la aprobación y liquidación que efectuó la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del fondo.

***“Inexistencia del derecho reclamado”*** La sanción moratoria carece de sustento factico y jurídico, haciendo improcedente el medio de control impetrado contra las entidades demandadas.

**Inaplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al Municipio de Manizales en el trámite de reconocimiento y pago de cesantías a cargo del FOMAG y FIDUPREVISORA”:** Considera que

al municipio no puede aplicársele el término establecido en la Ley 1071 de 2006, por no ser la entidad obligada al pago de las cesantías de las cesantías parciales y definitivas de los docentes.

### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 04 de febrero de 2020, concedió a las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico, si el pago inoportuno de la diferencia o ajuste de las cesantías a los docentes genera la sanción moratoria contenida en la Ley 1071 de 2006.

Tras un recuento jurisprudencial y normativo concluye que, le asiste razón a la parte demandante en solicitar el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías.

Por lo tanto, se declaró la nulidad del acto administrativo ficto surgido con ocasión a la petición del 5 de febrero del 2018, por medio de la cual se negó el reconocimiento de un sanción por mora en el pago de cesantías de la demandante, a título de restablecimiento del derecho, se condenará a la Nación – Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a cancelar y pagar a la demandante la indemnización moratoria establecida en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el período comprendido entre el desde el 13 de septiembre de 2017, inclusive, hasta el 22 de diciembre de 2017, inclusive. La sanción será liquidada con base en el salario devengado por la demandante en el año 2016, fecha de retiro definitivo del servicio.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, la entidad accionada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia exponiendo que, la Ley 1071 de 2006 aplicable a los docentes, dispuso el reconocimiento de una sanción moratorio por el pago tardío de las cesantías, más no así para el pago del reajuste de las cesantías, por lo que al pretender el actor se le reconozca la sanción moratoria por el reajuste de que fue objeto sus cesantías, sus pretensiones no están llamadas a prosperar.

Para sustentar su teoría transcribe apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado, concluyendo que se debe revocar el fallo de primera instancia en cuanto reconoce una sanción moratoria no establecida en la normativa y en contravía de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

**Parte demandante:** guardó silencio

**Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:** guardó silencio.

**Ministerio Público:** guardó silencio.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

No observando esta Sala irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí ritado, procederá en consecuencia a tomar una decisión en segunda instancia.

### **PROBLEMAS JURÍDICOS**

1. ¿Tiene Derecho la parte actora a que se le reconozca sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, al tener la entidad demandada que reconocer reliquidación de las mismas?

En caso de que la respuesta sea positiva deberá resolverse:

2. ¿A qué entidad le corresponde el pago de la sanción moratoria por el pago tardío del reajuste de las cesantías reconocidas a favor de la parte demandante?

3. ¿Cuál es el salario base para liquidar la sanción moratoria?

4. ¿La condena al pago por la cantidad líquida de dinero se debe ajustar tomando como base el índice de precios al consumidor, tal y como lo ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA?

### **LO PROBADO**

- Que mediante Resolución n° 000430 del 27 de junio de 2016 se reconoció unas cesantías definitivas a la parte demandante.

- Mediante Petición del 12 de junio de 2017, la parte actora solicitó el reajuste de las cesantías, siendo reajustada mediante la Resolución n°00804 del 11 de septiembre de 2017.

- Conforme a la constancia del BBVA el reajuste de las cesantías fue cancelado el 05/01/2018.
- Mediante Petición del 05 de febrero de 2018 se solicita el reconocimiento del pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006.

### **Primer Problema Jurídico**

#### **Marco Normativo**

La Ley 244 de 1995<sup>1</sup> contempló:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo”.

La anterior disposición fue modificada por la Ley 1071 de 2006<sup>2</sup>, básicamente para señalar nuevos destinatarios de la norma.

Respecto al reconocimiento de sanción moratoria en caso de reliquidación de las cesantías, el Consejo de Estado en providencia del 4 de octubre de 2018 de la Sección Segunda - Subsección B, proceso con radicado interno 3490-15 expuso:

“Al respecto, esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de dicha prestación, en los siguientes términos:

*“En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció*

---

<sup>1</sup> «Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

<sup>2</sup> «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

*oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación<sup>3</sup>; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, se causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma transcrita.”<sup>4</sup> (Resaltado fuera de texto).*

Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

*“(…) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.*

(…)

*La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley<sup>5</sup>”. (Subrayado fuera de texto).*

De acuerdo a lo anterior se puede concluir que, el Consejo de Estado ha sido reiterativo en considerar que el legislador no previó dentro de los supuestos de hecho que generan la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 o de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, el pago tardío de reajustes de las cesantías, y que esta sanción solo es procedente frente al pago tardío de la primera liquidación, más no así, se insiste, en relación con el pago tardío de reajustes reconocidos respecto de las mismas.

Descendiendo al caso concreto quedó probado dentro de estas resultas que, a favor del actor se reconoció unas cesantías definitivas mediante la Resolución n° 00430 del 27 de junio de 2016.

<sup>3</sup> Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>5</sup> Cita propia del texto transcrito: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

Posteriormente se reajustó el valor reconocido al incluir otros factores salariales en la liquidación de las cesantías mediante la Resolución n° 000804 del 11 de septiembre de 2017, siendo cancelada el 05/01/2018. El 05 de febrero de 2018 se solicitó el reconocimiento de una sanción moratoria por el pago tardío del reajuste pensonal, a lo cual la entidad contestó de manera negativa mediante silencio administrativo negativo.

Conforme a los anteriores hechos, es claro para este Tribunal que, de acuerdo a lo expuesto, el pago de la diferencia originada en la reliquidación de que fueron objeto las cesantías definitivas reconocidas, no configura el derecho a la sanción moratoria pretendida en la demanda, pues como se señaló anteriormente, ella solo procede frente a la liquidación inicial, ya que frente a reliquidación no está prevista esta causal como generadora de sanción moratoria alguna, contrario a lo considerado por el Juez de Primera Instancia, quien al estudiar el caso lo hizo como si se tratara de una sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas, y no sobre el reajuste que es lo que la parte actora esta solicitando.

En este orden de ideas al tratarse de una sanción, no puede aplicarse por analogía la estipulada para el al pago tardío de las cesantías, para el evento de pago de reajustes que se realicen respecto de la prestación reconocida y pagada a tiempo, puesto que dicha circunstancia no se encuentra expresamente contemplada en la ley.

Es de resaltar que este Tribunal ya ha emitido pronunciamientos en el mismo sentido en casos análogos, siendo los más recientes las sentencias del 22 de agosto de 2019 proceso radicado 2018-00445, y del 26 de septiembre de 2019 proceso con radicado 2018-00559.

Como no se reconoce el derecho a la sanción moratoria, la sala se inhibirá de resolver los demás problemas jurídicos planteados.

### **Conclusiones**

De acuerdo a todo lo discurrido, se revocará el fallo proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito el 04 de febrero de 2020 mediante el cual accede las pretensiones, y en su lugar se negarán las pretensiones por no ser procedente el pago de la sanción moratoria por el pago tardío del reajuste del que fueron objeto las cesantías definitivas reconocidas a favor de la actora.

### **Costas**

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, al evidenciarse que la demanda se presentó con

manifiesta carencia de fundamento legal, en el sentido de que la normativa que sirve de para el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías no contempla esta misma sanción para el pago tardío de reajustes que se efectuó respecto de las mismas, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y 366 del C. G. del P.

Señálense como agencias en derecho, a favor de la parte demandada la suma de un salario mínimo legal vigente

Por lo expuesto el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, Sala de Decisión Oral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** el fallo proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito el 04 de febrero de 2020 mediante el cual accedió a las pretensiones incoadas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **ELVIA CARDONA HENAO** contra **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

**En consecuencia**

**SEGUNDO: SE NIEGAN** las pretensiones de la parte demandante.

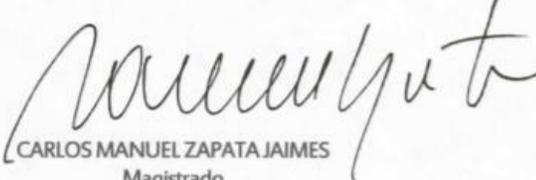
**TERCERO: COSTAS** de segunda instancia, a cargo de la parte demandante, las cuales se liquidarán por el Juzgado de primera instancia, conforme al artículo 365 y 366 del C. G. del P.

Se señalan agencias en derecho igual a un salario mínimo legal vigente a favor de la demandada

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 10 de junio de 2021 conforme Acta n°030 de la misma fecha.

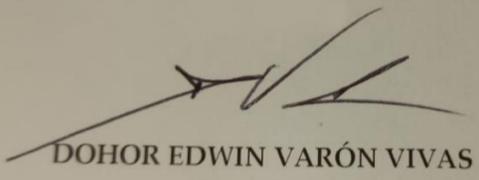


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado

**(E) Despacho del Magistrado Jairo Ángel Gómez Peña**



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

<p><b>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</b></p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 104 del 17 de junio de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales,</p> <hr/>  <hr/> <p><b>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA</b> Secretario</p>
--

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIALTRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17-001-33-33-004-2019-00341-02
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS
ACCIONADOS	MUNICIPIO DE MANIZALES,
VINCULADOS	SECRETARÍA DE TRANSITO, AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P., INSTITUTO DE VALORACIÓN INVAMA

Procede la Sala primera de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre la impugnación presentada por la accionante Enrique Arbeláez Mutis, contra el fallo proferido el día 01 de marzo de 2021 por parte del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales en el cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**PRETENSIONES**

Solicita el accionante que se garantice el acceso a los derechos colectivos a *“obtener servicios públicos eficientes y oportunos, y a la “moralidad administrativa”,* que dice, fueron vulnerados por el Municipio de Manizales al disponer el cierre del cruce vial ubicado en la Avenida Santander, sobre la calle 67A de esta localidad.

**HECHOS**

- Refiere el actor que el Municipio de Manizales construyó unos andenes en doble vía en la Avenida Santander, desde el Cable hasta la glorieta del Batallón Ayacucho, con lo cual se modificaron los separadores de la avenida, eliminando árboles y ornamentos por cemento.
- Que con dicha situación se modificó también la ruta del servicio público en la calle 67A que permitía cruzar hacía la Universidad Luis Amigó, obligando a los vehículos a desplazarse hasta la glorieta que está en el Batallón.

- Que dicha variación en la avenida implica que los vehículos deban desplazarse 12 cuadras más cuando podían realizarlo en una forma práctica, teniendo que superar un semáforo con cruce de carril hacia el Barrio Palermo.

- Que esta situación genera dificultades de tráfico pues hay que realizar el retorno en la glorieta lo que implica enfrentarse a los vehículos que vienen desde La Enea y Milán, los cuales convergen en la Avenida Santander, quedando el carril con poco espacio para transitar, sumado a la franja de las bicicletas.

- Que dicha medida afecta a los estudiantes de la Universidad Luis Amigó y los colegios aledaños, ya que se retarda su llegada a las instituciones porque no tienen alternativas como puentes o cebras para cruzar de un lado a otro.

- Refiere que los pasajeros de ese sector ya no usan el transporte público porque resulta inoperante e inoportuna la movilidad y adicional, en hora pico, se generan disputas por los carriles.

### **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**

**MUNICIPIO DE MANIZALES:** Sobre los hechos objeto de la presente acción afirmó que no le constan, y que si bien es cierto se realizaron obras y cierres de vías en la ciudad, las afirmaciones hechas en la demanda sobre el particular, corresponden a una apreciación subjetiva del actor.

Propuso las excepciones genérica e inexistencia de violación de derechos colectivos, en la medida en que no se está impidiendo la circulación de la ciudadanía, sino que se está evitando un daño en el sector de la calle 67A, ya que no está diseñado para soportar la carga vehicular en ese lugar.

**AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.:** Afirmó que el accionante tiene la carga de la prueba para acreditar sus afirmaciones, y que no le constan los hechos de la misma. Indicó que no es cierto lo dicho frente al cierre realizado, de acuerdo al Informe Técnico realizado por ellos en el Bulevar Cable-Batallón-Paseo Vizcaya, el cual se realizó con aprobación de los diseños de la Secretaría de Planeación y la Secretaría de Tránsito y Transporte.

Se opuso a las pretensiones de la demanda frente a esa entidad en la medida en que solo ejecutó los diseños entregados por la entidad municipal.

Propuso las excepciones de inexistencia del nexo causal y falta de legitimación en la causa, en tanto el objeto social de la entidad no es operar ni realizar mantenimiento a las vías peatonales de la ciudad; inexistencia de violación a los derechos colectivos, puesto que ha obrado con responsabilidad y conforme a su objeto social y no ha inobservado ningún derecho colectivo y la excepción genérica a decretarse de oficio en caso de evidenciarse alguna.

**INSTITUTO DE VALORIZACIÓN DE MANIZALES – INVAMA:** no le constan los hechos de la demanda y refiere que tampoco existe soporte probatorio para las mismas; por esto, se opuso a la prosperidad de las pretensiones las cuales no se encuentran claramente determinadas y concretas, y por ello no es posible asumir una adecuada defensa, además manifestó que dichos asuntos no son de su competencia.

Adujo que el demandante no aportó estudios, investigaciones o peritajes referentes a la movilización del sector, ni tampoco de la comunidad educativa coadyuvando la solicitud por el perjuicio alegado, por lo que es posible deducir que son simples insinuaciones del accionante.

Las excepciones que propuso el INVAMA fueron las de mala fe del accionante, inexistencia de pruebas sobre los hechos que constituyen la presunta vulneración e inexistencia de causa para demandar y la excepción genérica.

#### **AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO**

De conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, la audiencia de pacto de cumplimiento se llevó a cabo el 14 de noviembre de 2019, la cual fue declarada fallida. Para esa oportunidad se decretaron pruebas, decisión complementada por auto del 23 de noviembre de 2020, luego de la contestación de las entidades vinculadas a la actuación.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**LA PARTE DEMANDANTE:** guardó silencio.

**EL MUNICIPIO DE MANIZALES:** a través de su Secretaría Jurídica invocó decisiones de los Juzgados Sexto y Séptimo Administrativos de la localidad en los cuales se resolvieron acciones populares en favor del Municipio y relacionadas con la ciclo-banda de la avenida

Santander las que, en su sentir, constituyen precedente en este caso por tener inmerso el espacio de la calle 67A objeto de esta acción.

Afirmó que el actor popular, no probó los dichos contenidos en la demanda y que en la inspección judicial practicada por el Despacho no se evidenciaron disputas de carriles, trancones, pitos o las 12 cuadras para llegar a la Universidad Luis Amigó.

Que, por demás, se evidenció un paso peatonal que hace fácil y seguro el cruce de los peatones desde la avenida hasta la Universidad y las obras realizadas no vulneran derechos colectivos de la comunidad en el sector.

**AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.** reiteró los argumentos expuestos en su contestación al igual que las excepciones propuestas y afirmó que al realizar el debate probatorio se acreditaron las razones planteadas para el cierre, mientras que si se acreditó que el cruce no estaba diseñado para la capacidad del puente.

**EL INVAMA:** reiteró las afirmaciones contenidas en la respuesta a la demanda.

**EL MINISTERIO PÚBLICO:** en su concepto afirmó que, conforme a la ley, las vías constituyen un espacio público respecto de las cuales el Estado tiene la obligación de resguardar y preservar al uso común en pro de garantizar la libre y segura circulación peatonal por la respectiva zona, conforme a su particular reglamentación. Y que, en este caso concreto, el cierre de la calle 67 A de la ciudad, obedeció al Plan de Manejo de Tránsito PMT 227 de 2018 soportado en estudios técnicos que indicaban su necesidad con el fin de disminuir la accidentalidad, dar fluidez al paso peatonal y vehicular y disminuir el peso sobre el túnel de Vizcaya.

Lo que considera se acompasa con las ciclo-bandas dispuestas en la vía para la circulación de bicicletas, las cuales se verían interrumpidas en caso de accederse a las pretensiones de la demanda.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

A través de sentencia del 01 de marzo de 2021, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito negó las pretensiones de la acción popular.

Luego de analizar la naturaleza, finalidad y procedencia de las acciones populares, los derechos e intereses colectivos presuntamente vulnerados, las normas que regulan el

espacio público y las vías públicas, el juez *A quo* concluyó que, en el caso *sub judice* no hay lugar a ordenar protección alguna sobre los derechos reclamados.

Señaló que la Secretaría de Tránsito reiteró en sus escritos que, el carril izquierdo sobre la calle 67 A no tenía capacidad para soportar el peso de los vehículos mientras giraban hacia el Sector de la Universidad, lo cual podría afectar el viaducto Vizcaya, lo que adicionalmente, cambiaría el trazado y flujo actual de la ciclo-banda preferencial de dicha ruta y la cual fue objeto ya de dos acciones populares que se encuentran en firme. Es este uno de los casos en donde prima el interés general sobre el particular en la medida en que con la decisión se mantiene el buen estado de las vías, el tráfico de la ciudad, se reduce el índice de accidentalidad y se permite la continuidad en la franja de la ciclo-ruta.

### **FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN**

**PARTE ACCIONANTE:** Presentó recurso de alzada contra la providencia de primera instancia instando para que se revoque la sentencia.

Indica que, la obras que se hicieron en la calle 67 A de la carrera 23 que conduce a la Universidad Católica Luis Amigó que obliga a los vehículos a subir hasta el Batallón Ayacucho y tomar un romboy y volverse por la vía hasta la calle 67A es una inversión que no conduce a ningún beneficio para la comunidad. Dichas obras generan un problema de movilidad, por lo que debe abrirse de nuevo el cruce para evitar que los vehículos deban subir hasta el batallón y hacer el retorno.

### **CONSIDERACIONES**

Persigue la parte accionante que, mediante la acción contemplada en el artículo 88 constitucional, se garantice el acceso a los derechos colectivos a *“obtener servicios públicos eficientes y oportunos, y a la “moralidad administrativa”,* que dice, fueron vulnerados por el Municipio de Manizales al disponer el cierre del cruce vial ubicado en la Avenida Santander, sobre la calle 67A de esta localidad.

El artículo 88 de la Carta Política dispone en su inciso primero,

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral

administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”.

El artículo reproducido fue desarrollado por la referida Ley 472 de 1998, que en su artículo 2 establece que, las acciones populares “son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”; que “se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

El artículo 9 de la disposición citada preceptúa que “Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”, acción que a voces del artículo citado, “podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo”. (Subraya la Sala)

De acuerdo a lo anterior, se tienen entonces como elementos necesarios para la procedencia de la acción popular, los siguientes:

- a) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.
- b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos e intereses.
- c) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.
- d) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998.
- e) La titularidad para su ejercicio, como su nombre lo indica, está dada por su naturaleza popular, por lo tanto, puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998.

**Problema Jurídico.**

Corresponde entonces establecer a la Sala, de conformidad con las pruebas aportadas y recaudadas en el curso de trámite, si el cierre del separador central ubicado sobre la Avenida Santander, a la altura de la calle 67 A de la ciudad de Manizales quebranta los derechos colectivos de la comunidad.

**Análisis Probatorio.**

En el cartulario fue allegado el siguiente material probatorio:

- Petición radicada en la Secretaría de Tránsito de Manizales el 14 de mayo de 2019, suscrito por el accionante y contentivo de las pretensiones objeto de la presente acción.
- Oficio STT- 1277 del 4 de junio de 2019 en respuesta a la petición del 14 de mayo de 2019, a través del cual se indica al accionante lo relativo al cierre vial.
- Mediante Oficio STT-0653 del 22 de marzo de 2019 la Secretaría de Tránsito y Transporte da respuesta al señor ERNESTO QUINTERO GIL en relación con la solicitud de dar apertura al separador de la Calle 67 A y la petición radicada por éste.
- Relación de firmas recolectadas en el sector de San Rafael y Universidad Luis Amigó, en apoyo de la presente acción popular.
- Respuesta a exhorto No. 002 emitida por la cooperativa de Transportes Unitrans a través de la cual informa al Juzgado que el cierre de la vía, objeto de la presente acción disminuyó la accidentalidad y el tráfico fluye mejor, beneficiando a los usuarios de esa empresa porque la ruta ahora comprende el sector del Batallón Ayacucho y los Barrios La Toscana; viveros, Minitas y La Cumbre.
- Se allegó el Convenio Interadministrativo No. 1807300637 entre el Municipio de Manizales, Aguas de Manizales y el INVAMA, en el que se observa que, se suscribió luego de realizar un estudio técnico, cuyo objeto fue el de *"aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para la construcción del Bulevar Cable, Batallón"* en el cual se justifica que la medida se adoptó para: *"(...) aumentar el ancho de los andenes en un sector de muy limitada sección transversal, si bien se ganó espacio en el separador central, este*

*no era suficiente para generar una bahía de giro que permitiera el correcto almacenamiento de los vehículos. Adicionalmente y según lo informado por los diseñadores del proyecto, la posible bahía de giro podría generarle problemas al puente construido sobre el túnel de Vizcaya dado que en su diseño inicial no se contempló la bahía por lo que estas cargas adicionales podrían generar detrimento en su estructura. Si bien siempre se contempló el semáforo, de conformidad con el diseño y los elementos técnicos expuestos en el diseño aprobado por la Secretaría de Planeación, este no fue posible ubicarlo. (...)consideramos que es más importante la disminución de la accidentalidad y la prevención de muertes por accidentes que beneficia a la comunidad en general(...) Dada la limitada sección vial en este sector y a pesar que se redujo al mínimo el separador central, no fue viable técnicamente acondicionar una bahía que permitiera el giro a la izquierda a la altura de la Calle 67 A sin ocupar el carril izquierdo de la calzada (carril rápido), lo cual sería inconveniente para el correcto funcionamiento de la Avenida Santander en condiciones adecuadas de seguridad y comodidad dada su condición de vía Arteria Principal de la ciudad, teniendo en cuenta además, que dicha vía cuenta con un retorno con las condiciones geométricas y técnicas apropiadas a menos de 500 metros de cruce en cuestión. Adicionalmente y según lo informado por los diseñadores del proyecto, la posible bahía de giro podría generarle problemas al puente construido sobre el túnel de Vizcaya dado que en su diseño inicial no se contempló la bahía por lo que estas cargas adicionales podrían generar detrimento a la estructura(...).*

- Aguas de Manizales aportó un Informe Técnico el cual da cuenta que, el cierre del separador central de la calle 67 A se realizó con aprobación previa de los diseños por parte de las Secretarías de Planeación y Tránsito y Transporte Municipal.
- El Ingeniero JONATHAN LLANO MOSQUERA en su declaración informa que el Puente Vizcaya no estaba diseñado para soportar el peso de los vehículos que allí se detenían a esperar el cambio de semáforo al momento de realizar el cruce. Adicional a ello, éste ocasionaba trancones sobre la avenida quedando habilitado un solo carril. En su declaración enfatizó que en la socialización que realizaron del proyecto con la comunidad, se ejecutaron actividades que se llevaron a cabo en la Facultad de Arquitectura de la Universidad Nacional de Manizales.
- En la inspección judicial realizada al sitio objeto de la controversia, por parte del Juzgado de conocimiento, se pudo evidenciar que:

- ✓ En la calle 67A donde se solicita la apertura, si hay un cruce a través de una cebra que atraviesa toda la avenida.
- ✓ No se presenta congestión o tráfico en este sector ni tampoco más adelante donde se encuentra el semáforo para el cruce al Barrio Palermo, diferente al tiempo de duración del mismo.
- ✓ La empresa de transportes Unitrans no reporta quejas de los pasajeros o vecinos del sector; por el contrario, refiere que no sólo se mejoró la vía, sino que también se benefició una mayor parte de la comunidad con el cambio de la ruta, pues se mejoró el cubrimiento del servicio. Adicional a ello, se redujo el índice de accidentalidad con el cierre de dicho cruce y el tráfico fluye de mejor forma.

## MARCO NORMATIVO

La definición legal de “espacio público” se encuentra contenida en el artículo 5° de la Ley 9ª de 1989 así:

*“Artículo 5º.-Adicionado por el Artículo 138 de la Ley 388 de 1997. Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes.*

Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo”.

El Decreto 1504 de 1998 en su artículo 2° recoge la definición transcrita y en el artículo 3°, precisa los aspectos que comprende. Son ellos: “a) Los bienes de uso público, es decir aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del

territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo; b) Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público; c) Las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público en los términos establecidos en este decreto.

Respecto a las funciones atribuidas a los municipios, encontramos que el artículo 311 de la Constitución Política, refiere:

*“Artículo 311. Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.”*

En materia de vías, encontramos que la ley 1551 de 2012 por la cual se dictan normas para modernizar la organización y funcionamiento de los municipios, señala la competencia de cada entidad, según el caso:

*“Artículo 6º:*

*(...)*

*23. En materia de vías, los municipios tendrán a su cargo la construcción y mantenimiento de vías urbanas y rurales del rango municipal. Continuarán a cargo de la Nación las vías urbanas que formen parte de las carreteras nacionales y del Departamento las que sean Departamentales.”*

De otro lado, el artículo 82 de la Carta Política consagra como deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

la Ley 769 de 2002 “Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones” determina cuáles son las autoridades de tránsito y sus facultades y/o competencias, así:

*“ARTÍCULO 3o. AUTORIDADES DE TRÁNSITO. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1383 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Para los efectos de la presente ley entiéndase que son autoridades de tránsito, en su orden, las siguientes: El Ministro de Transporte. Los Gobernadores y los alcaldes. Los organismos de tránsito de carácter departamental, municipal o Distrital.”*

*“ARTÍCULO 119. JURISDICCIÓN Y FACULTADES. Sólo las autoridades de tránsito, dentro del territorio de su jurisdicción, podrán ordenar el cierre temporal de vías, la demarcación de zonas, la colocación o retiro de señales, o impedir, limitar o restringir el tránsito o estacionamiento de vehículos por determinadas vías o espacios públicos.”*

La Ley 715 de 2001 -que derogó la Ley 60 de 1993- en su artículo 76, también determina que, además de las competencias establecidas en la Constitución y en las demás normas, corresponde a los Municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias:

“...

76.4. En materia de transporte

76.4.1. Construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias, fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, en la medida que sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos directa o indirectamente. Las vías urbanas que forman parte de las carreteras nacionales seguirán a cargo de la Nación...”

Conforme a la normativa en cita, encuentra esta Sala que las vías constituyen un espacio público respecto de las cuales el Estado tiene la obligación de resguardar y preservar al uso común. A nivel territorial dicha competencia está radicada en los municipios quienes deben velar por la libre y segura circulación peatonal, de conformidad con la reglamentación. De otro lado la Ley 388 de 1997, artículo 8 numeral 9, también asignó a los municipios la función urbanística en lo que atañe al ordenamiento del territorio y la intervención del suelo, es decir todas las relacionadas con dirigir y realizar la ejecución de obras de infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos públicos.

Ahora bien, Respecto de la carga de la prueba en las acciones populares el Consejo de Estado<sup>1</sup> ha expuesto que:

Con respecto a la carga de la prueba en acciones populares el artículo 30 de la Ley 472, señala:

*“[...]*

---

<sup>1</sup> C.E.; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Primera; C.P: Hernando Sánchez Sánchez; Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018); Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00835-01(AP)

**ARTICULO 30. CARGA DE LA PRUEBA.** *La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios(sic) probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella.*

[...]

Se evidencia, entonces, que el actor incumplió con la referida carga pues no probó los hechos ni las supuestas violaciones aducidas en la demanda; tampoco cooperó en la práctica de la prueba oficiosamente decretada.

Esta consecuencia del obrar omisivo de la parte demandante ya ha sido destacada por la jurisprudencia de esta Sala, como se expresó en sentencia de esta Sección el 13 de noviembre de 2014<sup>2</sup>, en la cual señaló:

[...]

*Se entiende que le corresponde al actor probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de la amenaza o la vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección se pretende con la acción.*

*Es evidente que no basta con indicar que determinados hechos violan los derechos e intereses colectivos para que se tenga por cierta su afectación o vulneración; el demandante tiene la carga procesal de demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones.*

*Sobre la carga de la prueba en acciones populares, la jurisprudencia<sup>3</sup> de esta Sección ha indicado:*

*[...] la Sala considera importante anotar, que la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado. Por el contrario, como se indicó al inicio de estas consideraciones, la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de*

---

<sup>2</sup> Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala, Radicación Número: 17001-23-31-000-2012-00327-02(Ap). Actor: Javier Elías Arias Idarraga. Demandado: Municipio De Chinchiná - Caldas; Registraduría Nacional Del Estado Civil.

<sup>3</sup> Sentencia del 30 de junio de 2011, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno, expediente 50001-23-31-000-2004-0640-01.

***la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba. "Dado que los actores no demostraron de ninguna manera el supuesto hecho que generaba la violación de los derechos colectivos (...) confirmará la Sala la sentencia proferida por el tribunal de instancia."***

*Con fundamento en lo anterior la procedencia de la acción popular se sujeta a que, de los hechos de la demanda se pueda deducir siquiera sumariamente una amenaza a los derechos colectivos, entendidos estos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas, la obligación de que la acción se dirija contra persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo, requisito este último que requiere que la acción u omisión sea aprobada por el actor, o que del acervo probatorio obrante en el expediente el juez pueda deducir la vulneración del o de los derechos colectivos pues de lo contrario no puede ni podrá dar orden alguna tendiente proteger y normalizar una situación con la expedición de la sentencia producto de la acción popular."<sup>4</sup> (Negritas por fuera del texto).*

*[...] (Negritas y subrayas del texto)*

Visto el marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales en la parte considerativa de esta sentencia, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio.

En primer momento se debe señalar, que los cargos formulados por la parte actora no tienen ningún respaldo probatorio, en contravía de la jurisprudencia antes señalada en el sentido de que es su obligación probar los hechos en que se fundamenta.

Ahora, de acuerdo a lo probado y contrario a lo expuesto por el actor popular, la obras con las cuales se cerró el separador central ubicado sobre la Avenida Santander, a la altura de la calle 67 A de la ciudad de Manizales, mejoró la circulación vial, haciendo que esta sea más fluida.

De igual manera quedó demostrado que, la misma fue el resultado de un estudio técnico aprobado por la Secretaría de Planeación del municipio, por lo que no fue un cambio caprichoso de la administración como lo señala el actor, si no que por el contrario tiene fundamento en el mejoramiento de la circulación vial, lo que ha reducido la accidentalidad del sector.

---

<sup>4</sup> Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00779-01(AP), Actor: Luis Carlos Domínguez Prada, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

En conclusión, al analizar las pruebas en conjunto, bajo las reglas de la sana crítica, la Sala concluye que, no es posible inferir que exista una vulneración a un derecho colectivo, puesto que el cierre vial, contrario a lo aseverado por el actor, ha mejorado la circulación vial, redujo la accidentalidad, fue realizado con fundamento a un estudio técnico y fue aprobado por la autoridad municipal competente.

De otro lado se encuentra demostrado, que dicha vía cuenta con un retorno con las condiciones geométricas y técnicas apropiadas a menos de 500 metros de cruce en cuestión, por lo que tampoco evidencia esta Sala que con ocasión al desplazamiento hasta dicho retorno cause en la población del sector una afectación a su libre circulación o que ello impida el acceso al barrio o a la universidad Luis Amigó, adicionalmente y de acuerdo a lo informado por los diseñadores del proyecto, la posible bahía de giro, que se debería construir para abrir de nuevo el cruce cerrado, podría generarle problemas al puente construido sobre el túnel de Vizcaya dado que en su diseño inicial no se contempló la bahía por lo que estas cargas adicionales podrían generar detrimento a la estructura, lo que si conllevaría a una afectación a los derechos colectivos de la comunidad.

Por lo anterior, y sin necesidad de mayores elucubraciones, en consideración de esta Sala la sentencia emitida en primera instancia amerita ser confirmada.

**COSTAS:** No se condena en costas por ser una acción constitucional, presentada en defensa del interés público.

Es por lo expuesto que la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la **República de Colombia** y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

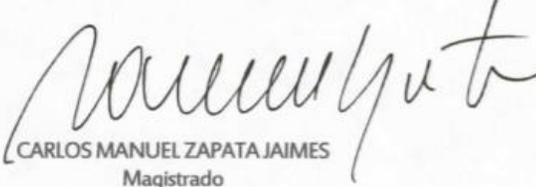
**1.CONFIRMAR** la sentencia proferida por el **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, el 01 de marzo de 2021, dentro del presente **MEDIO DE CONTROL** de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS** promovido por **ENRIQUE ARBELAEZ MUTIS** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES**, y como vinculado **AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P, INVAMA y LA SECRETARÍA DE TRÁNSITO DEL MUNICIPIO DE MANIZALES.**

**2.SIN COSTAS** en esta instancia, según lo indicado en la parte motiva.

3.EJECUTORIADA esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 10 de junio de 2021 conforme Acta n°030 de la misma fecha.

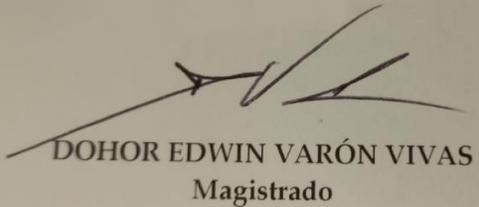


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado

**(E) Despacho del Magistrado Jairo Ángel Gómez Peña**



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 104 del 17 de junio de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, with a long vertical stroke extending downwards from the base.

**HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA**  
Secretario

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL**



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

Manizales, once (11) de junio de dos mil veintiuno (2021).

<b>RADICADO</b>	<b>17-001-33-39-008-2020-00050-02</b>
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	<b>NULIDAD ELECTORAL</b>
<b>DEMANDANTES</b>	<b>PROCURADORES JUDICIALES 70, 179, 180 Y 181 JUDICIALES I PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>MUNICIPIO DE RIOSUCIO – CALDAS; CONCEJO MUNICIPAL DE RIOSUCIO – CALDAS; ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – ESAP Y EL SEÑOR MATEO DÍAZ ANDRADE</b>

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver dentro del proceso de la referencia, memorial presentado por el apoderado del Concejo Municipal de Riosucio y el apoderado del señor Mateo Díaz Andrade, quienes solicitaron la aclaración de la sentencia de segunda instancia proferida por esta corporación el 13 de mayo de 2021.

El apoderado del Concejo Municipal de Riosucio afirmó que, aunque en la sentencia de segunda instancia se declaró la nulidad de la elección del personero del ente territorial por irregularidades en la etapa de la entrevista, no hubo reparo en relación con las demás fases del concurso de méritos que fue llevado a cabo. En tal sentido, pide aclarar si al declararse la nulidad del acto administrativo de elección del señor Mateo Díaz Andrade como Personero del Municipio de Riosucio para el periodo 2020 –2024, contenida en el acta de sesión extraordinaria nro. 003 del 10 de enero de 2020, se deba repetir todo el proceso del concurso para la elección del Personero Municipal de Riosucio; o si esta nulidad solo afecta al concurso a partir de la citación a presentar la entrevista por parte de los candidatos que superaron las etapas anteriores, incluyendo al señor Díaz Andrade.

Por su parte, el apoderado del señor Mateo Díaz Andrade sostuvo que, a pesar de declararse la nulidad del acto administrativo de elección contenido en el acta de sesión extraordinaria 003 del 10 de enero de 2020 del Concejo Municipal de Riosucio, no se indicó el preciso momento a partir del cual el acto eleccionario estaría viciado de

nulidad, como tampoco cuál es el alcance de los efectos de la sentencia que debe observar el Concejo Municipal al tenor de las tesis que se expusieron en el primer y segundo problema jurídico resueltos en la decisión judicial.

Hizo alusión a sentencia proferida por el Doctor Augusto Morales Valencia en el proceso de nulidad electoral 17001233300020200005400 de fecha 14 de mayo de 2021, que en un caso similar al presente no solo declaró la nulidad de la elección, sino que además ordenó rehacer completamente la fase de entrevista y etapas subsiguientes del concurso de méritos para proveer el cargo de Personero Municipal de Manizales para el periodo 2020-2024.

Pidió entonces se aclare o adicione la sentencia precisando si la declaratoria de nulidad implica que se rehaga por parte del Concejo Municipal de Riosucio toda la etapa de entrevista; o si la nulidad afecta únicamente como lo expresó la sentencia el acta de sesión extraordinaria número 003 de 10 de enero de 2020, siendo obligación del concejo municipal expedir un acto administrativo en el que motive de manera escrita la calificación de la entrevista y se confiera la oportunidad para contradecir o reclamar frente a tal acto, más teniendo en cuenta que se planteó la excepción de *“los efectos de una sentencia estimatoria de las pretensiones no podrían tener efectos ex tunc respecto los actos administrativos dictados dentro del concurso de méritos”*.

### **CONSIDERACIONES**

El artículo 290 de la Ley 1437 de 2011 determinó lo siguiente en torno a la aclaración de la sentencia:

*Hasta los dos (2) días siguientes a aquel en el cual quede notifica <sic>, podrán las partes o el Ministerio Público pedir que la sentencia se aclare. La aclaración se hará por medio de auto que se notificará por estado al día siguiente de dictado y contra él no será admisible recurso alguno. En la misma forma se procederá cuando la aclaración sea denegada.*

El fallo de segunda instancia fue emitido el 13 de mayo de 2021, y se notificó según el artículo 290 del CPACA el 19 de mayo del año en curso (archivo #13 expediente digital).

Según constancia secretarial que se encuentra en el archivo # 16 del expediente digital, el Concejo Municipal de Riosucio y el apoderado del señor Mateo Díaz Andrade a través de

correo electrónicos recibidos los días 21 y 24 de mayo del año en curso, respectivamente, solicitaron la aclaración de la sentencia.

En atención a lo anterior, como los escritos fueron radicados dentro de la oportunidad legal, se procederá a resolverlos.

El artículo 285 del Código General del Proceso, norma aplicable por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece:

*La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.*

*En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.*

*La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.*

Según lo anterior, la sentencia solo puede ser objeto de aclaración cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive.

Lo primero que debe advertir la Sala en relación con el trámite adelantado en primera instancia, es que la demanda fue objeto de corrección mediante auto del 12 de marzo de 2020<sup>1</sup>, en el sentido que las pretensiones 2 y 3<sup>2</sup> eran ajenas a los procesos de nulidad electoral, lo que generó la radicación de una subsanación del libelo petitorio que planteó como única súplica se declarara la nulidad del acto de elección, según quedó consignado en el escrito de integración de la demanda que reposa de folio 230 a 249 del archivo #01.

Al revisar la parte resolutive de la sentencia de nulidad electoral, se encuentra que en ella se plasmó lo siguiente:

---

<sup>1</sup> visible a folio 223 del archivo 01 que en el expediente digital se identifica como “expediente del juzgado”

<sup>2</sup> “SEGUNDO. En consecuencia se dejen sin efecto los actos realizados dentro del concurso público de méritos para proveer el cargo de Personero Municipal de Riosucio Caldas desde el acto de citación a prueba de entrevista inclusive.

TERCERO. En consecuencia se ordene al Concejo Municipal de Riosucio — Caldas realizar la citación y aplicación de la prueba de entrevista, cumpliendo con todos los requisitos de Ley y antecedentes jurisprudenciales que se han emitido sobre dicho trámite”.

*PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 16 de febrero de 2021 en el proceso que en ejercicio del medio de control de NULIDAD ELECTORAL instauraron los PROCURADORES JUDICIALES 70, 179, 180 y 181 JUDICIALES I PARA ASUNTO ADMINISTRATIVOS contra EL MUNICIPIO DE RIOSUCIO – CALDAS; CONCEJO MUNICIPAL DE RIOSUCIO – CALDAS; ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – ESAP Y EL SEÑOR MATEO DÍAZ ANDRADE, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. En consecuencia:*

*DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de “legalidad del acto administrativo que materializa la elección del Personero Municipal 2020-2024 y la de sus actos antecedentes” formulada por el señor Mateo Díaz Andrade; y la de “inexistencia de la causal invocada”, planteada por parte del Concejo Municipal de Riosucio - Caldas.*

*DECLARAR LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ELECCIÓN del señor Mateo Díaz Andrade como Personero del Municipio de Riosucio - Caldas para el periodo 2020 – 2024, contenida en el acta de sesión extraordinaria nro. 003 del 10 de enero de 2020 del Concejo Municipal de Riosucio.*

*SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás el fallo de primera instancia.*

Es decir, se evidencia en el fallo el acatamiento al principio de congruencia externa de la sentencia.

Aunado a lo anterior, advierte la Sala que aunque las partes peticionan la aclaración de una sentencia, lo que en realidad pretenden es que se explique la manera en que el Concejo Municipal de Riosucio debe proceder en relación con el concurso de méritos para proveer el cargo de personero, al haberse declarado la nulidad del acto administrativo de elección del señor Mateo Díaz Andrade para el periodo 2020 – 2024, contenida en el acta de sesión extraordinaria nro. 003 del 10 de enero de 2020, lo cual no es un aspecto que al tenor del artículo 288 del CPACA el juez de la nulidad electoral esté obligado determinar.

Sobre este tema, el Consejo de Estado - Sección Quinta - en sentencia de unificación del 26 de mayo de 2016, dentro del proceso de radicación número 11001-03-28-000-2015-00029-00, explicó frente a los efectos de las sentencias de nulidad electoral por expedición irregular lo siguiente:

*Visto lo anterior, y toda vez que se han dado ambas posturas, con la finalidad de unificar criterio sobre las consecuencias que se pueden derivar de la declaratoria de nulidad del acto de elección por irregularidades en su expedición, cuando no*

*se modulen los efectos, esta Sala precisará las posibles consecuencias:*

*Si la irregularidad no afecta todo el procedimiento de elección, y se puede establecer concretamente el momento a partir del cual se ocasionaron las irregularidades, podría, ante la falta de un pronunciamiento en la sentencia:*

*1. Retomarse el procedimiento justo en el momento antes de que se presentó la irregularidad, bajo el entendido de que se sabe con certeza que parte de la actuación no estuvo viciada.*

*2. Llevarse a cabo un nuevo procedimiento y una nueva convocatoria, siempre y cuando no se desconozcan derechos adquiridos. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que la lista de elegibles es inmodificable una vez ha sido publicada y está en firme, toda vez que los aspirantes que figuran en dicho listado no tienen una mera expectativa de ser nombrados sino que, en realidad, son titulares de derechos adquiridos, empero en aquellos casos en los cuales solo se ha adelantado la etapa de inscripción, no puede hablarse de derechos adquiridos, porque hasta ese momento solo se tiene una mera expectativa de participar y eventualmente de acceder al cargo al que se postula. Sobre el particular esta Corporación ha dicho:*

*“En lo relativo a la supuesta vulneración del derecho al trabajo, se debe resaltar que la presentación del concurso de méritos **constituye una mera expectativa que sólo puede concretarse con la superación de todas las etapas del mismo**, por lo que no se puede hablar de la vulneración del derecho al trabajo sino de la presunta afectación de una aspiración de acceder a un empleo público. Distinto sería cuando la persona acreedora a un nombramiento en un cargo de carrera no es designada pese a integrar la lista de elegibles y haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso.”<sup>3</sup> (Negrillas fuera del texto original)*

Debe recordarse que las causales de nulidad del acto de elección del Personero de Riosucio fueron la de expedición irregular y falsa motivación; por ello esta sentencia de unificación es aplicable al presente caso.

En providencia más reciente, 18 de marzo de 2021, dentro del proceso con radicado 11001-03-28-000-2020-00001-00, frente a una aclaración y/o adición de la sentencia de nulidad electoral, la Sección Quinta del Consejo de Estado nuevamente explicó:

*Las solicitudes de aclaración y adición presentadas, van encaminadas a que se module la decisión del 4 de marzo de 2021, esto es, que se determine las consecuencias del fallo*

<sup>3</sup> Sentencia de 29 de noviembre de 2012, expediente número: 23001-23-33-000-2012-00067-01. M.P. Gerardo Arenas Monsalve

*de nulidad decidido por la Sala Electoral en el presente asunto. Al respecto es pertinente señalar que en la providencia SU-2015-00029-00<sup>4</sup>, se indicaron los efectos de las sentencias que declaran la nulidad del acto de elección por expedición irregular, como en el sub judice, precisando:*

*(...)*

*20. Así las cosas, al estar consagrados los efectos de las decisiones anulatorias en materia electoral en una sentencia de unificación, en donde se interpretó el artículo 288 del CPACA, cuando ésta deviene de una expedición irregular se impone su aplicación por ser vinculante. Por lo anterior, no les resulta obligatorio a los operadores contenciosos en materia electoral, determinar expresamente los efectos de la decisión, en tanto su alcance ya fue definido por el órgano de cierre. Por manera que al no advertir que la providencia contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, ni que afecten la parte resolutive, así como tampoco la necesidad de adicionarla, se estima suficiente para negar el acceso a las solicitudes de aclaración y/o adición presentadas.*

En atención a lo expuesto, considera esta Sala que no hay lugar a aclarar la sentencia emitida el día 13 de mayo de 2021, al no advertir que la providencia contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda en la parte resolutive o que influyan en ella. Sumado a que no es obligatorio para el juez que declara la nulidad de un acto de elección por expedición irregular modular los efectos del fallo, los cuales además quedaron establecidos en sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Por lo anteriormente expuesto, **LA SALA PRIMERA DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, en Sala de Decisión

**RESUELVE:**

**PRIMERO: NO ACLARAR** la sentencia proferida por esta corporación el día 13 de mayo de 2021 dentro del proceso de **NULIDAD ELECTORAL** promovida por los **PROCURADORES JUDICIALES 70, 179, 180 Y 181 JUDICIALES I PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS** contra **EL MUNICIPIO DE RIOSUCIO – CALDAS; CONCEJO MUNICIPAL DE RIOSUCIO – CALDAS; ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – ESAP Y EL SEÑOR MATEO DÍAZ ANDRADE.**

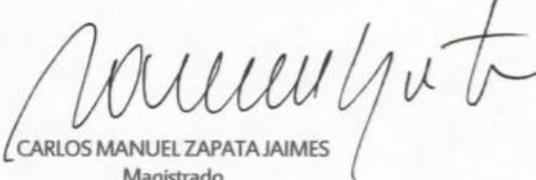
**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** el presente proveído.

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, Sentencia del 26 de mayo de 2016, Rad 2015-00029-00, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

**TERCERO:** Ejecutoriado este auto, regrese el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 11 de junio de 2021 conforme Acta n°030 de la misma fecha.

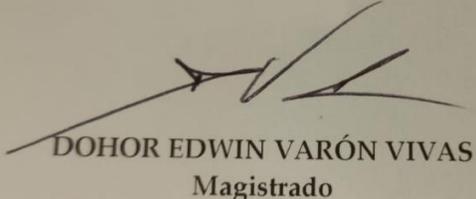


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado

**(E) Despacho del Magistrado Jairo Ángel Gómez Peña**



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 104 del 17 de junio de 2021. 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 PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, diez (10) de junio de dos mil veinte (2020)

<b>PROCESO No.</b>	<b>17001-33-33-001-2019-00184-02</b>
<b>CLASE</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>ACCIONANTE</b>	<b>CARLOS JULIO PÁEZ HURTADO</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b>

Procede la Sala Primera del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las pretensiones, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, el 25 de agosto de 2020, dentro del proceso de la referencia.

**PRETENSIONES**

Solicitó declarar la nulidad de la Resolución n° 8494-6 del 16 de octubre de 2018 por medio de la cual, se negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a que sostiene la parte actora tienen derecho los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o ser de vinculación nacional, de acuerdo a lo establecido el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

Que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene como restablecimiento del derecho, el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1985.

Se ordene a la entidad accionada indexar las sumas que le sean reconocidas por concepto de la presente condena.

Se ordene el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.

Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso.

### **HECHOS**

El señor Carlos Julio Páez Hurtado fue nombrado docente mediante el Decreto número 0752 de fecha 22 de julio de 1982.

Mediante Resolución n° 0986-6 del 19 de febrero del 2014, se le reconoció la pensión ordinaria de jubilación a partir del 06 de noviembre del 2013.

Mediante petición numero SAC 2018PQR14860 del 28 de septiembre del 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante Resolución n° 8494-6 del 16 de octubre de 2018, notificado el 17 de octubre del 2018.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Los docentes que no fueron acreedores de una pensión gracia cuentan con el beneficio de la prima de mitad de año otorgada por la Ley 91 de 1985, derecho que a pesar de estar expreso en la ley nunca ha sido reconocida y pagada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, si bien es cierto el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 creo una mesada adicional para los pensionados, ésta no tiene relación alguna con la mesada adicional de los docentes, por lo cual el Acto Legislativo n° 01 de 2005 que extinguió la mesada 14 de la Ley 100 de 1983 no tiene relación con la mesada adicional de los docentes, por lo que debe ser reconocida.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:** guardó silencio.

### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 25 de agosto 2020 negó las pretensiones de la demanda.

El Juez A-quo se planteó como problema jurídico principal determinar si a la actora le asiste derecho a que se le reconozca la mesada 14, y tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985, concluyendo que para determinar si un docente es beneficiario de la mesada 14, se debe demostrar que causó la pensión antes del

31 de julio de 2011, y si la prestación reconocida es inferior a 3 salarios mínimos mensuales vigentes.

En el caso bajo estudio al actor se le reconoció su pensión el 19 de febrero de 2014, con efectos fiscales a partir del 06/11/2013, es decir con posterioridad al 31 de julio de 2011, en este orden de ideas no tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, y por ello negó las pretensiones.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de alzada de forma oportuna.

Afirmó que al ser diferente la mesada catorce a la consagrada en la Ley 91 de 1989, el Acto legislativo 01 de 2005 en nada cambió el régimen especial de los docentes amparados en dicha normativa.

Es así como la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de sus apartes por el Acto Legislativo 01 de 2005 y sigue vigente, por lo que la prima de mitad de año reconocida a los docentes que no tienen derecho a la pensión gracia conforme al artículo 15 sigue vigente y debe ser reconocida y pagada. Es por ello que se debe revocar el fallo de primera instancia, y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

**Parte demandante:** se ratificó en los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación.

**Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:** guardó silencio.

**Ministerio Público:** en su concepto luego de hacer un recuento de lo ocurrido dentro el proceso, señala que de acuerdo con las pruebas documentales obrantes en el proceso, la pensión de jubilación reconocida al demandante se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011 y la mesada pensional fue reconocida en una cuantía superior a los tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha del reconocimiento, razón por la cual no se reúnen los presupuestos para que el actor esté exceptuado de la regla constitucional según la cual las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la entrada en vigencia del acto legislativo 1 de 2015, no podrán recibir más de trece mesadas pensionales

al año. En consecuencia, al demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año prevista en el artículo 15 numeral 2 de la Ley 91 de 1989.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

#### **Problemas jurídicos.**

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho el señor CARLOS JULIO PAEZ HURTADO a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

#### **LO PROBADO**

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- El señor Páez Hurtado ingresó como docente nacional el 26 de julio de 1982 (fecha de posesión) siendo nombrado mediante Decreto n° 0752 del 22 de julio de 1982 (documento obrante en PDF que contiene el expediente completo)
- Mediante Resolución n° 0986-6 del 19 de febrero de 2014 se reconoció pensión de jubilación, efectiva desde el 06/11/2013 (documento obrante en PDF que contiene el expediente completo)
- Mediante petición radicada el 28/09/2018 solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante Resolución n° 8494-6 del 16 de octubre de 2018 (ibidem)

#### **Régimen legal aplicable**

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>1</sup>, que reguló dos eventos:

---

<sup>1</sup>[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html#1](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1)

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo n° 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1°, lo siguiente:

***PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.*** *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

***ARTÍCULO 15.*** *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

*1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*

*2. Pensiones:[...]*

***B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...]*** (Negrillas fuera de texto)

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007<sup>2</sup>, esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberles significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993<sup>20</sup>, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."<sup>21</sup>

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se

refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."<sup>22</sup>

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes<sup>23</sup>, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados<sup>24</sup>; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-9925, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9426 que declaró inexequibles las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos

los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 199527, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPELROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

## 2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200428, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

"Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

"Artículo 1º...

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005: "Párrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005<sup>29</sup>, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

**SE RESPONDE:**

**"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"**

**Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.**

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (párrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005).

[...] (negrillas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada

a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.<sup>34</sup>

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, o que habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011 su mesada pensional sea igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

En este punto considera necesario este Juez Colegiado poner de presente que la postura aquí plasmada ha sido adoptada en decisiones anteriores de esta Sala, como la tomada dentro del proceso identificado con radicado nº 17-001-33-33-003-2017-00576-02.

---

3

4

### **Caso concreto**

De acuerdo a lo probado en el expediente al señor Páez Hurtado, se le reconoció la pensión ordinaria de jubilación mediante Resolución n° 0986-6 del 19 de febrero de 2014, por haber adquirido el status de pensionado el 05/11/2013.

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, el actor adquirió su status pensional después del 2005 y su pensión no es inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que no se encuentran dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

### **Conclusión**

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta sala de decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones.

### **Costas**

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, al evidenciarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, pues conforme se señaló en la parte motiva, ninguna de las disposiciones en las cuales se fundamenta la misma, otorgan el más mínimo derecho a la reclamación pretendida, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y 366 del C. G. del P.

Señálense como agencias en derecho, a favor de la parte demandada la suma de un salario mínimo legal vigente

En mérito de lo expuesto, La Sala Primera de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 25 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **CARLOS JULIO PÁEZ HURTADO** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

**SEGUNDO: COSTAS** de segunda instancia, a cargo de la parte demandante, las cuales se liquidarán por el Juzgado de primera instancia, conforme al artículo 365 y 366 del C. G. del P.

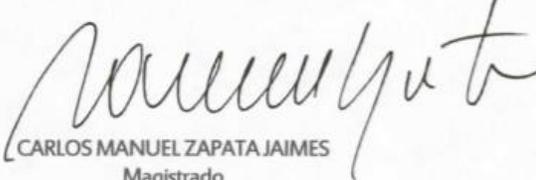
Se señalan agencias en derecho igual a un salario mínimo legal vigente a favor de la demandada

**TERCERO: NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

#### NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 10 de junio de 2021 conforme Acta n°030 de la misma fecha.

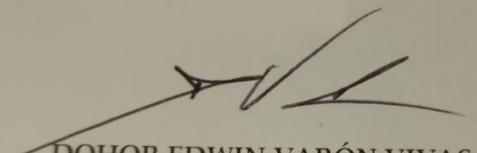


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado

(E) Despacho del Magistrado Jairo Ángel Gómez Peña



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 104 del 17 de junio de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, resembling the name 'Héctor Jaime Castro Castañeda'.

**HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA**  
Secretario

**CONSTANCIA SECRETARIAL:** Informo al Señor Magistrado, que correspondió por reparto el presente proceso; está pendiente de aceptar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Pasa a despacho el expediente para resolver.

Junio 16 de 2021.



**HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA**  
**Secretario.**

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Radicación: 17001-33-33-001-2018-00365-02  
Demandante: MELBA MEJIA DE RENDON  
Demandado: UGPP



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

**Sala Unitaria**

Manizales, dieciséis (16) de junio de dos mil veintiuno (2021)

A.S. 141

De conformidad con lo estipulado en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA, se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 26 de febrero de 2020 (visible a Archivo PDF 18 Expediente digital), al haberse interpuesto de manera oportuna el 09 de marzo del 2020 (visible a Archivos PDF 21 del ED).

Vencido el término de ejecutoria de la admisión y en el caso de no allegarse por las partes solicitudes, práctica o decreto de pruebas, concédase el término de diez (10) días para presentar los alegatos de conclusión.

Vencido el término concedido a las partes, el señor Agente del Ministerio Público dispone igualmente de diez (10) días para emitir su concepto.

Notifíquese personalmente al Señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se le enviará el mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

**Notifíquese y cúmplase**

**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
CALDAS**

**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

**No. 104**

**FECHA: 17/06/2021**

**Firmado Por:**

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA  
MAGISTRADO  
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE  
MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación: **006b6493af62b3022bceb272ad5d2c8efa56e89085a923df5aaecc615228eeb7**  
Documento generado en 16/06/2021 02:21:00 p. m.

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

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS SALA DE DECISIÓN

### MAGISTRADO PONENTE: AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ (E)

Manizales, nueve (9) de junio de dos mil veintiuno (2021).

<b>Radicación:</b>	<b>17 001 33 33 004 2013 00546 02</b>
<b>Clase:</b>	<b>Reparación directa</b>
<b>Demandante:</b>	<b>Henry Sánchez Salazar</b>
<b>Demandado:</b>	<b>Aguas de Manizales SA ESP</b>
<b>Providencia:</b>	<b>Sentencia No. 69</b>

La Sala 2ª de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados Augusto Ramón Chávez Marín, quien la preside en calidad de encargado, Augusto Morales Valencia y Dohor Edwin Varón Vivas, procede a dictar sentencia de segunda instancia decidiendo el **recurso de apelación** interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Manizales, el diecisiete (17) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda; dentro del proceso de **Reparación directa** promovido por el señor Henry Sánchez Salazar contra **Aguas de Manizales S.A. E.S.P.**

### I. Antecedentes

#### 1. Declaraciones y condenas

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

**"Primero:** Se declare que la empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P., es responsable administrativamente de los perjuicios materiales e inmateriales, causados al señor Henry Sánchez Salazar por falta o falla en el servicio, con nexo causal al accidente sufrido el día 16 de agosto de 2011, teniendo como origen la omisión consistente en la falta de la tapa del contador, del suscriptor de la empresa de servicios públicos accionada, que derivó en el accidente sufrido por el actor y consecuente (SIC) las secuelas de tipo físico, el daño emergente y lucro cesante.

**Segundo:** Consecuente con lo anterior solicito se condene a Aguas de Manizales S.A. E.S.P., como reparación del daño ocasionado a pagar al actor los perjuicios de orden material e inmaterial, subjetivos y objetivados, actuales y futuros, los cuales se estiman en cincuenta (50) SMLMV, discriminados así: (...)

**Tercero:** La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del CPACA, aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precio al consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta de ejercicio del correspondiente fallo definitivo.

**Cuarto:** La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 del CPACA.

**Quinto:** Se solicita la condena en costas."

## 2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

Manifiesta el apoderado judicial que, el demandante transitaba por el lado izquierdo, sentido occidente – oriente de la calle 19 entre carrera 23 y 24, el día 16 de agosto de 2011, en horas del medio

día, cuando a la altura frente a la nomenclatura 23 – 12, tropezó y resbaló, quedando su pie izquierdo atrapado en un espacio donde está empotrado un contador de agua de la empresa Aguas de Manizales, el cual no tenía tapa protectora.

Sostiene que después del accidente mencionado, fue llevado a la EPS SaludCoop de las Palmas, donde recibió su atención de urgencias y fue hospitalizado; así como se le realizaron exámenes de rayos x, diagnosticando fractura de tibia y peroné de pie izquierdo, siendo manejado con cirugía y material de osteosíntesis. Y que, el ortopedista Jorge Humberto Londoño González llevó a cabo la cirugía el día 21 de agosto de 2011 a las 11 de la mañana en la Clínica de la Presentación, quedando inmovilizado con férula y con incapacidad de 55 días.

Posterior a lo citado, refiere que el 7 de septiembre de 2011 se realizó control post operatorio, donde evidencia que requiere marcha con muletas, y encuentra al retiro de la férula, un *"edema biomaleolar"* ordenándose fisioterapia por 3 meses, con 28 secciones de fisioterapia.

Narra que el día 22 de noviembre de 2011 asiste a control con ortopedia, y refiere dolor, y al realizarse rayos X evidencia que hay aumento en el espacio *"tibiotalar en el hombro de la articulación sin desplazamiento lateral del talo"*, y siendo programado para retiro del material de osteosíntesis a los 6 meses, sin que a la fecha de presentar la demanda se hubiera podido realizar el retiro del material.

Afirma el apoderado que, el señor Henry Sánchez Salazar ha tenido que asumir gastos médicos, de desplazamientos, compra de muletas y material para curaciones que ascendieron a la suma de \$800.000; así como que, era conductor de vehículo de servicio

público (buseta), de su propiedad recibiendo un ingreso promedio de \$5.000.000, certificados por la empresa Rutas Doradas. Todo ello, sumado a las incapacidades que le impedían trabajar.

#### **4. Contestación de la demanda**

##### **4.1. Aguas de Manizales S.A. E.S.P. (Fls. 73 a 93 C. 1)**

La demandada Aguas de Manizales contesta la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, así como se pronuncia sobre los hechos de la demanda, y afirma que no le consta ninguno de ellos.

Sostiene la demandada que la existencia de cajas medidoras sin tapa, obedece a razones ajenas a Aguas de Manizales S.A. E.S.P., y afirma que dichas tapas, son responsabilidad de los usuarios y no de la empresa, tal como lo establece el Decreto 302 de 2000, y sostiene que la responsabilidad del mantenimiento de la caja donde se encuentran los medidores es de los usuarios, pues hace parte de la infraestructura de la acometida de los inmuebles, y cita el artículo 135 de la ley 142 de 1994 que define los elementos que integran una acometida externa.

Cita que la norma se refiere a dos sujetos que hacen parte de la relación jurídico contractual con la empresa; el suscriptor, que es la persona natural o jurídica con la que se ha celebrado el contrato; y el usuario, que es la persona que se beneficia con la prestación del servicio, bien sea como propietario del inmueble o como receptor directo del servicio.

Invoca normas relacionadas con la red interna y red local, dejando presente que el trabajo realizado, hace parte de la acometida de acueducto del inmueble y no del equipo de medida, concluyendo que la acometida de la propiedad del suscriptor y/o usuario del

servicio público y alcantarillado, es responsable del mismo cubrir el monto o pago de los costos y gastos que requiera el mantenimiento, reparación o reposición.

Finalmente propone las excepciones que denominó "*Inexistencia del nexa causal*", "*Excepción genérica de declaratoria oficiosa*", "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*".

#### **4.2. Llamada en garantía Royal Sun Alliance Seguros (Fls. 13 a 21 C.2)**

La llamada en garantía compañía de seguros contesta la demanda diciendo que no le constan los hechos de la demanda y se opone a la totalidad de las pretensiones de la misma; y frente al llamamiento en garantía, dice que la aseguradora sólo está llamada a responder de acuerdo a los términos y condiciones del contrato de seguro póliza.

Así mismo, sostiene que hay circunstancias de eximentes de responsabilidad de la empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P., consecuentemente así es respecto de Alliance Seguros y propone las excepciones que denomina: "*Inexistencia de perjuicios*", "*La póliza de responsabilidad civil extracontractual Nro. 20262, excluye cualquier indemnización proveniente de un caso fortuito o fuerza mayor*", "*El lucro cesante no se encuentra cubierto por el seguro de responsabilidad civil extracontractual Nro. 20262*", "*Falta de configuración actual del siniestro*", "*Máximo valor asegurado*", "*Valor de deducible pactado en la póliza de responsabilidad civil extracontractual Nro. 20262*".

#### **5. Ministerio público.**

El Ministerio Público no intervino en esta etapa procesal tal como

consta a folio 228 C. 1A.

## **6. Sentencia apelada (Fls. 229 a 244 C. 1A)**

El Juzgado Quinto Administrativo del Círculo de Manizales profirió sentencia de primera instancia el 17 de noviembre de 2017, mediante la cual declaró probada la excepción de inexistencia del nexo causal y negó las pretensiones de la demanda.

El juez hace un estudio de las pruebas allegadas al proceso, las documentales, dictamen, testimonios e interrogatorio de parte, y hace una exposición del principio *Iura novit curia*, citando que el demandante incurre en confusión con el título de imputación, pues se refiere indistintamente a falla en el servicio como a riesgo excepcional; dada esa confusión el Juez considera que, en este caso se debe aplicar el régimen de responsabilidad de falla en el servicio, y no con el riesgo excepcional; pues la red de acueducto como servicio público, requiere en su infraestructura la instalación de unas cajas donde van los medidores o contadores de agua, que generalmente se empotran en las vías públicas, y cuando están destapadas constituyen un riesgo para la comunidad, y la falla en el servicio se consolida, cuando la administración a sabiendas, nada hace para remediar la situación.

Seguidamente el Juez expone que de las pruebas del proceso “infiere” una serie de hechos, como el accidente ocurrido en el contador de la demandada, la atención en el servicio de urgencias, el dictamen de la junta regional de invalidez, así como afirma que no existe prueba que conduzca a establecer que la autoridad demandada hubiera tenido conocimiento de la falta de una tapa en el contador del agua donde cayó el demandante, o que hubiere dilatado de manera injustificada la reposición de tal elemento de seguridad; por lo que, para el Juez de instancia es innegable que

se encuentra demostrado el hecho que originó la demanda, así como el daño invocado por el demandante, consistente en las lesiones causadas en su cuerpo.

Refiere el Juez que, de la declaración juramentada del señor José Eleip Botero, da cuenta que las lesiones padecidas por el demandante fueron producto de la caída en una caja contadora de agua sin tapa, pues el presencié el accidente; dando por ello comprobadas la existencia del hecho y del daño, quedando pendiente por probar que efectivamente se dio por parte de la demandada una falla en el servicio y la existencia de nexo causal que comprometa a la entidad.

Hace un estudio normativo y sostiene que, si bien la infraestructura de las acometidas externas, como los contadores o medidores del acueducto son propiedad del usuario, su revisión, mantenimiento y buena calidad del servicio es obligación de la empresa.

Cita el Juez que el ordenamiento jurídico le asigna a los municipios la responsabilidad de velar por la conservación y mantenimiento de las vías públicas destinadas a la circulación de personas, de vehículos y de cosas, como los andenes; corresponde a las empresas de servicios públicos de acueducto y alcantarillado la carga de brindar las mismas condiciones de conservación y mantenimiento a las redes respectivas incluidos en ellas los medidores y las cámaras de registros que los contienen.

Afirma que son precarias las pruebas que reposan dentro proceso relacionadas con la responsabilidad de Aguas de Manizales, y que el apoderado del demandante se centró en la demostración de los perjuicios, y que lo único que hay con relación al accidente es la declaración del señor José Eleip Botero, declaración de la cual

considera que no ha habido intervención de la demandada en los hechos ocurridos, y que el accidente en que se vio involucrado el demandante, señor Sánchez Salazar, fue el resultado de su proceder.

Sostiene el Juez que dentro del proceso no se encuentra acreditado que la demandada haya incumplido injustificadamente con el deber de cuidado, ya que el demandante no probó cuánto tiempo llevaba la cámara sin tapa, si la comunidad dio aviso a la empresa solicitando reposición de la tapa; es decir que, no se logró probar que Aguas de Manizales hubiera inobservado el deber objetivo de mantener en perfectas condiciones la cámara de registro donde quedó atascado el pie del demandante.

Refiere que las fotografías obrantes entre folios 10 a 13 del cuaderno 1, no producen certeza sobre los hechos, pues no son prueba idónea para acreditar ni el daño, ni la falla en el servicio; y menos aún el nexo de causalidad; así como que no existe certeza de la fecha en que fueron tomadas, quien las tomó, y en qué circunstancias; así como no se puede asegurar el sitio, y que éste coincida con el testimonio del señor José Eleip Botero.

Por otra parte cita el juez que no existen preceptos que indiquen la periodicidad con que las empresas de servicios públicos deben atender la obligación de conservar y mantener en condiciones seguras las vías públicas y el mantenimiento de las redes, y que no basta con hacer alusión a los enunciados normativos que genéricamente imponen obligaciones a las autoridades, sino que es necesario acreditar que dichas entidades tenían la posibilidad real y efectiva de impedir su ocurrencia.

Finaliza el Juez afirmando que, en el expediente brilla por su ausencia la prueba de que la empresa Aguas de Manizales, se

hubiera puesto sobre aviso de la falta del elemento en la cámara de registro del contador, ni reclamos relacionados con ello; así como que ni se sabe cuánto tiempo llevaba el elemento sin tapa, rompiendo con ello el nexo causal entre el daño sufrido y la actitud omisiva.

## **7. Apelación Sentencia (Fls. 246 a 253 C. 1A)**

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación afirmando que no comparte la decisión del Juez, por cuanto contrario a lo dicho en la sentencia, con la prueba testimonial y documental se demostró a su juicio el daño y el nexo causal de falla en el servicio.

Sostiene el demandante que, más allá de la discusión relacionada con que si la demandada no ha tenido acción directa sobre sus agentes, pues cuando el demandante sale a la vía pública, hay una omisión de la ESP demandada, quien debía ejercer posición de garante institucional, cayendo el demandante en un medidor sin tapa propiedad de la demandada, y sufriendo un detrimento en su salud, no siendo de recibo el argumento de Aguas de Manizales, relacionado con que el propietario de la acometida externa, es quien tiene la obligación de su mantenimiento, y que al margen de dicha discusión, las empresas de servicios públicos de acueducto y alcantarillado tienen la carga de brindar las mismas condiciones de conservación y mantenimiento de las redes, incluidas de los medidores y cámaras de registro.

Refiere el demandante que el hecho si existió, y que el daño sufrido por el demandante fue el resultado de las malas condiciones de la caja medidora con la que tropezó, lo cual se desprende del testimonio rendido por el señor Henry Sánchez; así como discrepa que el Juez de instancia refiere que no se tiene

conocimiento que la ESP hubiera tenido conocimiento de la cámara sin tapa, pues lo considera irrelevante, afirmando que, si en gracia de discusión se impusiera la carga de probar al demandante, contrario sensu, quedó demostrado que la demandada falló en el servicio, por quebrantar el deber objetivo de mantener en perfectas condiciones la cámara de registro; pues de no ser así, no se hubiera presentado el accidente del señor Henry Sánchez, y hace una relación normativa y jurisprudencial relacionado con la responsabilidad del estado, y concluye que el Juez no puede realizar conjeturas no demostradas, relacionadas con el momento en el cual ya no existía la tapa de la alcantarilla, vulnerando con ello, el artículo 167 del CGP, diciendo que en presente asunto, se cumplen con los elementos necesarios para reparar el daño sufrido por el demandante, estableciéndose un nexo causal, con responsabilidad de la demandada Aguas de Manizales S.A. E.S.P., solicitando la revocatoria de la decisión de primera instancia y pidiendo acceder a las pretensiones de la demanda.

## **8. Alegatos de conclusión de Segunda Instancia**

### **8.1. Parte demandante (Fls. 12 a 38 Cdo. 07)**

La parte demandante presentó su escrito de alegatos, reiterando en su totalidad los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y refiere que en su testimonio el ingeniero Alejandro Gutiérrez, señaló que las tapas de las cajas de los medidores pertenecen a los usuarios o suscriptores del servicio, y que, cuando se requiere el cambio, el usuario solicita a la empresa el cambio.

Así mismo cita el apoderado judicial, que los hechos de la demanda no fueron probados, y que no existe prueba que acredite el día de la caída, ni el testigo José Eli Botero, hizo alusión a ello;

sumado a que las pruebas aportadas en la demanda no tienen fecha, ni lugar ni identificación; así como no fueron reconocidas por ningún testigo, siendo irrelevante ese material probatorio para el proceso.

Expone que hay discrepancia frente a las condiciones laborales del demandante, así como de la lesión padecida, según lo que se afirma en la demanda, y lo que dice la Junta Regional de Invalidez; y afirma que, por cuanto las únicas pruebas son las declaraciones rendidas, ellas no ofrecen mayor información sobre la omisión de la demandada y el nexo causal, solicitando se confirmela sentencia profería en primera instancia.

### **8.3. Llamada en garantía Seguros generales Suramericana S.A. (Fls. 21 y 22 C.4)**

La llamada en garantía presenta sus alegatos de conclusión, transcribe algunos apartes de la providencia impugnada, y concluye que, la parte demandante no logró probar los hechos que sustentaban la demanda; así como que, el testimonio del señor Joé Elí Botero, no dio mayores explicaciones sobre la ocurrencia de los hechos, siendo incluso diferentes las horas que narra el testigo, con las que dice el demandante; y también cuestiona la validez de las fotos, solicitando se confirme la sentencia proferida en primera instancia.

### **8.4. Parte demandante (Fls. 23 a 30 C.4)**

La parte demandante presentó su escrito de alegatos en segunda instancia, aduciendo que se encuentra probado dentro del proceso el accidente padecido por el demandante el día 16 de agosto de 2011, así como que se demostraron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales sucedió el accidente, así como la ausencia de la tapa en la cámara de registro; así como se

demonstró el nexo causal y el incumplimiento y actuar negligente de la demandada.

Refiere que se encuentra demostrada la pérdida de su capacidad laboral en un 7.30%, y cita las normas vulneradas por la empresa Aguas de Manizales, con las cuales se incurrió en la falla relacionada con la acometida e instalación interna, y su deber de efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales; y reitera en su totalidad los argumentos presentados en el recurso de apelación interpuesto.

## **II. Consideraciones**

Solicita la parte actora que se declare a la Empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P. responsable de los perjuicios materiales e inmateriales sufridos por el demandante, con ocasión a una caída sufrida por éste, afirmando que fue por tropezar en un contador de agua sin tapa.

### **1. Los problemas jurídicos a resolver**

Los problemas jurídicos en esta instancia se contraen a resolver las siguientes cuestiones, de acuerdo con lo planteado por el apelante:

- 1.1.** ¿Cuál es el valor probatorio de las fotografías aportadas al proceso de la referencia?
- 1.2.** ¿Los testimonios solicitados por la parte demandante, y que reposan dentro del proceso, constituyen prueba suficiente para determinar la responsabilidad de la empresa Aguas de Manizales SA E.S.P. en el caso de estudio?

**1.3.** ¿Es imputable a la entidad demandada el daño antijurídico padecido por la parte actora?

**1. Elementos generales de la responsabilidad.**

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 86 del Código Contencioso Administrativo que consagra la acción de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso 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 la denominada teoría del riesgo, los cuales obedecen a diversas situaciones en las que el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Atendiendo el título de imputación aplicable en cada caso, se constatará la existencia de los siguientes elementos que estructuran la responsabilidad de la administración pública por sus hechos u omisiones; aspectos éstos que conviene dilucidar a manera de exordio.

La jurisprudencia y la doctrina, a partir de las sucesivas reformas constitucionales y legales que se han dado en Colombia, han

señalado que para deducir la responsabilidad de la administración pública por sus hechos u omisiones, deben reunirse tres condiciones:

Como primer elemento de la responsabilidad pública, el *daño o perjuicio* por el cual se reclama la indemnización debe tener la característica de ser resarcible, indemnizable, teniendo en cuenta que no todos lo son; algunos perjuicios no son resarcibles por parte de quien los ocasiona, como sucede cuando la persona que los padece está obligada a asumir las consecuencias en virtud del mandato legal o constitucional, impuesto en función del interés general, cuando éste prima sobre el interés individual.

El *hecho de la administración* se concreta en una actuación u omisión de los agentes del Estado, cuando obran u omiten obrar en ejercicio de sus funciones públicas, es decir, en representación de la administración, salvo cuando se configura lo que en la doctrina y jurisprudencia se conoce como la *falta personal del agente*, caso en el cual, responde el empleado total o parcialmente por los perjuicios derivados del hecho.

Finalmente entre la acción u omisión y el perjuicio debe mediar una *relación de causalidad*, lo cual impone al actor el deber de demostrar que el perjuicio provino exactamente de las actuaciones u omisiones de la administración, con un nexo de causa a efecto, el que se rompe, como también lo ha dicho la jurisprudencia, cuando se prueba una causa extraña a la administración en la producción del daño, como la culpa de la propia víctima, el hecho de un tercero o una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito.

## **2. Régimen de responsabilidad aplicable en el presente asunto.**

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, esta Sala se remite al texto de la demanda, las pretensiones y la respuesta por la demandada Aguas de Manizales S.A. E.S.P., resultando coincidente con lo precisado por el Juez de Primera Instancia, en el sentido de que el presente asunto debe estudiarse bajo el régimen de responsabilidad por falla en el servicio, el cual procede frente a supuestos en los cuales se analiza la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada.

De igual manera, el Consejo de Estado ha precisado que los casos en los cuales se discuten daños causados a particulares como consecuencia de la desatención, omisión o inactividad de las autoridades públicas encargadas de la conservación, mantenimiento y señalización de las vías, se estudian a la luz de la falla del servicio<sup>1</sup>.

Por su parte, el mismo Consejo de Estado ha sostenido que para establecer la imputación al Estado en los casos señalados se requiere demostrar, además del daño, la falla en el servicio consistente en el desconocimiento de los deberes de la administración de vigilar la realización de las obras públicas, controlar el tránsito en calles y carreteras y prevenir los riesgos que dichas actividades generan<sup>2</sup>.

Ahora bien, previo al estudio de los elementos de responsabilidad en el caso bajo estudio, se hace necesario empezar por la valoración probatoria, para con base en ésta, determinar la existencia en primer lugar del elemento daño, y continuar así con

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 3 de noviembre de 2016. Radicación número: 76001-23-31-000-1999-00524-01(29334).

<sup>2</sup> *Ibidem*.

el hecho y el nexo causal.

### **3. De las pruebas que reposan dentro del proceso.**

#### **3.1. ¿Cuál es el valor probatorio de las fotografías aportadas al proceso de la referencia?**

No puede pasar por alto esa Sala que, las pruebas aportadas por el demandante para la acreditación del daño son 4 fotografías, copia de la historia clínica del demandante, recibos de pago, certificados salariales y valoración médica por la Junta Regional de Invalidez; por lo que debe estudiarse en primer lugar las fotografías aportadas entre folios 10 a 13 del cuaderno principal.

Así pues, para estudiar el valor probatorio de las mencionadas fotografías, se acude en primer lugar a los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso los cuales 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.” (Subraya la Sala)*

De acuerdo con la norma en cita, las fotografías son documentos impresos; y 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.

A folios 39 y 40 del cuaderno principal se encuentra el capítulo de pruebas de la demanda en el cual se relacionan "Dos fotografías tomadas el día del accidente a la caja donde va empotrado el contador de aguas de Manizales, donde se evidencia la falta de la

*tapa protectora; y dos fotografías tomadas a la misma caja el día 27 de mayo de 2013, en donde se evidencia la corrección a la falencia presentada con la tapa del contador”, y efectivamente, entre folios 10 y 13 del cuaderno 1, reposan unas fotografías impresas a color, donde aparece parte de un andén, con unas tapas con el nombre de Aguas de Manizales y la palabra Manizales; así como una parte de una tapa que dice Manizales, empotrada en el andén sin que dentro se vea un contador o elemento alguno.*

No obstante, ni en la demanda presentada, ni en la relación probatoria, ni en los mismos folios donde reposan las fotografías mencionadas, se dice quién fue la persona que las tomó e imprimió; así como tampoco hay como precisar la ubicación donde éstas fueron tomadas, pues ni en la relación probatoria se dice la dirección exacta de las capturas, ni en las fotografías aparece nomenclatura alguna que permita definir el lugar donde se encuentran tales elementos.

También debe decirse que, si bien es cierto en las fotografías de los folios 12 y 23 del C. 1 se observa en la impresión la fecha de 2013/05/27, éstas aparecen completas, con sus respectivas tapas, y se desconoce si la fecha que allí obra es de su impresión o captura; y las que reposan entre folios 10 y 11 no tienen fecha alguna, no se precisa cuándo fueron tomadas; así como tampoco es posible precisar que todas correspondan al mismo lugar.

También debe decirse desde ya, que ni el testimonio solicitado por la parte demandante, y debidamente recepcionado en audiencia del 24 de noviembre de 2015, así como el interrogatorio de parte surtido el mismo día, acreditan dichas fotografías, no se les pone en conocimiento, no las respaldan con sus versiones; configurando con ello una ausencia total de la demás información restante

relacionada con las fechas, elementos y condiciones de tiempo, modo y lugar en que fueron tomadas las mismas.

Por su parte, el Consejo de Estado<sup>3</sup> se ha pronunciado recientemente en el siguiente sentido:

*"(...) Con el escrito inicial se aportaron 5 fotografías que, según la demanda, corresponden al lugar en el que se presentó el accidente laboral. En la primera se observa la fachada de una edificación en la que aparece el letrero "Contraloría General de la República" y en las 4 restantes unas escaleras internas<sup>4</sup>, en las cuales, por un lado, se observa una baranda con un tubo de apoyo encima -pasamanos-, mientras que por el otro lado la estructura limita con una pared, es decir, los escalones se encuentran entre dos estructuras fijas, uno de los cuales es un muro, en el cual no se advierte que se encuentre anclado algún elemento adicional como el que se observa sobre la baranda.*

*Las fotografías aportadas al sub lite corresponden a documentos privados, pues no fueron realizadas por funcionario público, en ejercicio de su cargo o con su intervención (art. 251 C.P.C.), en tal medida, eran susceptibles de tacha de falsedad o de desconocimiento, sin que la entidad demandada hubiese procedido de conformidad.*

*En cuanto al lugar en el que fueron tomadas, al ser puestas de presente al testigo Alfonso Paredes Torres, quien era compañero de trabajo de la víctima directa para la época de los hechos, señaló que las escaleras correspondían al lugar en el que se presentó el incidente.*

*Sin embargo, no existe certeza acerca de las condiciones de tiempo en las que fueron tomadas, toda vez que, si bien todas tienen registrada la fecha del "25/11/2003 11:30 am", no es menos cierto que no se aportaron elementos que permitan determinar si dicha fecha es aquella en la que se tomaron o en la cual se imprimieron.*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub Sección A. Sentencia de 20 de noviembre de 2020. C.P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 68001-23-31-000-2004-02791-01(53467)

<sup>4</sup> Folios 21 a 24 del cuaderno 1.

Respecto del valor probatorio de las fotografías, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado:

El valor probatorio de las fotografías y los hechos que con ellas se documentan. El material fotográfico, como medio de prueba, se enlista dentro de las denominadas documentales<sup>5</sup> y, en tanto documento, reviste de un 'carácter representativo, que muestra un hecho distinto a él mismo<sup>6</sup>. De ahí que, '[l]as fotografías por sí solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse<sup>7</sup>, con lo cual, el valor probatorio que puedan tener 'no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se deducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición<sup>8</sup>.

12.1. En otras palabras, para que las fotografías tengan connotación probatoria y puedan ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, **se debe tener certeza las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron tomadas<sup>9</sup>**, lo que normalmente se devela a través de otros medios complementarios. De esta forma, la autonomía demostrativa de dichos documentos se reduce en la medida que se requieran otros medios de convicción que las soporten<sup>10</sup> (negrilla del original).

Como en este asunto no existe certeza sobre las condiciones de tiempo en las que fueron tomadas las fotografías, la Sala concluye que carecen de mérito probatorio para probar, por sí mismas, el estado de las escaleras para el momento de los hechos, razón por la cual, para tal fin la Sala se remitirá a los demás elementos obrantes en el plenario.(...)" (Subraya la Sala).

De las normas y jurisprudencia en cita, en consideración de esta

<sup>5</sup> Original de la cita: "Así por ejemplo, se desprende del art. 251 del C.P.C., norma que rige el caso".

<sup>6</sup> Original de la cita: "Corte Constitucional, Sentencia T-930<sup>a</sup>, del 6 de septiembre de 2013, fundamento 4.3, M.P. Nilson Pinilla Pinilla".

<sup>7</sup> Original de la cita: "Ibid, fundamento 4.3.1".

<sup>8</sup> Original de la cita: "Ibid, fundamento 4.3.2".

<sup>9</sup> Original de la cita: "Al respecto ver por todas, Consejo de Estado, Sección Tercera-Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 28832, C.P. Danilo Rojas Betancourt".

<sup>10</sup> Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero, sentencia del 3 de octubre de 2019, radicado número: 68001-23-31-000-2000-03565-01(47.007), entre muchas otras decisiones de la Sala.

Sala, por cuanto las imágenes fotográficas aportadas como prueba dentro del proceso carecen de certeza sobre quién tomó las fotografías, así como las condiciones de tiempo, modo y lugar de las mismas, no se les puede dar valor probatorio, por lo que la Sala abordará el estudio de los problemas jurídicos planteados, con la valoración de las demás pruebas que obran dentro del proceso.

Definido lo anterior, continúa la Sala con el estudio de la prueba testimonial, previo al examen de los elementos necesarios para la configuración de responsabilidad en este caso, específicamente, con el testimonio solicitado por la parte demandante y el interrogatorio de parte; así como el testimonio del señor Alejandro Gutiérrez Jaramillo, solicitado por la demandada Aguas de Manizales, de la siguiente manera:

### **3.2. Del testimonio de la parte demandante.**

Debe decirse que dentro del proceso solo obra la recepción de un testimonio solicitado por la parte demandante, correspondiente al señor José Eleip Botero, quien es el único testigo de los hechos de la demanda, y de cuya versión se permite la Sala transcribir lo siguiente:

#### **Testimonio señor José Eleip Botero**

*"(...) Conductor (...) Yo estaba estacionado por la calle 19 entre 24 y 23, estaba estacionado en el carro ahí, y veo que él venía bajando y se fue a un hueco ahí, y yo lo llevé a la Clínica (...) calle 19 entre carrera 24 23 (...) eran las horas de la mañana, no recuerdo, por ahí 10 o 10:30 (...) no estaba lloviendo no (...) es pendiente, no mucho, pero si es pendiente, yo estaba por ahí a los dos metros, estaba en la misma cera (...) yo no vi sino cuando él se fue al hueco, creo que venía bajando, no estoy seguro (...) me di cuenta cuando se fue allá y corrió una señora a ayudarlo a echarlo al carro (...) no*

*se qué profundidad tenía (...) lo auxiliamos, yo también colaboré ahí, para ayudarlo a salir de ahí (...) lo subieron al carro y yo lo llevé a la Clínica (...) no el hueco es donde van los contadores del agua (...) estaba como muy dolido porque se quejaba mucho (...)"*

Del testimonio en mención, queda claro que, si bien el señor José Eleip Botero da cuenta de un accidente que padeció el demandante mientras transitaba por un andén de la ciudad de Manizales, no hace referencia a la fecha de ocurrencia del accidente, tampoco precisa una dirección exacta del lugar de los hechos, sino que dice a modo general que el testigo se encontraba entre la calle 19 entre 24 y 23, así como que en horas de la mañana, entre 10 y 10:30 vio al señor (se infiere que se trata del demandante, porque tampoco precisa su nombre o lo reconoce en la sala de audiencias, pese a estar el demandante allí presente) que se fue a un hueco donde van los contadores de agua, cuando estaba a unos dos metros de distancia; ignora expresamente la profundidad del mismo, y señala que lo auxilió y llevó a una clínica.

Dicho testimonio tampoco precisa la naturaleza del hueco, la profundidad, ni una descripción más detallada de cómo ocurrió el accidente; no se refirió a las fotografías que obran con la demanda, ni precisó otros detalles que puedan dilucidar con precisión sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el accidente que se afirma en la demanda.

### **3.3. Del interrogatorio de parte.**

Debe precisar esta Sala que, al escuchar el interrogatorio de parte del demandante señor Henry Sánchez Salazar, este se centra en acreditar su actividad laboral, los perjuicios ocurridos y su detrimento económico; pero en ningún momento su apoderado judicial le interrogó sobre la ocurrencia de los hechos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia del

accidente, no le puso en conocimiento las fotografías, ni se hizo alusión a las omisiones que se refieren en la demanda.

### **3.4. Testimonio señor Alejandro Gutiérrez Jaramillo**

*"(...) Hace un tiempo a Aguas de Manizales llegó una solicitud por quien presentó esta acción, solicitando conciliar un valor económico (...) consideramos que esa infraestructura, específicamente la tapa de la caja del medidor no pertenece a aguas de Manizales, pertenece al usuario (...) Aguas de Manizales, maneja un sistema de acueducto (...) la acometida va desde la tubería de distribución hasta el registro de corte, y la otra, que va desde la acometida del medidos hasta la parte interna de la vivienda, la ley dice que ambos son propiedad del usuario, y como ambos son propiedad del usuario, entonces la caja del medidor es propiedad del usuario (...) la primera solución es que el usuario, llame a la línea de nosotros, y le instalamos la nueva caja de medición y los adicionales a que haya lugar, y eso se lo agregamos a la cuenta del usuario (...) la otra, es que le mandamos cartas a los suscriptores diciendo que la caja del medido tiene averiada la tapa o un adicional (...) nosotros no podemos llegar e interponer a la fuerza el cambio de la infraestructura porque ello no corresponde (...) llevo trabajando 11 años en Aguas de Manizales (...) hay muchas razones, la primera, se roban las tapas, se roban el medidor, otras por daños (...) en varias oportunidades hemos hecho programas para el cambio de medidores, pero los suscriptores no son consientes de la problemática (...) el mantenimiento le corresponde al usuario (...) no, la tapa de un medidor no se relaciona con la prestación del servicio, un usuario puede no tener medidor o tapa y se presta el servicio (...) las redes internas están al interior de la vivienda, la acometida es la que va entre la parte privada y la vía, de acuerdo a la ley pertenece al usuario o al suscriptor (...) no le sabría decir específicamente la pregunta, nosotros dentro del sistema comercial que manejamos buscamos la dirección con la nomenclatura que usted dice, 23 - 12, y no encontramos un suscriptor que tenga ese número, si encontramos viviendas que estuvieran a los lados de esa nomenclatura, no necesariamente el suscriptor tiene el medidor al lado, habría que hacer una inspección (...) no necesariamente tiene que ser una tapa de unas especificaciones y condiciones, si usted camina por un andén, ve muchos tipos de tapas, incluso la tecnología va cambiando en el*

*tiempo (...) el servicio que presta la caja, es alojar la caja y el medidor (...)"*

De este testimonio de tipo técnico rendido por un ingeniero que trabaja en la demandada Aguas de Manizales queda claro que la tapa de la caja del medidor no pertenece a aguas de Manizales, sino que pertenece al usuario; y que en casos de daño se debe llamar a la línea de Aguas de Manizales, y ellos instalan la nueva caja y medidores a cargo del suscriptor.

De igual manera, el testigo refiere expresamente que no tiene conocimiento de la dirección que suministró la parte demandante relacionada con la ocurrencia de los hechos, porque ellos dentro del sistema comercial que manejan buscaron la dirección con la nomenclatura que se dice y que menciona el apoderado en la audiencia y no la encontraron, pues no hallaron un suscriptor que tenga ese número.

### **3.5. De la historia Clínica del demandante.**

Entre folios 14 y 15 obra la historia clínica del demandante de la cual se extrae lo siguiente:

*"Paciente: Henry Sánchez Salazar  
Fecha de ingreso: 2011/08/16  
Ocupación: Conductor  
Convenio: Salucoop Central de Urgencias Manizales  
Afiliado: Beneficiario  
Atención de urgencias  
Asiste solo  
Motivo de consulta: Se dobló el pie  
Enfermedad actual: Refiere que se le fue el pie a un hueso y el tobillo se dobló con dolor en el mismo por edema (...)  
Examen físico: (...) Dolor edema y deformidad de maléolo interno de pie derecho.  
Requiera Material Quirúrgico, placa tercio de caña 3.5.  
SET.*

A folio 21 obra control en el que se dice:

*"Refiere dolos con el frío, está moviendo bien, está en fisioterapia, actualmente trae RX que muestra aumento del espacio tibiotalar en el hombro de la articulación sin desplazamiento lateral del talo. (...)"*

### **3.6. Del dictamen de la Junta Regional de Invalidez de Caldas.**

Entre folios 2 y 3 del cuaderno 3 obra el Dictamen número 9962 del 24 de octubre de 2016, en el cual se concluye:

*"(...) Paciente con antecedentes de luxa fractura de tobillo izquierdo para la que recibió tratamiento quirúrgico. Actualmente con restricción de AMA del tobillo por flexión dorsal hasta 10°, flexión plantar sin alteraciones (se califica como restricción leve en la flexión dorsal del tobillo) (...) Se encontró con **7,30%** de PCL (...)"*

## **4. De los elementos del régimen de responsabilidad subjetivo por falla en el servicio en el presente asunto.**

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, se hace necesario el estudio del daño antijurídico padecido, la acción u omisión de la demandada, y el nexo de causalidad entre el daño y la acción; es decir, debe verificarse que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio, lo cual se estudiará a continuación:

### **4.1.El daño**

Considera la Sala innecesario estudiar detalladamente este primer elemento, pues no es discutido dentro del proceso; y en este caso consiste en la lesión en el pie derecho padecida por el señor Henry

Sánchez Salazar, la cual consta en la historia clínica del paciente (Fls. 14 a 28 C.1), así como en el dictamen de la Junta Regional de Invalidez (Fls. 2 y 3 C. 3).

Así pues, sin que se discuta la existencia del daño invocado, pasa la Sala a abordar el análisis de la imputación a la entidad demandada, en aras de establecer si aquél es atribuible o no a aquélla.

#### **4.2. El Nexó causal.**

Una vez estudiadas las pruebas como se hizo en el numeral 3, procede la Sala con base en ello a determinar si el daño padecido por el señor Henry Sánchez Salazar fue ocasionado por la acción u omisión de la demandada Aguas de Manizales.

Sea lo primero precisar por parte de esta Sala de decisión que, los elementos probatorios que se tienen para el estudio de este aspecto, son el testimonio del señor José Eleip Botero, el interrogatorio rendido por el demandante, el testimonio rendido por el ingeniero de Aguas de Manizales y la historia clínica del demandante, de los cuales se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- La única prueba que hay relacionada con que el demandante, señor Henry Sánchez Salazar cayó o tropezó en una instalación o acometida sin tapa de la empresa Aguas de Manizales es la referencia que hace el testigo José Eleip Botero quien dijo "*el hueco es donde van los contadores del agua*", sin que exista otra prueba relacionada con dicha afirmación de la demanda.
- En la historia clínica no se refiere al lugar donde cayó el demandante, solo aparece en la anotación del 16 de agosto

de 2008 a las 12:04 que dice que el señor Henry Sánchez Salazar consultó por haberse doblado el pie, diciendo expresamente "*Refiere que se le fue el pie a un hueco y el tobillo se dobló con dolor en el mismo por edema*".

- El testigo José Eleip Botero en todo su relato no hace referencia a un punto preciso del accidente, ni a una fecha de ocurrencia del mismo, ni a una descripción detallada de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que se citan en la demanda.
- El interrogatorio de parte se centró en su totalidad en la acreditación de perjuicios de índole material, en la actividad laboral y en nada acreditó el demandante con su interrogatorio las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia del accidente.

Así pues, para la Sala es claro que, por una parte, los testimonios rendidos dentro del proceso no resultan ser prueba suficiente para determinar la responsabilidad de la empresa Aguas de Manizales SA E.S.P. en el caso de estudio; así como que, más allá de la acreditación del daño padecido, no se logró determinar ni la existencia del contador de agua sin tapa de la empresa demanda Aguas de Manizales; ni tampoco la ocurrencia del accidente como lo describe el demandante en los hechos; así como no se pudo determinar el lugar de ocurrencia de los hechos. En estas condiciones no hay ni una sola prueba contundente e irrefutable que dé cuenta que el señor Henry Sánchez Salazar tropezó en la dirección que cita en la demanda (calle 19 entre carreras 23 y 24, nomenclatura 23 – 12), con un espacio donde estaba un contador sin tapa de la empresa Aguas de Manizales y tampoco la existencia del contador mismo.

Por lo anterior, esta Sala de decisión no cuenta con los elementos suficientes, necesarios e irrefutables, para atribuir el daño

antijurídico padecido por el Señor Henry Sánchez Salazar a la empresa Aguas de Manizales SA E.S.P., pues tal como se dijo, no se encuentra identificada con precisión la vía pública de ocurrencia del accidente, ni se pudo determinar a lo largo del proceso con exactitud las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que acaecieron los hechos que se imputan a la entidad demandada; siendo ésta la primera situación que se debe establecer con certeza.

Lo anterior, sumado a la falta de prueba relacionada con la existencia de "contador sin tapa" a que se refiere el demandante, así como el estado de éste, la ubicación y a quien correspondía; y si en gracia de discusión se aceptara como cierto que el accidente ocurrió en un contador de agua que carecía de la tapa correspondiente, ese mero hecho no genera una responsabilidad automática por la ocurrencia de un accidente, pues es necesario establecer si la referida omisión fue la causa del hecho o si se configuró alguna causal que rompiera la imputación.

Por lo expuesto, coincide esta Sala con las consideraciones del Juez de Primera Instancia relacionadas con que en el asunto bajo estudio no se acreditó por la parte demandante que el accidente sufrido por éste hubiera sido consecuencia directa de una falla en el servicio, por tropezar o caer en un contador de agua que carecía de la tapa correspondiente, como lo narra en los hechos de la demanda. Y las consideraciones que anteceden resultan suficientes para decir que no existe nexo causal en el presente asunto que pueda permitir el estudio más allá de los elementos analizados. Y, tampoco encuentra el Tribunal que de las pruebas obrantes en el expediente pueda derivarse el nexo causal exigido para una posible declaratoria de responsabilidad de la demandada, además por desconocerse hasta el momento, la causa eficiente e inmediata del daño antijurídico. Por estos motivos se confirmará la sentencia

profería por en primera instancia, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

## **5. De la renuncia de poder y del reconocimiento de personería.**

Se encuentra pendiente por resolver en el presente asunto, la renuncia de un poder y el reconocimiento de personería para actuar de la siguiente manera:

A folio 33 del cuaderno 4 obra memorial de renuncia al poder presentado por el abogado Fernando Giraldo Herrera, quien obra como apoderado judicial de la parte demandante, en virtud de amparo de pobreza; con la copia de dicha renuncia enviada al demandante, y con la firma del mismo (Fl. 34 C. 4). Por reunir los requisitos para ser aceptada la renuncia del poder según lo dispone el artículo 76 del CGP, se aceptará la misma, tal como se dirá en la parte resolutive.

De igual manera, a folio 36 del cuaderno 4 obra memorial poder conferido por el demandante, señor Henry Sánchez Salazar al abogado Juan Daniel Molina López, identificado con cédula de ciudadanía número 16.073.970 y portador de la tarjeta profesional No. 213.176 del CS de la J. Por reunir los requisitos necesarios, se reconocerá la personería tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

## **6. Costas y Agencias del Derecho**

Toda vez que en el presente asunto se concedió al demandante amparo de pobreza, tal como consta a folio 2 del cuaderno principal, no habrá condena en costas. Ello se decidirá de

conformidad con el artículo 154 del Código General del Proceso que dispone "*El amparado por pobre no estará obligado a prestar cauciones procesales ni a pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos de la actuación, y no será condenado en costas*".

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **III. Falla:**

**Primero: Confirmar** en todas sus partes la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Manizales el diecisiete (17) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), dentro del proceso de reparación directa promovido por el señor Henry Sánchez Salazar contra la empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P., por las razones aquí expuestas.

**Segundo: No condenar en costas** por lo considerado.

**Tercero: Aceptar la renuncia** del poder presentada por el abogado Fernando Giraldo Herrera, identificado con cédula de ciudadanía número 10.183.177 y portador de la tarjeta profesional número 202.605, por lo considerado.

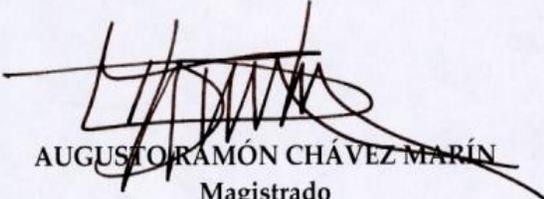
**Cuarto: Reconocer personería** para actuar en calidad de apoderado judicial de la parte demandante al abogado Juan Daniel Molina López, identificado con cédula de ciudadanía número 16.073.970 y portador de la tarjeta profesional No. 213.176 del CS de la J, en los términos del poder a él conferido.

**Quinto: Ejecutoriada** esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones respectivas en el programa "Justicia Siglo XXI".

### **Notifíquese y cúmplase**

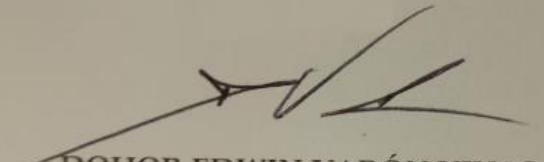
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada en la fecha.

### **Los Magistrados**



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado

Encargado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Sentencia No. 098

Manizales, once (11) de junio dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-33-39-753-2015-00003-02  
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Miguel Ángel Parra Ceballos  
Demandado: Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP  
Llamada en Gtia: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC

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

## I. Antecedentes

### 1. Demanda

#### 1.1. Pretensiones

En síntesis se deprecia la nulidad de las resoluciones: RDP 24375 del 6 de agosto de 2014; RDP 027833 de 12 de septiembre de 2014, y RDP 028230 de 17 de septiembre de 2014, por desconocer el pago de todos los factores salariales.

Que en consecuencia, se ordene a la UGPP liquidar y pagar la pensión calculada con el 75% de todos los factores salariales devengados mes a mes por servicios prestados al INPEC, los cuales son: *asignación básica (sueldo), sobresueldo nacional, prima de riesgo, prima de seguridad-subsidio unidad familiar 7%, bonificación servicios, prima de servicios, sueldo vacacional, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad*. Se reliquide y reajuste su pensión año por año a partir del 1 enero de 2011 a la fecha, con los nuevos valores que arroje la reliquidación, sin aplicar prescripción trienal.

Que además se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de pensión de vejez bajo el régimen especial del Inpec, desde su retiro hasta la fecha en que sea reconocido el derecho.

#### 1.2. Sustento fáctico relevante

Se señala que el demandante laboró al servicio del Inpec hasta el 31 de diciembre de 2010, adquiriendo el estatus de pensionado el 01 de enero de 2011 y que mediante Resolución 10712 de 7 de marzo de 2006 le fue reconocida una pensión de vejez.

Que mediante Resolución RDP 14375 de 6 de agosto de 2014, la UGPP negó la solicitud de reliquidación de la pensión, decisión que fue confirmada por las resoluciones RDP 027833 de 12 septiembre de 2014, y RDP 028230 de 17 septiembre de 2014.

### **1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión**

Señala como vulnerados, entre otros: el artículo 53 constitucional; artículo 4 de la Ley 4 de 1966; artículo 45 del Decreto 1045 de 1978; artículo 114 de la Ley 32 de 1989; artículo 184 del Decreto 407 de 1994 y artículo 21 del C.S.T.; por cuanto los actos demandados vulneraron el derecho a la igualdad, pues hay funcionarios públicos compañeros del demandante que han laborado cumpliendo las mismas funciones en el Inpec y les han sido reconocidas pensiones con factores salariales que a mi cliente le han sido desconocidos.

Que el artículo 4 de la Ley 4 de 1966 ha sido violado pues en él se ordena que la pensión de jubilación se liquide sobre todas los factores salariales devengados durante el último año de servicio laborado, lo cual no se cumple al reconocer solo siete de los factores salariales devengados conforme certificación del Inpec.

Que por remisión de los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, se debe aplicar el régimen vigente para los empleados públicos del orden Nacional, y el Artículo 4 de la Ley 4 de 1966 ordena que la pensión de jubilación especial se liquide sobre todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio laborado

Que el artículo 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994 señalan que, en los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales. Que además el artículo 21 del C.S.T, consagra el principio de favorabilidad en materia Pensional.

## **2. Pronunciamiento de los sujetos procesales**

La UGPP 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 como excepciones:

*Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido:* Adujo que el demandante no cumple los requisitos para acceder a la reliquidación de pensión que solicita; que los actos administrativos demandados no son violatorios de ninguna norma constitucional o legal. Que de acuerdo con la jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional no es procedente la reliquidación pensional en los términos pretendidos por la parte actora teniendo en cuenta que el reconocimiento pensional se realizó por cuanto es beneficiario del régimen de transición, la misma debe liquidarse conforme a las disposiciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

*“Prescripción”* solicitó se declare la prescripción prevista para las acciones laborales y prestaciones periódicas contemplada en el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del decreto 3135 de 1968 y en los artículos 488 del C.S.T., y el 151 del C.P. del T.

Finalmente, formuló llamamiento en garantía frente al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – Inpec al considerar que dicha institución contaba la obligación de efectuar los descuentos al trabajador sobre todos los factores salariales que hicieran parte del IBC.

pensional con miras a realizar en debida forma los aportes al sistema pensional.

El **Inpec** contestó la demanda y el llamamiento en garantía, oponiéndose a las pretensiones afirmando que, en ningún momento incumplió sus obligaciones en lo relacionado con el pago de los aportes pensionales y pagos salariales; manifestó que no cuenta con legitimación alguna para atender las pretensiones de la parte actora, al ser la UGPP la entidad encargada del reconocimiento pensional objeto de discusión, lo cual se denota al analizar los actos administrativos demandados que precisamente fueron emitidos por dicha entidad, aunado a que el Inpec efectuó los descuentos y aportes pensionales por el actor de conformidad con las normativa legal pertinente para la data correspondiente.

Por lo anterior, propuso las excepciones de *"Falta de legitimación en la causa por pasiva"*, *"Inexistencia de la obligaciones en cabeza del INPEC"*, *"Cobro de lo no debido e Inexistencia de incumplimiento imputable al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario"*.

### **3. Sentencia de primera instancia**

El *a quo* declaró probadas las excepciones de *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido* propuesta por la UGPP y las de *"inexistencia de la obligación en cabeza del Inpec"*, *"cobro de lo no debido e inexistencia de incumplimiento imputable al instituto nacional penitenciario y carcelario"* propuestas por el Inpec y en consecuencia negó las pretensiones del demandante.

Lo anterior al considerar que, el reconocimiento pensional objeto de reliquidación para 2012, se efectuó tomando como Ingreso Base de Liquidación el promedio de lo devengado durante el último año de servicios y con los factores mencionados en el Decreto 1045 de 1978 así como los enunciados en el Decreto 1158 de 1994, esto es *asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, otros factores Decreto 1158 (bonificación por servicios prestados), prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones*.

Que comparando el reconocimiento efectuado, se tiene entonces que si bien no se incluyó la prima de riesgo así como el subsidio familiar del 7% estos no constituyen factores salariales por expresa disposición del Decreto 446 de 1994, entre tanto, la bonificación especial por recreación no se encuentra enlistada dentro de los factores salariales contemplados en los Decretos 1045 de 1978 y 1158 de 1994.

Que conforme con las consideraciones expuestas en los actos, se observa que la entidad demandada ha proferido los actos administrativos en aplicación al ordenamiento legal vigente así como con base en las posiciones jurisprudenciales que para el momento orientaron el reconocimiento pensional de quienes laboraban en el Inpec, asimismo, dados los cambios jurisprudenciales que rigen en el presente, no es posible reconocer factores salariales como base para liquidar la pensión sobre los cuales efectivamente no se hubiesen realizado los aportes destinados al sistema de seguridad social en pensión, en el caso, como ya se determinó, sobre los factores salariales que no fueron incluidos en el reconocimiento pensional por parte de la demandada, la entidad llamada en garantía no realizó los aportes en atención a lo dispuesto en el ordenamiento legal aplicable.

### **4. Recurso de apelación**

El **demandante** señaló que, el despacho no podía apartarse de lo que ya ha decidido la Corte Constitucional y el Concejo de Estado sobre los derechos reconocidos; que independientemente del régimen pensional que le sea aplicable tal prestación debe liquidarse conforme a los factores salariales frente a los cuales se realizaron aportes al sistema, ello según lo determinó la Corte Constitucional en sentencias C-258/ 2013, SU-

230/2015 y SU-395/2017.

Que los factores salariales según certificación actualizada CETIL, conforme circular del Inpec 0027 del 12 de junio de 2013, se anexa la de un compañero de servicio, teniendo presente el tiempo de apelación, que fueron objeto de descuento por parte del empleador Inpec, son: *\*Asignación Básica, -\* Bonificación Servicios Prestados-\* auxilio de Alimentación, -\*Auxilio de Transporte \*Bonificación de Recreación \*Prima de Navidad.- -\*Prima de Riesgo-\*Prima de Servicios-\*Prima de Vacaciones, -. \*Sobresueldo, -\* Subsidio Unidad Familiar 7%, \*vacaciones;* por lo que con fundamento en las precisiones normativas y jurisprudenciales acotadas en el fundamento normativo tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que se encuentren enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que rige a los servidores públicos, conforme el artículo 4 de la Ley 4 de 1966 que ordena que la pensión de jubilación especial se liquide sobre todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio laborado.

Trajo a colación varias sentencias proferidas por el Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de Boyacá y un juzgado de Valledupar, a favor del cuerpo de funcionarios del Inpec, que protegen los derechos y principios fundamentales reconocidos favorablemente.

Con fundamento en lo anterior, solicitó, conforme al derecho constitucional de igualdad de acuerdo a las sentencias señaladas del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, se revoque la sentencia apelada y se conceda la reliquidación de la pensión con el 75% de todos los factores percibidos en el último año de servicio.

## II. Consideraciones

### 1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de apelación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Procede la reliquidación de la pensión del accionante con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios?*

Para resolver el cuestionamiento formulado se señalarán: *i)* hechos acreditados; *ii)* régimen pensional del Inpec y *iii)* la resolución del caso concreto.

### 2. Hechos acreditados

- El demandante nació el 16 de marzo de 1963 (fl. 15 C. 1).
- El demandante laboró al servicio del Inpec, entre el 7 de mayo de 1984 y el 1 de enero de 2011 (fl. 15 cdo. 1).
- Cajanal mediante Resolución 10712 de 7 de marzo de 2006 reconoció la pensión de vejez al demandante, teniendo en cuenta *“el salario promedio de 10 años, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93...”* entre el 1 de diciembre de 1994 y el 30 de noviembre de 2004, incluyendo como factores: *la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y el sobresueldo; efectiva a partir del 1 de diciembre de 2004 pero sujeta al retiro definitivo del servicio.* (fl. 16-18 cdo. 1).

- Mediante Resolución UGM 009512 del 21 de septiembre de 2011 se reliquida la pensión teniendo en cuenta los salarios sobre los cuales el interesado cotizó entre el 1 de enero de 2001 y el 30 de diciembre de 2010. (fls 4 a 8 C. 3).
- La UGPP a través de Resolución RDP 006687 del 31 de julio de 2012 reliquidó una vez más la pensión de vejez reconocida al demandante, a partir del 1 de enero de 2011, con el régimen de transición consagrado en la Ley 32 de 1986. La reliquidación se efectuó tomando como Ingreso Base de Liquidación el promedio de lo devengado durante el último año de servicios y con los factores mencionados en el Decreto 1045 de 1978 así como los enunciados en el Decreto 1158 de 1994, esto es *Asignación Básica, Auxilio de Alimentación, Auxilio de Transporte, otros factores Decreto 1158 (bonificación por servicios prestados), Prima de Navidad, Prima de Servicios y Prima de Vacaciones*. (fls 9 a 15 C. 3).
- El demandante solicitó la reliquidación de la pensión, la cual fue negada por la UGPP mediante Resolución RDP 024375 del 06 de agosto de 2014, aduciendo en síntesis que, el Certificado de Factores Salariales expedido por el Inpec, de 22 de Noviembre de 2011, en las notas establecidas en parte inferior señala claramente que el Decreto 446 de 1994 determina que la prima de riesgo, subsidio de unidad familiar 7%, clima, Coordinación, Técnica y Seguridad, no constituyen factor salarial; que igualmente, el Decreto 1045 de 1976, no contempla la prima de riesgo y el subsidio de unidad familiar como factor de salario para la liquidación de las pensiones; y el artículo 15 del Decreto 40 de 1998 señaló que la bonificación especial de recreación tampoco constituye factor salarial, motivo por el cual no fueron tenidos en cuenta en la liquidación. (fls 19 a 21 C.1).
- Contra esta decisión el demandante interpuso los recursos de reposición y apelación los cuales fueron resueltos negativamente a través de las Resoluciones RDP 027833 del 12 de septiembre de 2014 (fls 24 a 29 C.1) y RDP 28230 del 17 de septiembre de 2014 (fls 30 vto a 32 C.1) respectivamente.
- De conformidad con la *"CERTIFICACIÓN VALORES PAGADOS"*, al accionante le fueron cancelados entre el 01 de enero y el 30 de diciembre de 2010 rubros por concepto de: *"Sueldo", "prima de riesgo", "subsidio alimentación", "subsidio unidad familiar", "bonificación recreación", "prima vacaciones", "prima de navidad" "prima de servicios", "prima seg" y "bonificación por servicios prestados"*. (fls. 13-14 C. 1)

### 3. Régimen pensional del personal del Inpec

Tomando como base que, el demandante se vinculó al Inpec desde 1984, resulta pertinente hacer un recuento normativo de los regímenes legales que han regulado su situación pensional.

El artículo 96 de la Ley 32 de 1986, indicaba que:

*"ARTÍCULO 96. PENSIÓN DE JUBILACIÓN: Los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la guardia nacional, sin tener en cuenta su edad.*

...

*ARTÍCULO 114. NORMAS SUBSIDIARIAS: En los aspectos no previstos en esta ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales."*

En cuanto a los parámetros para la liquidación del derecho pensional, la Ley 32 de 1986 no

estableció qué factores constituían salario para la liquidación de la pensión de jubilación, sin que se pudiera acudir al régimen prestacional de los funcionarios públicos consagrado en la Ley 33 de 1985, en razón de lo preceptuado en el artículo 1º *ibidem*, que excluye del régimen general al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional - Inpec, por lo tanto, ante la ausencia de norma expresa, resulta procedente acudir a los presupuestos del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. Así lo ha estimado el Consejo de Estado al decidir situaciones de contornos similares al que nos ocupa<sup>1</sup>.

Ulteriormente, con la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), artículo 172, fueron conferidas facultades extraordinarias al Presidente de la República para dictar normas con fuerza material de ley, entre otros aspectos, para regular, frente a los empleados del sistema penitenciario y carcelario el *“Régimen salarial, prestacional y pensional, que no podrá desmejorar los derechos y garantías vigentes de los actuales servidores”*.

Por su parte, la Ley 100 de 1993 al promulgar el régimen general de pensiones que entraría a regir el 1º de abril de 1994, dispuso en su artículo 140 una salvedad con respecto a las actividades de alto riesgo y las del personal del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria al señalar:

**“ARTÍCULO 140. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.** De conformidad con la Ley 4a. de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos.

*El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad.”* (Subraya la Sala).

Con base en las anteriores disposiciones, el 20 de febrero de 1994 -después de la expedición de la Ley 100 de 1993<sup>2</sup>, empero antes de la entrada en vigencia del régimen general de pensiones allí establecido<sup>3</sup>- se expidió el Decreto 407 de 1994 a través del cual se estableció el *“Régimen de Personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”*, ratificando para efectos pensionales el régimen especial de jubilación dispuesto en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, sin otro requisito distinto al de que, para el momento de la entrada vigencia de dicho decreto los funcionarios respectivos ya hicieren parte del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria. En efecto el artículo 168 del Decreto 407 de 1994 señaló:

**“ARTÍCULO 168:** Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de la vigencia del presente decreto<sup>4</sup> se encuentren prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. El tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos (...)

**PARÁGRAFO 1º.** Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo

<sup>1</sup> Sección Segunda, Subsección “B”: Sentencia del 27 de abril de 2006, radicado interno 2849-04, CP Dr. Jesús María Lemos Bustamante; sentencia del 22 de abril de 2010, radicado interno 0858-09, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve. De la Sección Segunda, Subsección “A”: Sentencia del 10 de agosto de 2006, radicado interno 3146-05, y del 22 de febrero de 2007, radicado interno 4193-04, CP Dr. Jaime Moreno García; sentencia del 3 de marzo de 2011, radicado interno 0277-09, CP Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, por mencionar algunas.

<sup>2</sup> 23 de diciembre de 1993 -publicada en el Diario Oficial 41.148 de dicha fecha-.

<sup>3</sup> 1 de abril de 1994, artículo 151 de la referida Ley.

<sup>4</sup> 21 de febrero de 1994, dada su publicación en el Diario Oficial 41.233 de dicha fecha.

*de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo (...)*”.

Ahora bien, con la expedición del Decreto 2090 de 2003 “*Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades*” se introdujo un cambio al régimen pensional aplicable a los servidores del cuerpo de vigilancia y custodia penitenciaria al señalar:

**“ARTÍCULO 6. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** *Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.*

**PARÁGRAFO.** *Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.”*

De otro lado, el Gobierno Nacional, el 13 de junio de 2005, expidió el Decreto 1950, que reglamentó el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, respecto de los miembros de Custodia y Vigilancia del Inpec y señaló:

*“Artículo 1º. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. Con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes de conformidad con el Decreto-ley 407 de 1994 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1835 de 1994.”*

Finalmente, se expidió Acto Legislativo 1 de 22 de julio 2005, que retomó lo expuesto en el Decreto 1950 de 2005, y que adicionó el artículo 48 Constitucional de la siguiente manera:

*“Parágrafo transitorio 5º. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes”.*

#### **4. Caso concreto**

Como se advirtió en el acápite correspondiente, se encuentra acreditado en el expediente que el demandante prestó sus servicios al Inpec entre el 7 de mayo de 1984 y el 1 de enero de 2011, esto quiere decir que, para el 27 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 el demandante aún no cumplía los 20 años de servicios, pero sí contaba con más de 500 semanas de cotización, luego esta situación lo hacía beneficiario de la Ley 32 de 1986, como en efecto lo reconoció la entidad demandada en los actos acusados.

Ahora, en cuanto a la forma de liquidación de la pensión, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en diferentes pronunciamientos ha considerado que, la regla de exclusión del IBL aplica para todos los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, incluso aquellos que contemplan regímenes especiales como sería el caso del demandante. Así, en Sentencia T-109 de 2019 la Corte Constitucional reiteró:

*“Así, en la Sentencia SU-230 de 2015, la Sala Plena “reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos”.*

*Así mismo, la Sala estima pertinente reiterar que la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 anteriormente descrita **abarca a todos los regímenes anteriores a la expedición de dicha normativa**, esto es, cubre tanto a quienes estuvieron afiliados al denominado régimen general (Ley 33 de 1985) como a los demás regímenes especiales (Rama Judicial, Procuraduría General de la Nación, Registraduría Nacional del Estado Civil, etc.).*

*En otras palabras, la interpretación establecida por la Corte Constitucional en relación con el ingreso base de liquidación como aspecto excluido del régimen de transición es aplicable para todas las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, **incluso aquellas que contemplan regímenes especiales.***

*El anterior precedente constitucional ha sido reiterado en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional –tanto por la Sala Plena como por las distintas Salas de Revisión– en las Sentencias SU-427 de 2016, SU-395 de 2017, SU-631 de 2017, SU-023 de 2018, SU-068 de 2018, SU-114 de 2018, T-078 de 2014, T-494 de 2017, T-643 de 2017, T-661 de 2017, T-039 de 2018, T-328 de 2018 y T-368 de 2018.*

Es claro entonces que, la regla fijada por la Corte Constitucional, consiste en que *el Ingreso Base de Liquidación (IBL) no hace parte del régimen de transición consagrado en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplica tanto para el régimen general como para los regímenes especiales, por lo que el IBL se debe establecer en los términos del inciso 3º de ese artículo, que establece que:*

*“[E]l ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.*

Lo anterior en concordancia con el 21 de la misma ley que precisa:

*“ Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, 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, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

*Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.*

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en sentencia del 1 de junio de 2020<sup>5</sup>, al señalar que:

*“4.6. Con todo, conviene señalar que, si en gracia de discusión se tuviera que el actor sí es beneficiario del régimen de transición del Decreto 2090 de 2003, lo cierto es que tampoco habría lugar al amparo de los derechos fundamentales que invoca. Lo anterior, por cuanto **la decisión del tribunal de denegar la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales, está conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que, en diferentes pronunciamientos, ha considerado que la regla de exclusión del IBL aplica para todos los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, incluso, aquellos que contemplan regímenes especiales como sería el caso del demandante**”. (Se resalta).*

Corolario, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez del demandante se debe tener en cuenta los factores sobre los que se hubiera cotizado, en armonía con el artículo 45<sup>6</sup> del Decreto 1045 de 1978 “*Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional*”.

En el presente asunto se aportó el “CERTIFICACIÓN VALORES PAGADOS” según el cual, al accionante entre el 01 de enero y el 30 de diciembre de 2010 le fueron cancelados los concepto de: “Sueldo”, “prima de riesgo”, “subsido alimentación”, “subsido unidad familiar”, “bonificación recreación”, “prima vacaciones”, “prima de navidad” “prima de servicios”, “prima seg” y “bonificación por servicios prestados”. (fls. 13-14 C. 1)

Además se aportó la Resolución RDP 006687 del 31 de julio de 2012 emitida por la UGPP en la que se reliquida la pensión de vejez reconocida al demandante, a partir del 1 de enero de 2011, y se indica que se tomó como Ingreso Base de Liquidación, el promedio de lo devengado durante el último año de servicios y sobre los siguientes factores: *Asignación Básica, Auxilio de Alimentación, Auxilio de Transporte, otros factores Decreto 1158<sup>7</sup> (bonificación*

<sup>5</sup> Sección Cuarta. C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez. (11) de junio de dos mil veinte (2020). Radicación: 11001-03-15-000-2020-01850-00(AC),

<sup>6</sup> **ARTICULO 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 tuvieron 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 inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.

<sup>7</sup> Por el cual se modifica el artículo 6º del Decreto 691 de 1994. **ARTÍCULO 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

por servicios prestados), Prima de Navidad, Prima de Servicios y Prima de Vacaciones. (fl 11 C. 3). En ella se dispuso además realizar el descuento por concepto de aportes sobre los factores de salario no efectuados, por tanto, resulta innecesario tener en cuenta la certificación de factores salariales CETIL que fue solicitada en el recurso de apelación; así:

*“ARTÍCULO QUINTO: Descontar de las mesadas atrasadas a las que tiene derecho el(a) señor(a) PARRA CEBALLES MIGUEL ANGEL, la suma de TRES MILLONES CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS TREINTA pesos (\$3,051,230.00 m/cte) por concepto de aportes para pensión de factores de salario no efectuados. Lo anterior, sin perjuicio de que con posterioridad se determine que el pensionado adeuda valores adicionales o superiores por el referido concepto, o se establezca que los aportes inicialmente descontados deben ser objeto de la aplicación de algún tipo de actualización o ajuste en su valor, y en consecuencia se proceda a adelantar su cobro, para lo cual se deberá enviar una copia de la presente resolución al área de Recaudo de Cartera”.*

Por lo tanto, se evidencia que la liquidación de la pensión de vejez del demandante fue realizada con los factores salariales devengados en el último año de servicios, sobre los cuales fueron realizados aportes a pensión y que se encuentran enlistados en el Decreto 1045 de 1978.

Ahora, en cuanto a la “prima de riesgo”, que fue certificada como devengada en el último año de servicios, además que no está acreditado que sobre ella se realizaran aportes de conformidad con el Decreto 446 de 1994, “Por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC”, no tiene carácter salarial, por lo que no puede ser incluida en la liquidación de la pensión del demandante. Al respecto el artículo 11 del referido decreto señala:

*“Artículo 11. Prima de riesgo. Los Directores y Subdirectores del establecimiento carcelario y el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelario Nacional, tendrán derecho a una prima de riesgo **sin carácter salarial**, en los porcentajes que fije el Gobierno Nacional, que no podrá ser inferior al actualmente vigente”.* (Se resalta)

Al respecto, en sentencia de 25 de abril de 2019, la Sección Segunda –Subsección A- del Consejo de Estado<sup>8</sup>, precisó:

*“[...] El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala consiste en establecer si para efecto de la reliquidación pensional pretendida por el señor José Ariosto Hende Rincón debe tenerse en cuenta la prima de riesgo como factor computable con arreglo a las disposiciones normativas del régimen especial consagrado para los servidores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.*

*(...)*

*En primer lugar, debe señalarse que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez con aplicación del artículo 96 de la Ley 32 de 1986 y por remisión del artículo 168 del Decreto 407 de 1994, el cual dispuso que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia que, a la*

---

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 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;

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso, Sección Segunda, Subsección “B”, número único de radicación: REV 11001-03-25-000-2016-00759-00, CP Sandra Lisset Ibarra Vélez.

*fecha de su vigencia, es decir, para el 20 de febrero de 1994<sup>9</sup> se encuentran prestando sus servicios en el INPEC, tienen derecho a la pensión de jubilación en los términos del artículo 96 de la Ley 32 de 1986 y el tiempo de servicio prestado en la Fuerza Pública se tendrá en cuenta para tales efectos, siendo esta la situación del actor.*

*Entonces, el régimen de personal que rige su situación pensional es el contemplado por la Ley 32 de 1986 que únicamente exige para efecto del reconocimiento de la pensión de jubilación, 20 años de servicios continuos o discontinuos sin que sea necesario el cumplimiento de una edad específica, y el que gobierna sus prestaciones sociales es el previsto por el Decreto 446 de 1994 que solo dispone como factores salariales: la prima de navidad; la prima de vacaciones; la prima de servicios; el subsidio de transporte; el subsidio de alimentación y el sobresueldo, excluyéndose la prima de riesgo.*

***Itera la Sala que el Decreto 446 de 1994 que creó la prima de riesgo lo hizo pero sin carácter salarial. En esa medida, debe indicarse que es de la competencia del legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, determinar los elementos de la retribución directa del servicio dentro de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario.***

*[...]*

*Entonces, el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, y en desarrollo de la Ley 4<sup>o</sup> de 1992 expidió el Decreto ordinario No 446 de 1994 en el cual creó la prima de riesgo para los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y carcelario, prestación que como se ha indicado, carece del carácter salarial y en esa medida, no puede ser factor computable para la reliquidación de la pensión pretendida por el demandante.*

***Aunado a ello, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, tampoco consagró como factor computable para la liquidación de la pensión, la aludida prima de riesgo, tal como se dejó ilustrado en líneas antecedentes, razones por las cuales resulta improcedente su inclusión para la liquidación pensional del actor.***

***Con fundamento en lo antes señalado, concluye la Sala que la prima de riesgo, al no figurar como factor liquidable para la pensión de acuerdo al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, aunado al hecho de carecer del carácter de factor salarial, no resulta computable para la reliquidación pensional pretendida por el señor José Ariosto Hende Rincón [...]" (Destacado fuera del texto original).***

Esta postura también ha sido prohijada, entre otras, en las sentencias de 16 de agosto de 2018<sup>10</sup> y 26 de septiembre de 2019<sup>11</sup>.

Ahora bien, lo anterior es aplicable también al caso de la prima de seguridad, el subsidio unidad familiar y la bonificación por recreación, las cuales tampoco puede ser tenida como factor salarial para la liquidación de la mesada pensional, pues sobre ellas no se hicieron aportes, como se puede constatar en las certificaciones de salarios obrantes a folios 13 y 14 del cuaderno principal; además, las dos primeras no constituyen factores salariales por expresa disposición del Decreto 446 de 1994, y el artículo 15 del Decreto 40 de 1998 señaló que la bonificación especial de recreación tampoco constituye factor salarial, y el Decreto 1045 de 1976, no contempla estos rubros como factores de salario para la liquidación de las pensiones. (fls 19 a 21 C.1).

---

<sup>9</sup> El artículo 186 del Decreto 407 de 1994 en cuanto a su vigencia señala que «[...] rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias». La publicación se efectuó en el Diario Oficial 41.233 de 21 de febrero de 1994.

<sup>10</sup> Número único de radicación 11001 03 15 000 2018 01288 01 CP: Oswaldo Giraldo López.

<sup>11</sup> Número único de radicación 11001 03 15 000 2019 03924 00, CP: Nubia Margoth Peña Garzón.

## 5. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto, se concluye no procede la reliquidación de la pensión del accionante con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, por cuanto para efectos de la liquidación de su pensión se debe tener en cuenta los factores sobre los que se hubiera cotizado durante el último año de servicios, los cuales en efecto fueron tenidos en cuenta en los actos administrativos demandados.

Por lo expuesto, se confirmará la sentencia apelada, en cuanto negó las pretensiones del demandante.

## 7. Costas en segunda instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP., aplicable por expresa remisión normativa del artículo 188 del CPACA, no se impondrá condena en costas en esta instancia, dado el cambio jurisprudencial reseñado que ocurrió con posterioridad a la presentación de la demanda.

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

### FALLA

**PRIMERO:** CONFÍRMASE la sentencia proferida el 18 de febrero de 2020 por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales dentro del proceso instaurado por Miguel Ángel Parra Ceballos contra de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

**SEGUNDO:** SIN COSTAS en esta instancia.

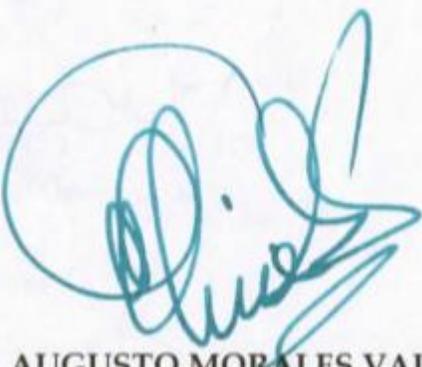
**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 29 de 2021.

### NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado



AUGUSTORAMÓN 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 19 de noviembre de 2019.

Consta de 2 cuadernos.

Dieciséis (16) de junio de 2021.



**HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA**  
**Secretario**

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Radicación: 17-001-23-33-000-2016-00686-01  
Demandante: ESNELLY GRISALES DE CARDONA  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTROS

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
Sala Unitaria

Manizales, junio dieciséis (16) de dos mil veintiuno (2021).

**A.S. 142**

Estese a lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado, en providencia del 03 de diciembre de 2020, visible a folios 180 al 196 del cuaderno 1, revocó el numeral tercero de la sentencia proferida por esta Corporación el 19 de noviembre de 2019, mediante la cual “Reconoció una indexación por razones de equidad y justicia”.

**Notifíquese y cúmplase**

**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
**Magistrado**

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA  
MAGISTRADO**

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE  
MANIZALES- CALDAS**

Este documento  
firma electrónica y  
validez jurídica,  
dispuesto en la Ley  
reglamentario

Código de

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
CALDAS**

**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 104

FECHA: 17/06/2021

**SECRETARIA**

fue generado con  
cuenta con plena  
conforme a lo  
527/99 y el decreto  
2364/12

verificación:

**f45fd8fdb802b32f326a8cf6098d52e3355db6a7f266fd6e821210287b59885**

Documento generado en 16/06/2021 02:21:04 p. m.

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

**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 10 de diciembre de 2018.

Consta de 2 cuadernos.

Dieciséis (16) de junio de 2021.



**HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA**  
**Secretario**

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Radicación: 17-001-23-33-000-2016-00883-01  
Demandante: LUIS ALBERTO AVILA CUENCA  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTROS

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
Sala Unitaria

Manizales, junio dieciséis (16) de dos mil veintiuno (2021).

**A.S. 143**

Estese a lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado, en providencia del 18 de febrero de 2021, visible a folios 243 al 259 del cuaderno 1, revocó el numeral tercero de la sentencia proferida por esta Corporación el 10 de diciembre 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 MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA  
MAGISTRADO**

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE  
MANIZALES- CALDAS**

Este documento  
firma electrónica y  
validez jurídica,  
dispuesto en la Ley  
reglamentario

Código de

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
CALDAS**

**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 104

FECHA: 17/06/2021

**SECRETARIA**

fue generado con  
cuenta con plena  
conforme a lo  
527/99 y el decreto  
2364/12

verificación:

**e814be89001d02d2d043ef54c33090b7ddd48de84339eb9150404cd9035c7a7a**

Documento generado en 16/06/2021 02:20:55 p. m.

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

**CONSTANCIA SECRETARIAL:** EL presente proceso, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho fue devuelta del H Consejo de Estado confirmando la sentencia emitida por esta corporación el 19 de noviembre de 2019.

Consta de 3 cuadernos.

Dieciséis (16) de junio de 2021.



**HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA**  
**Secretario**

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Radicación: 17-001-23-33-000-2017-00846-01  
Demandante: ALBERTO HIDALGO MARIN  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTROS

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
Sala Unitaria

Manizales, junio dieciséis (16) de dos mil veintiuno (2021).

**A.S. 144**

Estese a lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado, en providencia del 25 de septiembre de 2020, visible a folios 206 al 212 del cuaderno 1, confirmó la sentencia proferida por esta Corporación el 19 de noviembre de 2019, mediante la cual “Reconoció una indexación por razones de equidad y justicia”.

**Notifíquese y cúmplase**

**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
**Magistrado**

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA  
MAGISTRADO**

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE  
MANIZALES- CALDAS**

Este documento  
firma electrónica y  
validez jurídica,  
dispuesto en la Ley  
reglamentario

Código de

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
CALDAS**

**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 104

FECHA: 17/06/2021

**SECRETARIA**

fue generado con  
cuenta con plena  
conforme a lo  
527/99 y el decreto  
2364/12

verificación:

**3ad2ef135b09d6964ce364c9c2e07317152956f865e97a846ce10256f114fac3**

Documento generado en 16/06/2021 02:20:58 p. m.

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

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA DE CONJUECES**

José Norman Salazar González  
Conjuez Ponente

Manizales, dieciséis (16) de junio de dos mil veintiuno (2021).

***1. Asunto.***

Procede el Despacho a ejercer control de legalidad este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** en el que es demandante la señora **MARIA ISABEL GRISALES GOMEZ** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**.

***2. Antecedentes procesales.***

Se tiene que en el presente proceso se surtieron con éxito las siguientes etapas procesales:

Presentación de la demanda el 25 de septiembre de 2017 (fl. 1C), declaración de impedimento de los Magistrados del Tribunal Administrativo de Caldas el 24 de octubre de 2018 (fl. 61), auto acepta impedimento del Consejo de Estado el 21 de febrero de 2019 y sorteo de Conjueces el 26 de julio de 2019 (fls. 63-75), admisión de la demanda el 17 de octubre de 2019 y notificación electrónica de la demanda el 22 de octubre de 2019 (fl. 76-80), traslado de excepciones n° 015 de 24 de febrero de 2020 (fl. 104), constancia secretarial de suspensión de los términos por cuenta de la Emergencia Económica, Social y Ecológica a través del *decreto 417 de 17 de marzo de 2020* declarada por el Gobierno Nacional, por la amenaza del COVID-19 en concordancia con los *Acuerdos PCSJA2011517 de 15 de marzo de 2020, PCSJA2011521 de 19 de marzo de 2020, PCSJA2011526 de 22 de marzo de 2020 y PCSJA2011532 de 11 de abril de 2020*, auto adecua este medio de control a la ley 2080 de 2021 y corre traslado para alegar y constancia pasa a despacho para proferir sentencia.

***3. Admisión y notificación de la demanda.***

El 17 de noviembre de 2019 se admitió la demanda y se ordenó, entre otras, la notificación a la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL-NIVEL CENTRAL** y a la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL-**

**SECCIONAL CALDAS.** La orden fue cumplida mediante notificación electrónica el 22 de octubre de 2019, (fls. 76-84).

#### **4. Contestación de la demanda.**

Solo la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL- SECCIONAL CALDAS**, contestó el llamado. Se opuso a todas las pretensiones y los únicos hechos que aceptó fueron los relativos a los cargos desempeñados por la demandante en la Rama Judicial, al desarrollo de la reclamación administrativa y el tramite prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación.

Dijo que la Ley 4 de 1992 fijo el régimen salarial y prestacional para los empleados públicos, no solo de la Rama Judicial, sino además de la Fiscalía General de la Nación, los miembros del Congreso de la Republica, los miembros de las Fuerza Pública y los trabajadores oficiales. Además, dio la facultad al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de este grupo de funcionarios. El 7 de mayo de 1993 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 57 de 1993, el cual afecto directamente la liquidación de las cesantías, siendo norma obligatoria para los empleados que se vinculen después de su vigencia y brindó la oportunidad de los antiguos a acogerse a sus mandatos. Aseveró que la demandante pertenece al régimen de los acogidos al decreto 57 de 1993.

Frente a la prima reclamada, aseguró que su pago depende de los decretos salariales emitidos por el Gobierno Nacional, año por año, y su manejo fue fiel al cumplimiento de lo ordenado por estos. Dijo, además, que la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, no constituye factor salarial, situación que fue declarada exequible por la Sentencia C-279 de 1996.

Finalmente, y frente a los actos administrativos atacados, dijo que no fueron emitidos por esa Seccional, sino por la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL-SECCIONAL VALLE DEL CAUCA** y es quien debe pronunciarse al respecto, por lo que lo adecuado sería integrar el litisconsorcio necesario y vincular a la seccional del Valle del Cauca a este proceso. Como excepciones presentó; (i). *innominada*, (ii). *ausencia de causa petendi*, (iii). *prescripción e*, (iv). *integración de la Litis Consorcio necesario*.

#### **5. Consideraciones.**

##### **a. Competencia.**

Como parte del estudio integral del proceso, para emitir una decisión que ponga fin a esta instancia, ejercer control de legalidad sobre las etapas anteriores, para asegurar el respeto al debido proceso y el cumplimiento de los principios rectores del derecho.

**b. Actos administrativos atacados.**

El 4 de mayo de 2016 y ante la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL de Cali, Valle del Cauca**, fue interpuesto derecho de petición, mediante el cual se solicitó el reconocimiento, reliquidación y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992. Lo pedido fue negado a través de la **resolución DESAJCLR16-3074 de 26 de octubre de 2016**, la cual fue atacada a través del recurso de apelación, el cual nunca fue resuelto por la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL, Nivel Central**, lo que llevo a la configuración de silencio administrativo y consecuentemente al **acto administrativo ficto presunto negativo**.

**c. Entidades notificadas.**

El 19 de octubre de 2019, fueron notificadas la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL-Seccional Manizales** y la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL-Nivel Central**.

**d. Análisis**

Es claro que la reclamación administrativa se inició ante la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL Seccional Cali, Valle del Cauca** y es lógico que dicha seccional y no la de Manizales, fue la que resolvió el derecho de petición a través de la **resolución DESAJCLR16-3074 de 26 de octubre de 2016**. Por otro lado, el numeral 7° del artículo 103 de la Ley 270 de 1996 predica la responsabilidad funcional que tienen los Directores Seccionales de Administración Judicial, de representar a la Rama Judicial en los procesos judiciales, en el ámbito de su jurisdicción;

**“ARTÍCULO 103. DIRECTOR SECCIONAL DE LA RAMA JUDICIAL.** *Corresponde al Director Seccional de la Rama Judicial, ejercer en el ámbito de su jurisdicción y conforme a las órdenes, directrices y orientaciones del Director Ejecutivo Nacional de la Administración Judicial, las siguientes funciones:*

1., 2., 3., 4., 5., 6.,

7. *Representar a la Nación-Rama Judicial en los procesos judiciales para lo cual podrá constituir apoderados especiales.*

8., 9., 10., 11”

Corolario de lo anterior, le corresponde a la **DIRECCION SECCIONAL DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL, Seccional Cali, Valle del Cauca**, pronunciarse frente a esta demanda.

***e. Declaración de nulidad.***

Dado que ya es visible la necesidad de ordenar la vinculación de la ***DIRECCION EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL de Cali, Valle del Cauca***, para que se pronuncie frente a los hechos de la demanda y especialmente, respecto a los actos administrativos atacados y que, este control de legalidad se dio en ejercicio del proyecto del fallo que finalizará esta instancia, es necesaria decretar la nulidad de algunas de las etapas que se surtieron para llegar a este punto, entre otras, para proteger el debido proceso de la entidad vinculada, en consecuencia, se decreta la nulidad de todo lo actuado hasta la contestación de la demanda, inclusive, es decir que se anularán las etapas contempladas en los artículos 173, 175, 176, 177, 178, 180, 181, 182 y 182A del CPACA.

***f. Adecuación del procedimiento a la Ley 2080 de 2021.***

Toda vez que el 25 de enero de 2021, entró en vigencia la reforma a la Ley 1437 de 2011 –antiguo procedimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa– y dado que a la luz del artículo 179 del CPACA, el cual sigue incólume, pues no fue modificado, aplicando la nulidad aquí decretada, el proceso queda a la mitad de la primera etapa del procedimiento administrativo y quedando pendientes las etapas segunda y tercera, es posible adecuar este medio de control al nuevo procedimiento contemplado en la Ley 2080 de 2021.

***g. Conclusiones.***

A través del ejercicio del control de legalidad exigido antes de emitir la ponencia de la sentencia, se hizo visible que la entidad que resolvió la petición que diera inicio a la reclamación administrativa en esta demanda, fue la ***DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL de la Seccional Cali, Valle del Cauca***, por lo que le corresponde a esta, pronunciarse frente a la demanda y por ende, es necesario ordenar su vinculación a través de la figura de la integración de la Litis consorcio necesario, además, hay que proteger el derecho al debido proceso de la seccional vinculada, por lo que se debe decretar la nulidad de todo lo actuado hasta la notificación de la demanda, inclusive.

De igual manera y aprovechando la nueva normatividad vigente, por lo expuesto, es totalmente viable adecuar este medio de control al nuevo procedimiento administrativo contemplado en la Ley 2080 de 25 de enero de 2021, lo que significa que las etapas siguientes a la admisión de la demanda, deben ser tramitadas a la luz del nuevo CPACA, siendo uno de los cambios más significativos, el traslado de la demanda el cual ahora es solo de 30 días hábiles, conforme lo dispuso el artículo 172 ibídem, en concordancia con el artículo 87 de la Ley 2080 de 2021, que derogó entre otros, el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012 o C.G.P.

En mérito de lo expuesto, este Conjuetz, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

## 6. RESUELVE

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de todo lo actuado hasta la contestación de la demanda, inclusive.

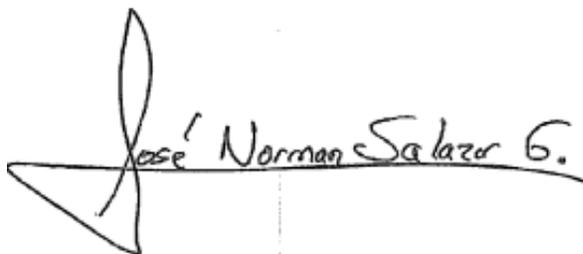
**SEGUNDO: ADECUAR** este medio de control al procedimiento contemplado en el nuevo CPACA o Ley 2080 de 2021.

**TERCERO: VINCULAR** a este medio de control y a través de la integración del Litis consorcio necesario, a la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** de la Seccional Cali, Valle del Cauca.

**CUARTO: ORDENAR** a la Secretaría de esta Corporación, que una vez ejecutoriado este auto, se proceda a la **NOTIFICACION** por correo electrónico a la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** de la Seccional Cali, Valle del Cauca, enviándole copia del escrito de la demanda y de sus pruebas.

**QUINTO: ADVERTIR** a la **DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL Seccional Cali, Valle del Cauca**, que el termino para contestar la demanda, fue modificado por la Ley 2080 de 2021 a solo 30 días, hábiles conforme lo dispone el artículo 172 del CPACA y contados a partir del tercer (3) día, inclusive del recibo de la notificación electrónica, a la luz del inciso 3 del artículo 199 ibídem.

**NOTIFÍQUESE y CUMPLASE**



**JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ**  
Ponente



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: MANUEL ZAPATA JAIMES CARLOS

Manizales, once (11) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **LILIANA PATRICIA RAMÍREZ CASTAÑO**, y como sucesor procesal el señor **JUAN CARLOS LÓPEZ TRUJILLO**, contra **EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**, memorial visible a folio 206 del C.1, por medio del cual la parte actora solicitó la aclaración y/o adición de la sentencia proferida por esta corporación día 8 de abril de 2021.

Soportó su petición, en que en la parte resolutive de la providencia se omitió mencionar que se debe tener como sucesor procesal al señor Juan Carlos López Trujillo, en razón a que el mismo ya fue reconocido por como tal, y con la finalidad de que no haya confusiones al momento de dar cumplimiento a la sentencia judicial.

**CONSIDERACIONES**

El artículo 285 del Código General del Proceso, norma aplicable por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, estableció frente a la aclaración de las providencias lo siguiente:

*La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.*

*En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.*

*La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.*

Por su parte, el artículo 287 del mismo cuerpo normativo, sobre la adición de las providencias, preceptuó:

*Cuando la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.*

*El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvencción o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.*

*Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.*

*Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal.*

En este caso, la sentencia se notificó por estado el día 13 de abril de 2021, y ese mismo día se envió el mensaje de datos a las partes. El memorial mediante el cual se solicitó la aclaración y/o adición se radicó el 27 de abril del año en curso, es decir, dentro del término de ejecutoria de la providencia, tal como lo exigen las dos normas reproducidas.

En consecuencia, se pronunciará la Sala sobre las solicitudes de aclaración y/o adición.

Aduce la apoderada de la parte demandante, que la sentencia omitió en la parte resolutive consignar que el señor Juan Carlos López Trujillo era el sucesor procesal de la señora Liliana Patricia Ramírez Castaño; lo cual era necesario para facilitar el cumplimiento de la sentencia.

Al revisar el trámite procesal adelantado en este caso, encuentra la Sala que en la continuación de la audiencia inicial celebrada el día 10 de marzo de 2020, tal como consta en el acta que reposa a folio 149, se resolvió el tema atinente a la sucesión procesal que ahora menciona la apoderada, al decidirse lo siguiente:

*Previo a adentrarse a continuar con la audiencia inicial, es necesario resolver sobre una sucesión procesal que fue solicitada por la parte demandante con fundamento en que la señora Liliana Patricia Ramírez Castaño falleció, y en tal sentido*

*solicitó el proceso continúe con el cónyuge supérstite, señor Juan Carlos López Trujillo.*

*Al respecto debe advertirse que la sucesión procesal no fue objeto de regulación por la Ley 1437 de 2011, por lo que de conformidad con el artículo 306 de este cuerpo normativo se acudirá al artículo 68 del Código General del Proceso que determinó:*

*(...)*

*Se aportó para sustentar la petición de sucesión procesal copia del registro civil de defunción de la señora Liliana Patricia Ramírez Castaño (fol. 119); copia del registro civil de matrimonio celebrado entre la señora Ramírez Castaño y el señor Juan Carlos López Trujillo (fol. 120); copia de la cédula de ciudadanía del señor López Trujillo (fol. 118) y finalmente el contrato de mandato celebrado entre el señor Juan Carlos López Trujillo y la persona jurídica Roa Sarmiento Abogados Asociados SAS (fol. 144 a 147), así como el poder otorgado por la representante legal de esta sociedad a la doctora Shirley de La Hoz Pacheco (fol. 113 y 114 a 117).*

*En atención a que el señor Juan Carlos López Trujillo se presenta como cónyuge de la señora Liliana Patricia Ramírez Castaño, y al evidenciar que la norma autoriza a que el proceso continúe con este, se tendrá como sucesor procesal de la señora Ramírez Castaño, en los términos del artículo 68 del CGP, al señor Juan Carlos López Trujillo, persona con la que continuará el proceso de la referencia.*

*En consecuencia se reconoce personería a la doctora Shirley de La Hoz Pacheco, portadora de la tarjeta profesional 211.808 del CSJ, para actuar en nombre y representación del señor Juan Carlos López Trujillo.*

De acuerdo a lo anterior, no es procedente adicionar la sentencia proferida el 8 de abril de 2021, pues este Tribunal no omitió pronunciarse sobre algún punto de la litis o sobre cualquier otro tema que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, pues la sucesión procesal ya había sido reconocida en providencia anterior por el despacho sustanciador del proceso.

En cuanto a la aclaración de la sentencia, tampoco observa la Sala la existencia de conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda en la parte resolutive o influyan en ella, pues precisamente lo que enrostra la apoderada es no haber consignado que el señor López Trujillo era el sucesor procesal de la señora Ramírez Castaño, lo cual además no era necesario por lo ya explicado.

La parte resolutive del fallo quedó de la siguiente manera:

*PRIMERO: DECLÁRASE NO PROBADA la excepción de "inexistencia de la obligación" propuestas por el departamento de Caldas, según lo expuesto en la parte motiva.*

*SEGUNDO: DECLÁRESE PROBADA la excepción de "prescripción" planteada por la entidad demandada, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.*

*TERCERO: DECLÁRASE la nulidad del oficio UJSED-1285 del 22 de noviembre de 2013, por medio del cual el departamento de Caldas negó la relación laboral existente entre la señora Ramírez Castaño y esa entidad*

*CUARTO: ATÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONDÉNASE al DEPARTAMENTO DE CALDAS tomar durante los periodos que fueron cancelados entre el año 1998 y 2003, según la relación de pagos efectuada en el documento que reposa a folios 7 y 8 del cuaderno 3, salvo interrupciones, el ingreso base de cotización pensional de la actora mes a mes, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. De igual manera se declarará que el tiempo laborado por la demandante como docente bajo la modalidad de autorizaciones con el departamento de Caldas, se debe computar para efectos pensionales.*

*QUINTO: NIÉGANSE las demás pretensiones.*

*(...)*

Es claro que en la parte resolutive no se hizo mención a algún sujeto procesal.

Por lo expuesto, no se adicionará ni aclarará la sentencia de primera instancia que data del 8 de abril de 2021.

Por lo anteriormente expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,**

**RESUELVE:**

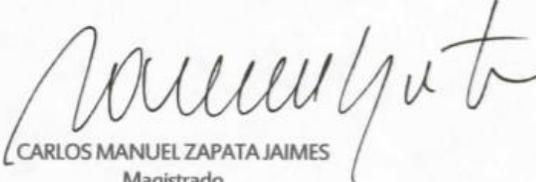
**PRIMERO: NO ACLARAR NI ADICIONAR** la sentencia emitida el día 8 de abril de 2021 dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el **LILIANA PATRICIA RAMÍREZ CASTAÑO**, y como sucesor procesal el señor **JUAN CARLOS LÓPEZ TRUJILLO**, contra **EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** el presente proveído.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, continúese con el trámite de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 11 de junio de 2021 conforme Acta n°030 de la misma fecha.

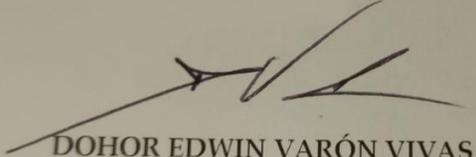


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado

**(E) Despacho del Magistrado Jairo Ángel Gómez Peña**



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 104 del 17 de junio de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

---



---

**HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA**  
Secretario



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**-Sala de Decisión-**

**Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín**

**S. 108**

<b>Asunto:</b>	<b>Sentencia de primera instancia</b>
<b>Acción:</b>	<b>Popular</b>
<b>Radicación:</b>	<b>17001-23-33-000-2017-00820-00</b>
<b>Accionante:</b>	<b>Javier Elías Arias Idárraga.</b>
<b>Accionado:</b>	<b>Banco de Occidente y Nación – Ministerio de Educación Nacional.</b>

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 27 del 11 de junio de 2021**

Manizales, once (11) de junio de dos mil veintiuno (2021).

**ASUNTO**

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, en sede de primera instancia, procede a dictar sentencia dentro de la acción popular promovida por el señor Javier Elías Arias Idárraga contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional y Banco de Occidente S.A.

**LA DEMANDA**

El día 20 de abril de 2017, a través de escrito que obra en expediente digital, el señor Javier Elías Arias Idárraga radicó demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos consagrados en los literales d, l y m del artículo 4 de la ley 472 de 1998, que hacen alusión, en su orden, al goce del espacio público, al derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, los cuales estimó vulnerados por el Banco de Occidente, ya que el inmueble donde presta el servicio público la entidad accionada no cuenta con profesional interprete y guía interprete acreditado por el Ministerio de Educación Nacional, como lo ordena la Ley 982 de 2005, agregando que la vulneración de los derechos ocurre “a lo largo y ancho del territorio patrio”.

Refirió que la Nación- Ministerio de Educación Nacional es responsable por no cumplir su función y permitir la vulneración de los derechos y desconocer la ley.

Solicitó en consecuencia: i) Se ordene al Banco de Occidente que, en un término no mayor a 30 días, contrate a un intérprete y guía intérprete o que contrate con entidades idóneas que sean certificadas por el Ministerio de Educación Nacional para que atienda a la población objeto de la Ley 982 de 2005. ii) Se ordene a la parte accionada, en el auto admisorio de la acción, aportar certificado de representación legal. iii) Se aplique el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 y se concedan costas a favor de la parte actora y a cargo de las demandadas, ordenando en la sentencia la fecha en la que se pagarán las mismas v) Se apliquen los artículos 86 y 98 de CGP, y el artículo 199 CPC y 145 del CPACA y por remisión expresa el artículo 44 de la Ley 472 de 1998.

Agrego además que, no dispone de los recursos para informar a la comunidad.

### **TRÁMITE DE LA ACCIÓN**

El expediente correspondió inicialmente a la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Manizales, quien a través de Sala Unitaria el 2 de mayo de 2017 rechazó la acción por falta de competencia al considerar que el lugar de la presunta vulneración de derechos era el Banco de Occidente ubicado en la Avenida Las Américas n° 3 – 47 de San Andrés Islas.

Posteriormente, el 27 de octubre de 2017, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Andrés declaró la falta de jurisdicción al estimar que también actúa como demandada la Nación - Ministerio de Educación Nacional sumado al hecho que el actor popular indicó como domicilio de la entidad bancaria la ciudad de Manizales, lo que hacía primar la competencia elegida inicialmente por el actor popular en el Distrito Judicial de esta ciudad.

El 22 de noviembre de 2017, el proceso fue asignado por reparto al Despacho 4 del Tribunal Administrativo de Caldas, cuya titular para esa fecha se declaró impedida para conocer del asunto y el Tribunal aceptó tal manifestación en auto del 19 de enero de 2018.

Después de surtirse el trámite respecto de una nueva manifestación de impedimento por parte del Magistrado Ponente de esta providencia, mediante auto del 21 de noviembre de 2018 se avocó conocimiento del asunto y se ordenó corregir la demanda para conocer el sitio de vulneración de derechos colectivos.

El actor popular manifestó que el sitio de vulneración correspondía a la sede del Banco de Occidente ubicada en la carrera 23 número 65 A-41 en la ciudad de Manizales.

A través de auto del 5 de marzo de 2019, el Despacho Ponente de esta providencia admitió la acción popular de la referencia.

Después de pronunciarse respecto de un recurso de reposición, uno de súplica y dos nulidades, el proceso continuó su curso con las respuestas de las entidades accionadas.

## **RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS**

### **Banco de Occidente**

Por medio de escrito que obra en el expediente digital, el Banco de Occidente dio respuesta a la acción de referencia y se opuso a la prosperidad de las pretensiones en los siguientes términos.

Manifestó que el Banco de Occidente como su nombre lo indica es una entidad bancaria, que en desarrollo de su objeto social tiene abiertas al público oficinas que prestan una debida atención a los usuarios y clientes que concurren a hacer sus trámites.

Indicó que, en relación con el supuesto interés colectivo vulnerado y ante la falta de sustento fáctico la parte actora al parecer optó por ser muy amplia en la relación de normas presuntamente violadas, por lo que considera procedente mencionar que no ha existido ninguna vulneración por parte de la entidad accionada, respecto de las disposiciones que menciona.

Agregó que, la entidad cuenta con personal calificado que presta los servicios idóneos y oportunos a todas las personas que requieren de los productos y servicios de la entidad financiera, en especial de las personas en situación de discapacidad.

Resaltó los siguientes aspectos: i) respecto de las personas sordociegas, por su grado de discapacidad necesitan de un tutor o curador. ii) el artículo 1504 del Código Civil señala como incapaces absolutos las personas con discapacidad auditiva que no pueden darse a entender por escrito, requiriendo para sus actividades un tutor. iii) el inmueble donde funcionan las oficinas del Banco de Occidente cuenta con diferentes canales y servicios adaptados a las necesidades de las personas con algún tipo de discapacidad, por lo que, en garantía de sus derechos, la entidad adoptó un protocolo de atención a personas con discapacidad auditiva, visual y física, aplicada en todas sus oficinas a nivel nacional. iv) el protocolo es de obligatorio cumplimiento. v)

para la población con discapacidad la entidad incorporó dentro de su protocolo, equipos de cómputo para acceder vía internet a la plataforma virtual Centro de Relevo, Servicio de Interpretación en Línea SIEL, dispuesto por el Ministerio de las Telecomunicaciones para la población con discapacidad auditiva. vi) la oficina ubicada en la carrera 23 n°65ª 41 de Manizales, cuenta con un equipo de cómputo marca Lenovo, equipo que cuenta con una diadema y un modem de internet. vii) resulta gravoso pretender que se contrate en cada oficina un intérprete para sordociegos, y se han adaptado medidas razonables para garantizar los derechos de la población con discapacidad auditiva.

En cuanto a las pretensiones, la entidad se opuso a todas por carecer de fundamento fáctico y legal al considerar que no ha incurrido en alguna violación de los derechos colectivos alegados.

Solicitó negar la totalidad de las pretensiones por los argumentos antes mencionados.

Por lo expuesto, el Banco de Occidente propuso las siguientes excepciones:

i). *"Inexistencia de violación a derechos colectivos de parte del Banco de Occidente"*, toda vez que el Banco de Occidente en desarrollo de su objeto social da pleno cumplimiento de los derechos colectivos entre los cuales no solo está la tutela de los derechos de la población discapacitada, sino que además brinda seguridad a sus clientes empleados y población en general.

Agregó que la Ley 1346 de 2009, en la que se aprobó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, parte de la base que jamás podrá existir una igualdad absoluta, por lo que se limita el principio de accesibilidad a lo que se denominó ajustes razonables, entendidas como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio en igualdad de condiciones.

ii) *"Inexistencia del colectivo"*, refirió que, la parte actora señala la existencia de un grupo que determina como sordos, ciegos y sordociegos y que son usuarios y clientes de las oficinas de Banco de Occidente, pero no establece un número, ni los individuos que conforman el grupo y que expresan supuestamente ser afectados por el imaginario actuar discriminatorio del Banco de Occidente.

Añadió que la omisión de la parte actora produce que opere la excepción de la inexistencia del colectivo, por lo que la parte accionada parte de una negación indefinida que es imposible demostrar, por lo que considera que la

carga de la prueba corresponde a la parte actora, quien debe demostrar la existencia del grupo o colectividad a la que imaginariamente se le habrían vulnerado los derechos.

iii) *“Improcedencia de la acción popular”*, adujo que, el Banco de Occidente no ha incurrido en alguna violación de los derechos colectivos alegados, pues ha cumplido con los postulados y obligaciones legales que le corresponden.

iv) *“Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Banco de Occidente”*, indicó que la entidad financiera ha brindado debida atención a todos sus clientes y usuarios sin discriminación de ninguna clase, agrega que no existe ninguna queja respecto de usuarios con alguna discapacidad que no se hubiera atendido, así las cosas el Banco de Occidente no vulnera ni con su actuar directo ni indirecto los derechos o intereses colectivos que pudiera ser objeto de tutela, en consecuencia no existe legitimación en la causa por pasiva, que permita tener como sujeto pasivo en la presente acción.

v) *“subsidiariamente carencia de prueba, por no existir ninguna que demuestre la vulneración de los derechos colectivos que cita la parte actora”*, refirió que, según los hechos narrados en el escrito de demanda, no existe ninguna prueba que evidencie la existencia de la vulneración de los derechos colectivos.

#### **Nación – Ministerio de Educación Nacional.**

A través de escrito que obra en el expediente digital, la Nación – Ministerio de Educación Nacional contestó la acción de la referencia en los términos que se exponen a continuación.

Respecto de los hechos de la demanda, manifestó al único hecho, no le consta, toda vez que no es de su competencia y hace referencia a una persona jurídica distinta al Ministerio de Educación Nacional.

Con relación a las pretensiones agregó que, de acuerdo con las competencias constitucionales y legales del Gobierno Nacional y, específicamente del Ministerio de Educación Nacional, no existe un vínculo jurídico entre aquellas y los derechos colectivos alegados por el accionante.

Adujó que si bien es cierto, el Ministerio de Educación Nacional tiene unas obligaciones respecto del reconocimiento de la labor de los intérpretes, lo anterior no significa que sea obligación del Ministerio de Educación mantener personal capacitado para la atención de las personas con discapacidades físicas que impidan la comunicación y mucho menos hacerlo al servicio de entidades particulares, aun cuando estas prestan un servicio público.

Añadió que el reconocimiento de los interpretes oficiales de la Lengua de Señas Colombiana, encuentra su sustento en la Ley 982 de 2005, en el capítulo II, en desarrollo de lo establecido el Ministerio de Educación Nacional expidió la resolución 10185 de 2018, que tiene como objeto regular el trámite que deberá adelantar ante dicha entidad, los interesados en obtener el reconocimiento o la convalidación del mismo como interpretes oficiales de la Lengua de Señas Colombiana- Español.

Agregó que no existe ninguna disposición legal que limite el ejercicio de la interpretación de la Lengua de Señas Colombiana- Español, así las cosas el artículo 5 de la Ley 982 de 2005, únicamente está orientado a señala los requisitos que deberán cumplir quienes estén interesados en ser reconocidos como interpretes oficiales.

Señaló que el accionante ha presentado de manera sistemática una serie de solicitudes judiciales como aquellas de que trata el presente proceso, situación que debe ser considerada como un abuso del derecho.

Afirmó que el día 22 de mayo de 2019, el Juzgado Civil del Circuito de Manizales, dentro del proceso con radicado 2017-00096, dictó sentencia dentro de la acción popular propuesta por el mismo actor popular dentro del presente proceso, dirigida a las mismas partes y con el mismo objeto, lo que constituiría cosa juzgada.

Por lo anterior, el Ministerio de Educación Nacional pidió ser desvinculado del trámite de la presente acción y se declare además falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por lo expuesto, el Ministerio de Educación Nacional propuso las siguientes excepciones:

i) *"Inepta demanda"*, al considerar que la demanda no presenta un recuento de los hechos presentados como verdaderas proporciones fácticas que puedan ser aceptadas o negadas, ni tampoco se circunscribe respecto de derechos colectivos que resulten vulnerados, señala que la demanda no es apta para que los demandados se defiendan, ni para que un juez logre determinar la ocurrencia de las vulneraciones o algún derecho o interés colectivo.

ii) *"Falta de legitimación en la causa por pasiva"*. Señaló que el Ministerio de Educación no tiene ninguna vinculación con las pretensiones de la demanda, al no ser responsable de garantizar, de velar, ni de materializar derecho colectivos que tenga que ver con la provisión de servicios de intérpretes y mucho menos en una institución financiera, agregó que, el Ministerio de Educación Nacional tiene unas obligaciones respecto del reconocimiento de

la labor de los intérpretes, pero no la obligación de mantener personal capacitado para la atención de personas que padezcan discapacidades físicas.

ii) "*Cosa juzgada*". Indico que el actor popular ha presentado de manera sistemática una serie de solicitudes judiciales, es así como el juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, el día 21 de mayo de 2019, dentro del proceso con radicado 2017-00096 dicto sentencia dentro de la acción popular propuesta por el mismo accionante dentro del presente proceso, dirigida a las mismas partes y con el mismo objeto, por lo que se constituye cosa juzgada de conformidad con el artículo 35 de la Ley 472 de 1998.

### **AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO**

Adelantado el trámite de rigor, el Despacho fijó fecha para celebrar la audiencia pública de pacto de cumplimiento prevista en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, la cual se llevó a cabo el 3 de septiembre de 2020 y se declaró fallida por la no comparecencia de la parte actora y no haberse presentado formula conciliatoria.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Culminado el debate probatorio, el Despacho corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, por auto del 3 de mayo de 2021, oportunidad en la que se pronunciaron las partes así:

#### **Banco de occidente**

Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda.

#### **Nación – Ministerio de Educación Nacional**

Reiteró que no es la entidad obligada a dar cumplimiento a lo establecido en la Ley 982 de 2005 frente al caso particular.

## ***CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL***

Para desatar el presente asunto la Sala requiere hacer las siguientes consideraciones.

### **1.- Presupuestos procesales**

En el presente caso los presupuestos procesales se encuentran satisfechos, es decir, la demanda presentada en debida forma, legitimación en la causa por

activa y por pasiva, el derecho de postulación ejercido por las partes y, además, no existen causales de nulidad que vicien lo actuado, por lo que es procedente dictar la sentencia de rigor.

## **2.- Generalidades**

La acción popular, enmarcada en el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia y regulada en la Ley 472 de 1998, es un mecanismo constitucional con carácter preventivo y reparador, es decir, para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior. De esta forma, las personas naturales o jurídicas pueden demandar a autoridades públicas o particulares en cualquier momento, para garantizar la protección de los mismos.

Conforme los artículos 1, 2, 3 y 9 de la Ley 472 de 1998, los elementos necesarios para la procedencia de la acción popular son:

- a) Su objetivo sea la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos.
- b) Acción u omisión de autoridades públicas o particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.
- c) Se ejerza para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.
- d) Sean derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción, teniendo en cuenta que son aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las Leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998.
- e) La titularidad para su ejercicio, como su nombre lo indica, está dada por su naturaleza popular, por lo tanto puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998.

## **3.- Las excepciones propuestas por las entidades demandadas**

Se recuerda que en el presente asunto se propusieron las siguientes excepciones: *“Inexistencia de violación a derechos colectivos de parte del Banco de Occidente”, “Inexistencia del colectivo”, “Improcedencia de la acción popular”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Banco de Occidente”, “subsidiariamente carencia de prueba, por no existir ninguna que demuestre la vulneración de los derechos colectivos que cita la parte actora”, “Inepta demanda”;*

las cuales se resolverán al desatar el fondo de la controversia en las consideraciones de esta providencia porque guardan relación sustancial con la discusión propia de esta acción popular.

Respecto de la excepción de *“Cosa juzgada”* propuesta por el Ministerio de Educación Nacional, debe precisar la Sala de Decisión que en la prueba decretada por el Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia se solicitó al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales copia de la sentencia dictada el 21 de mayo de 2019 dentro de la acción popular propuesta por Javier Elías Arias Idárraga contra el Ministerio de Educación Nacional en el proceso 2017-00096, con la respectiva constancia de ejecutoria.

En el texto de la providencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, se expresó en el capítulo denominado *“El asunto sometido a estudio”* lo siguiente:

*“A través de la presente acción popular el accionante busca que se le ordene al banco de Occidente ubicado en la calle 51 número 47-25 de la ciudad de Medellín -Antioquia- de que contrate de planta un intérprete y guía interprete para las personas ciegas, sordas y sordociegas, porque en su concepto, tales entidades prestan un servicio público.”.*

Como se observa, si bien el tema de la demanda es idéntico al debatido en el presente asunto, en el caso analizado por la jurisdicción ordinaria se estudió específicamente la situación de la sede bancaria ubicada en la *calle 51 número 47-25 de la ciudad de Medellín*, y en este caso se solicita la disposición de *intérprete y guía interprete para las personas ciegas, sordas y sordociegas* que soliciten servicios bancarios en la sede del Banco de Occidente ubicada en la carrera 23 número 65 A-41 en la ciudad de Manizales.

Así mismo, en la sentencia proferida en el proceso mencionado, se dispuso por el Juez Segundo Civil del Circuito de Manizales lo siguiente:

*“Primero: Declarar la vulneración de los derechos colectivos invocados en la presente acción popular promovida por Javier Elías Arias Idarraga en contra del Banco de Occidente ubicado en la calle 51 # 47-25 de la ciudad de Medellín y el Ministerio de Educación Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este asunto.”*

Como se advierte, la decisión judicial se circunscribió a la sede bancaria ubicada en la *calle 51 # 47-25 de la ciudad de Medellín*, razón por la cual no es posible declarar probada la excepción de cosa juzgada en los términos propuestos por el ministerio de educación Nacional en tanto la presente demanda tiene relación directa con la posible vulneración de derechos

colectivos en el Banco de Occidente sede de la carrera 23 número 65 A-41 en la ciudad de Manizales.

Considerando lo anterior, la Sala declarará no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el Ministerio de Educación.

#### **4.- El objeto de la controversia y el problema jurídico**

Pretende el accionante que se ordene al Banco de Occidente contratar un guía intérprete o una entidad idónea certificada por el Ministerio de Educación Nacional para que atienda a la población objeto de la Ley 982 de 2005, por la aparente vulneración al acceso de los servicios públicos que ofrece el Banco de Occidente en su sede de la carrera 23 número 65 A-41 en la ciudad de Manizales, a las personas sordas y sordociegas. Esta situación, con independencia de los intereses personales que puedan darse a conocer en el proceso o que se hayan alegado en la demanda, impone para este Despacho el estudio de fondo de la controversia y la determinación de la vulneración de los derechos e intereses colectivos.

En relación con lo anterior, según lo declarado en la demanda, se puede deducir que el objeto de la controversia se encuentra enfocado en establecer si existe una efectiva amenaza o vulneración de los derechos colectivos de las personas sordas y sordociegas que utilizan los servicios bancarios de la entidad demandada en la sede de la carrera 23 número 65 A-41 en la ciudad de Manizales. En la demanda se exponen como vulnerados los derechos colectivos relativos al goce del espacio público, seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, y realización de construcciones y edificaciones y desarrollos urbanos respetando disposiciones jurídicas.

Con el fin de solucionar la controversia mencionada, la Sala examinará los siguientes aspectos: i) el marco normativo de la problemática denunciada; ii) los hechos debidamente acreditados en el *sub lite*; iii) el grado de afectación o amenaza de los derechos colectivos; c) la relación de causalidad entre la acción u omisión señalada para afectación de tales derechos e intereses; y si los mismos están demostrados de manera idónea en el proceso; y d) la solución del caso.

#### **5.- El marco jurídico de la presente controversia**

Como se reseñó en los antecedentes, la controversia en cuestión se centra en establecer si se probó que, en las instalaciones de la oficina del Banco Occidente, se están vulnerando los derechos de las personas sordas y sordociegas, ante la falta de personal intérprete o guía intérprete, autorizadas por el Ministerio de Educación, con lo que presuntamente se está afectando los derechos colectivos.

El actor solicitó que se declare a las entidades accionadas responsables de la vulneración de los derechos colectivos invocados y, en consecuencia, se ordene: i) al Banco de Occidente que contrate de planta a un guía intérprete o que contrate con entidades idóneas que sean certificadas por el Ministerio de Educación Nacional para que atienda a la población objeto de la Ley 982 de 2005. ii) Se aplique el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 y se concedan costas a favor de la parte demandante.

En consecuencia, se deberá especialmente analizar el derecho de acceso a todos los servicios que como ciudadanos colombianos le confiere el Estado a la población sordo y sordociega, y el compromiso de las entidades bancarias que prestan servicios públicos y las estatales que certifican la labor de los guías intérpretes.

### **5.1. De la protección especial constitucional y legal de las personas con condiciones físicas de debilidad manifiesta.**

El artículo 13 de la Constitución Política establece en su inciso tercero:

*“ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.*

*El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.*

*Negrillas de la Sala*

La misma normativa Constitucional, dispone en el artículo 47, lo que seguidamente se cita:

*ARTICULO 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”*

Para el presente caso, en relación con las discapacidades que afectan el campo visual o auditivo, el legislador promulgó la Ley 982 de 2005, con el objeto de asegurar las condiciones de accesibilidad en la prestación de ciertos servicios, entre ellos el bancario que ocupa la atención de este Tribunal.

El artículo 1 de la Ley 982 de 2005 *“Por la cual se establecen normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordociegas y se dictan otras disposiciones”*, contiene el alcance de diferentes conceptos, entre ellos, el de sordo, sordociego y guía intérprete de la siguiente manera:

*“ARTÍCULO 1o. Para efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos.*

*“Sordo”. Es todo aquel que no posee la audición suficiente y que en algunos casos no puede sostener una comunicación y socialización natural y fluida en lengua oral alguna, independientemente de cualquier evaluación audiométrica que se le pueda practicar. (...)*

*(...) Sordociego(a)”. Es aquella persona que en cualquier momento de la vida puede presentar una deficiencia auditiva y visual tal que le ocasiona serios problemas en la comunicación, acceso a información, orientación y movilidad. Requiere de servicios especializados para su desarrollo e integración social. (...)*

*(...)“Guía intérprete”. Persona que realiza una labor de transmisión de información visual, comunicación y guía en la movilidad de la persona sordociega, con amplio conocimiento del Castellano, la Lengua de Señas, táctil, en campo visual reducida y demás sistemas de comunicación que requieren las personas sordociegas usuarias de castellano y/o Lengua de Señas. (...)*

Así mismo, el artículo 4 de la misma norma, establece que:

**ARTÍCULO 4o. El Estado garantizará y proveerá la ayuda de intérpretes y guías intérprete idóneos para que sea este un medio a través del cual las personas sordas y sordociegas puedan acceder a todos los servicios que como ciudadanos colombianos les confiere la Constitución. Para ello el Estado organizará a través de entidades oficiales y a través de convenios con asociaciones de intérpretes y asociaciones de sordos la presencia de intérpretes y guías intérpretes, para el acceso a los servicios mencionados.**

*Lo anterior, sin perjuicio de que el apoyo estatal de los intérpretes idóneos en la Lengua de Señas Colombiana, solo sería legítimo si el Estado no excluye el respaldo a opciones de comunicación oral para el acceso a los servicios que como ciudadanos colombianos tiene derecho la población con limitación auditiva, usuaria de la lengua oral.*

En esta disposición, se introduce la presencia de interpretes y guías interpretes para garantizar que las personas sordas y sordociegas puedan acceder a todos los servicios que como ciudadanos colombianos les confiere la Constitución.

En relación con el Ministerio de Educación Nacional, el artículo 5 previó lo que a continuación se lee:

**ARTÍCULO 5o.** *Podrán desempeñarse como intérpretes oficiales de la Lengua de Señas Colombiana aquellas personas nacionales o extranjeras domiciliadas en Colombia que reciban dicho reconocimiento por parte del Ministerio de Educación Nacional previo el cumplimiento de requisitos académicos, de idoneidad y de solvencia lingüística, según la reglamentación existente.*

**PARÁGRAFO.** *Las personas que a la vigencia de esta ley vienen desempeñándose como intérpretes oficiales de la Lengua de Señas, podrán convalidar dicho reconocimiento, presentando y superando las pruebas que para tal efecto expida el Ministerio de Educación Nacional.*

Además, dispuso en su artículo 6, lo siguiente:

*“El intérprete oficial de la Lengua de Señas Colombiana tendrá como función principal traducir al idioma castellano o de este a la Lengua de Señas Colombiana, las comunicaciones que deben efectuar las personas sordas con personas oyentes, o la traducción a los sistemas especiales de comunicación utilizados por las personas sordociegas.*

*En especial, cumplirá esta función en situaciones de carácter oficial ante las autoridades competentes o cuando sea requerido para garantizar el acceso de la persona sorda y sordociega a los servicios a que tiene derecho como ciudadano colombiano.” (Negrillas de la Sala)*

En el artículo 8, se enlistaron las entidades que deben incorporar el servicio de interprete y guía interprete, así:

*“ARTÍCULO 8o. Las entidades estatales de cualquier orden, incorporan paulatinamente dentro de los programas de atención al cliente, el servicio de intérprete y guía intérprete para las personas sordas y sordociegas que lo requieran de manera directa o mediante convenios con organismos que ofrezcan tal servicio.*

*De igual manera, lo harán las empresas prestadoras de servicios públicos, las Instituciones Prestadoras de Salud, las bibliotecas públicas, los centros de documentación e información y en general las instituciones gubernamentales y no gubernamentales que ofrezcan servicios al público, fijando en lugar visible la información correspondiente, con plena identificación del lugar o lugares en los que podrán ser atendidas las personas sordas y sordociegas.”*

Por su parte, el artículo 11 de la Ley mencionada, expresa en relación con los derechos de los sordociegos:

*“ARTÍCULO 11. Todos los derechos de educación, salud, interpretación, traducción e información referidos a los sordos señantes se extenderán a los sordociegos señantes, quienes además tendrán derecho a exigir servicio de guía-intérprete para permitir la interacción comunicativa de estas personas sordociegas mediante el uso de los diversos sistemas de comunicación.*

*Los entes competentes en los departamentos, distritos y municipios deben promover, adecuar, implementar servicios de atención integral a las personas sordociegas para evitar su degeneramiento en la calidad de vida.”.*

## 5.2. Del servicio bancario como servicio público

El servicio bancario y financiero ha sido definido como un servicio público por la H. Corte Constitucional, Corporación que en la sentencia SU 157 de 1999<sup>1</sup> expresó lo siguiente respecto de esta materia:

*“Ahora bien, pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine<sup>2</sup>, en el derecho Colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. En efecto, la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público.*

*Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido el carácter de servicio público de la industria bancaria. Al respecto se dijo:*

*“la actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, atendiendo a su propia naturaleza, reviste interés general y, por tanto, no escapa al postulado constitucional que declara su prevalencia sobre intereses particulares (artículo 1º de la Constitución Política), lo cual se concreta en el carácter de **servicio público**”<sup>3</sup>*

<sup>1</sup> Referencia: Expedientes T-153.327 y T-152.413 (acumulados) Accionantes: Gilberto Gaviria Posada y Luis Enrique Villalobos Castaño. Temas: Procedencia de la acción de tutela contra entidades bancarias particulares Implicaciones de la actividad bancaria como de interés público Libertad económica como derecho fundamental conexo y garantía efectiva del Estado Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

<sup>2</sup> El Decreto 1593 de 1959, que se expidió con fundamento en el inciso i) del artículo 1º del Decreto 753 de 1956, fue derogado por el 3º de la Ley 48 de 1968, razón por la cual no está vigente.

<sup>3</sup> Sentencia T-443 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

*En idéntico sentido, la Corte Suprema de Justicia<sup>4</sup> y el Consejo de Estado<sup>5</sup> reconocieron el carácter de servicio público para la actividad bancaria, antes de la promulgación de la actual Carta. No obstante, su carácter no se discute en la doctrina del derecho administrativo. Sin embargo, cabe anotar que, al tenor del artículo 56 superior, es diferente una actividad de prestación de servicio público y una actividad dirigida a prestar un servicio público esencial, esta última requiere de expresa disposición legal que así lo determine.*

*La Corte Constitucional ha dejado en claro que si un particular asume la prestación de la actividad bancaria adquiere una posición de supremacía material -con relevancia jurídica- frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial<sup>6</sup>.*

*Por consiguiente, las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios.”*

### **5.3. De la carga de la prueba en la acción popular**

En las acciones populares, la carga de la prueba recae en el demandante, tal como dispone el artículo 30 de la Ley 472 de 1998:

*Artículo 30. Carga de la prueba. La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella.*

*En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.*

Queda claro que es el actor quien deberá probar la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos. Por lo cual, no basta con señalar cuales son

---

<sup>4</sup> Sentencia de junio 12 de 1969. M.P. Hernán Toro Agudelo.

<sup>5</sup> Sentencia del 7 de julio de 1989. Sección Cuarta. C.P. Consuelo Sarria Olcos.

<sup>6</sup> Sentencia C-134 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

los hechos, acciones u omisiones que vulneran los derechos e intereses colectivos, sino que se deberá demostrar la efectiva violación de los mismos.

Al respecto el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

*“(...) la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba.”<sup>7</sup>*

Sobre el anterior pronunciamiento dicha Alta Corporación en sentencia del 30 de junio de 2011 aclaró lo siguiente:

*“Con fundamento en lo anterior la procedencia de la acción popular se sujeta a que, de los hechos de la demanda se pueda deducir siquiera sumariamente una amenaza a los derechos colectivos, entendidos estos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas, la obligación de que la acción se dirija contra persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo, requisito este último que requiere que la acción u omisión sea probada por el actor, o que del acervo probatorio obrante en el expediente el juez pueda deducir la vulneración del o de los derechos colectivos pues de lo contrario no puede ni podrá dar orden alguna tendiente proteger y la normalización de una situación que pueda ser protegida con la expedición de la sentencia producto de la acción popular. La carga de la prueba le impone al actor popular el deber de precisar y probar los hechos de los cuales estima la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegados en la demanda.”<sup>8</sup>*

Así las cosas, al tener el demandante la carga de la prueba, es su deber anexar el material probatorio a su demanda o acreditar en el periodo probatorio correspondiente que la amenaza o vulneración alegada es real y no hipotética para que posteriormente el juez pueda acceder con los elementos de juicio pertinentes las pretensiones del mismo.

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del siete (17) de abril de dos mil cinco (2005), Consejero de Estado German Rodríguez Villamizar 25000-23-25-000-2003-01499-01(AP).

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, sentencia del treinta (30) de junio de dos mil once (2011), Consejero de Estado Marco Antonio Velilla Moreno 50001-23-31-000-2004-00640-01(AP).

#### 5.4. De las facultades *ultra* y *extra petita* del Juez Popular

El artículo 5 de la Ley 472 de 1998 prevé que el Juez deberá impulsar oficiosamente la acción y velar por la protección al debido proceso, garantías procesales y el equilibrio entre las partes.

De igual forma el artículo 34 de dicha ley abre la posibilidad al Juez de la acción popular de ampliar o superar la causa pretendida, mediante fallos *extra* y *ultra petita*. Así, se observa que dicho juez está revestido de amplias facultades para definir la protección del derecho, prevenir su amenaza o vulneración<sup>9</sup>.

Lo anterior ocurre porque se trata de una acción pública, que tiene como fin la defensa de derechos e intereses colectivos, de los cuales no es titular un sujeto determinado. Así pues, mediante esta acción no se plantean pretensiones subjetivas, sino se pone en conocimiento del juez una situación que afecta a la comunidad: con ese mecanismo se pretende precaver o superar la afectación de bienes que comprometen la existencia y desarrollo de la colectividad misma, es decir, hacer valer el interés general<sup>10</sup>.

Así las cosas, el juez goza de la facultad de proferir fallos *extra* y *ultra petita*, de manera que: (i) si en el curso del proceso se encuentra probada una nueva circunstancia que no fue alegada por el demandante, y que configura una amenaza o vulneración de un derecho colectivo, el juez de la acción popular tiene a su cargo la obligación de protegerlo; y (ii) en ejercicio de sus facultades oficiosas, el juez constitucional puede ordenar remedios que excedan las pretensiones presentadas por el actor popular en la demanda, siempre que resulte necesario para hacer cesar la vulneración o amenaza<sup>11</sup>.

#### 6.- Reseña de los hechos relevantes para resolver la controversia

Del material probatorio la Sala destaca los siguientes elementos fácticos relevantes para la solución del problema sometido a su conocimiento. Con la contestación de la demanda, el Banco de Occidente anexó:

1)- Registro fotográfico del equipo de cómputo, diadema y modem que se encuentran instalados en la oficina de la carrera 23 N° 65<sup>a</sup> -41 de la ciudad de Manizales (fl.97 y 98 C.1).

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del dieciséis (16) de mayo de dos mil siete (2007), Consejero de Alier Eduardo Hernandez Enriquez 25000-23-25-000-2003-01252-02(AP).

<sup>10</sup> Sentencia C-622 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>11</sup> Sentencia T-443 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

2)- Registro fotográfico del aviso al público visible a la entrada de la oficina ubicada en la carrera 23 N° 65ª -41 de la ciudad de Manizales en el que se lee: *“Esta oficina cuenta con atención a apersonas en situación de discapacidad física, favor acercarse al director de servicio para ser atendido”*. Así mismo, En el mismo aviso se observa un mensaje en lenguaje braille (fl.95 y 96 C.1).

3)- Protocolo de atención para personas con discapacitadas elaborado por el Banco de Occidente, de igual forma anexa instructivo del centro de relevo (fl.99 a 126 C.1).

## **7. Solución del caso en concreto**

Expuesto lo anterior, la Sala precisa que de acuerdo con el literal j) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, el acceso a los servicios públicos es un derecho colectivo que debe garantizarse bajo dos condiciones de prestación, eficiencia y calidad.

En consecuencia, corresponde a la Sala determinar si: i) el Banco de Occidente vulnera los derechos colectivos al no contratar de manera permanente en la sede de la carrera 23 número 65 A-41 en la ciudad de Manizales con un intérprete para las personas sordas y sordociegas y ii) si hay lugar al reconocimiento de costas y agencias en derecho al actor.

Conforme a los hechos enunciados en la demanda, a lo manifestado por las autoridades accionadas, a las pruebas practicadas a lo largo de la actuación procesal, puede deducirse que se configura la situación denunciada como vulneradora y amenazante de los derechos colectivos de la población sordo y sordociega, tal cual se explica enseguida.

Sea lo primero indicar que se encuentra acreditado que la actividad bancaria desarrollada por la entidad demandada en la sede de la carrera 23 número 65 A-41 en la ciudad de Manizales es un servicio público, respecto del cual, las personas sordas y sordociegas tienen derechos que deben ser garantizados por quienes prestan este tipo de servicios.

En este sentido, considera la Sala de Decisión que las pruebas aportadas con la contestación de la demanda no satisfacen lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 982 de 2005, por la cual se establecen normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordociegas, toda vez que un aviso, un equipo de cómputo, una diadema y un protocolo no suplen la obligación de la entidad bancaria de incorporar paulatinamente dentro de los programas de atención al cliente, el servicio de intérprete y guía intérprete para las personas sordas y sordociegas que lo requieran de manera directa o mediante convenios con organismos que ofrezcan tal servicio.

Se recuerda que esta obligación a cargo de las empresas prestadoras de servicios públicos debe ir acompañada de la fijación en lugar visible de la información correspondiente, con plena identificación del lugar o lugares en los que podrán ser atendidas las personas sordas y sordociegas.

El H. Consejo de Estado<sup>12</sup> al referirse a esta materia, expresó que *“Desde esta perspectiva no cabe duda que el conjunto de medidas previstas por la Ley 982 de 2005 representa un desarrollo específico del artículo 47 CP en relación con el mandato de articular una política de integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, “a quienes se prestará la atención especializada que requieran”; ni de que la misma constituye una clara expresión de la denominada acción afirmativa que la Constitución encomienda a las autoridades (artículo 13 inciso 2 CP), entendida como “todas aquellas medidas, políticas o decisiones públicas a través de las cuales se establece un trato ventajoso, y en cuanto tal formalmente desigual, que favorece a determinadas personas o grupos humanos tradicionalmente marginados o discriminados, con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial de todo el conglomerado social”*<sup>13</sup>. En consecuencia, es claro que las medidas previstas por el legislador tienen por objetivo el favorecimiento de un grupo específico de personas en acatamiento de las prescripciones de los artículos 13 y 47 de la Carta.”

Aplicando el criterio anterior al presente asunto, este Tribunal considera que no existe evidencia que el Banco de Occidente en la oficina ubicada en la carrera 23 n° 65ª -41 de la ciudad de Manizales haya adoptado o implementado las herramientas adecuadas para la atención de personas sordas, sordociegas e hipoacúsicas en tanto el derecho colectivo al acceso a los servicios públicos consiste en asegurar a los miembros de la comunidad la posibilidad de acceder a la prestación de los servicios públicos en condiciones de eficiencia y oportunidad adecuadas, prerrogativa que se debe garantizar a todos los miembros de la comunidad.

El Estado y los particulares que prestan servicios públicos, tienen la obligación de promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas especiales de protección de quienes por su condición física se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, razón por la cual no puede aceptarse que se sustraiga del ámbito de titulares de este derecho colectivo a las personas sordas y sordociegas que precisan de un tratamiento especial.

---

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA, Bogotá, D. C., veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013), Radicación número: 15001-23-31-000-2010-01166-01(AP), Actor: JAIME ASDRUBAL FORERO GUERRERO, Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia C-293 de 2010.

El H. Consejo de Estado<sup>14</sup> refirió respecto de este tema que *“resulta indudable que el no acatamiento de los mandatos de adecuación de las sedes de atención al público a las necesidades de la población sorda y sordociega establecidos por la Ley 982 de 2005 se erige en un obstáculo para el acceso en condiciones de igualdad a los servicios que presta la entidad demandada contrario tanto al principio y al derecho a la igualdad (artículo 13 CP), como al derecho colectivo proclamado por el artículo 4 literal j) de la Ley 472 de 1998. En últimas, como ha sido resaltado por la Corte Constitucional, “[t]anto da no poder ingresar al lugar de prestación del servicio por la existencia de barreras físicas, como tener la posibilidad de hacerlo, pero encontrar en su interior otro tipo obstáculos que por una condición de minusvalía impiden acceder al derecho que tienen los demás usuarios”<sup>15</sup>.*”

Por ello, para este Tribunal si bien es cierto que los avisos fijados en el Banco de Occidente y el protocolo dispuesto para la atención de personas en situación de discapacidad constituyen un avance en la implementación de medidas para lograr una igualdad material respecto de la prestación de un servicio público, también lo es que no resultan suficientes para dar cumplimiento a las medidas dispuestas por el legislador para la protección de este grupo poblacional.

En relación con el equipo de cómputo para comunicación con el centro de relevo, debe precisar este Tribunal que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>16</sup> en providencia del 4 de julio de 2018, en la que resolvió una acción de tutela contra decisión judicial proferida en un asunto similar al presente, citó lo expuesto por el juez de la acción popular al analizar dicho mecanismo y verificar si con el mismo se cumplía la ley 982 de 2005:

*“Tampoco se acepta que los mecanismos empleados reemplacen el guía intérprete e intérprete de que trata la norma: 1º. El Centro de Relevo en línea solo sirve para las personas que se comuniquen mediante el lenguaje de señas, esto es, con dificultades en el habla, básicamente con hipoacusia; pero los individuos con sordo-ceguera evidentemente no pueden usar ese mecanismo; 2º. Las políticas empresariales son simplemente la manifestación de que el accionado pretende cumplir con la obligación impuesta por el legislador, pero no pueden suponer su materialización; 3º. El servicio de direccionador contratado con Fenascol solo alude a personas con discapacidad auditiva y consiste en guiar al usuario hasta el director de servicios de la sucursal para*

---

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA, Bogotá, D. C., veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013), Radicación número: 15001-23-31-000-2010-01166-01(AP), Actor: JAIME ASDRUBAL ORERO GUERRERO, Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

<sup>15</sup> Sentencia T-006 de 2008.

<sup>16</sup> Cita de cita: Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. STC8488-2018 Radicación n.º 11001-02-03-000-2018-01671-00 (Aprobado en sesión de cuatro de julio de dos mil dieciocho) Bogotá, D. C., cuatro (4) de julio de dos mil dieciocho (2018), Magistrado Ponente: AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO.

*que este lo atienda con ayuda del Centro de Relevo, claramente no es un guía intérprete y solo se emplea para personas con hipoacusia; y, 4º. La sucursal virtual es un mecanismo empleado por fuera de las sucursales bancarias.*

*Se trata de ayudas útiles, ajustes razonables, mas son insuficientes para garantizar el acceso al servicio de todo el grupo poblacional de personas con discapacidad auditiva y/o visual, olvida el accionado que este grupo también lo integran las personas con “sordoceguera”.*

*La disposición legal concierne al servicio de guía experto, que no se podría suplir por un empleado-direccionador, así sea acucioso, que desconozca de los mecanismos especiales para comunicarse, pues aquel es el encargado de transmitir la información visual adaptada, auditiva o táctil, de describir el ambiente y de guiar en la movilidad a las personas con discapacidad, con amplio conocimiento de los sistemas de comunicación que requieren las personas sordociegas, según está establecido en los artículos 1º, 22 y 26 de la Ley 982.*

En este sentido, reitera la Sala de Decisión que lo probado en este proceso en relación con las medidas que ha tomado el Banco de Occidente para la atención de personas sordas y sordociegas se constituyen en ayudas útiles para esta población, pero no garantizan efectivamente el acceso al servicio público bancario.

Conforme a lo anterior y a los postulados de la Ley 982 de 2005 en lo referente a derechos colectivos de las personas sordas y ciegas, en los términos que se explicó en líneas anteriores, si bien en la sede del Banco de Occidente, se presta un servicio personalizado a la personas que presentan este tipo de discapacidad, no se colige que la sede ubicada en la carrera 23 N° 65ª -41 en Manizales, disponga de guías intérpretes que permitan a quienes padecen de dicha discapacidad acceder a servicios bancarios en igualdad de condiciones a los demás ciudadanos.

Ahora, respecto de la exigencia contenida en el artículo 8 de la Ley 982 de 2005, es claro que la norma dispuso que la implementación de intérpretes y guías interpretes para las personas ciegas, sordo –ciegas y sordas, podría ser paulatina, aspecto frente al cual se refirió este Tribunal<sup>17</sup> en providencia del año 2011 así:

*“(…) considera la Sala oportuno indicar que la implementación del servicio de intérprete y guía intérprete para las personas ciegas y sordo-ciegas que lo requieran, es un derecho de aquellos calificados como sociales progresivos, los cuales no son clasificados como colectivos en sentido estricto, sino como derechos*

---

<sup>17</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS SALA DE DECISIÓN MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES Manizales, veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011).

*económicos y sociales, o de contenido progresivo, cuya exigibilidad judicial es discutida, por su mismo contenido prestacional o exigibilidad indirecta.*

*La diferenciación señalada puede explicarse en los siguientes términos:*

*Se definen como derechos colectivos (los cuales son susceptibles de ser protegidos por el mecanismo judicial de la acción popular), las prerrogativas, poderes o facultades legalmente reconocidas a la colectividad o al grupo social, al margen de las personas individualmente consideradas. A su vez, se pueden definir los derechos económicos, sociales y culturales como derechos de segunda generación, cuyo cumplimiento debe realizarse progresivamente por parte de los Estados, y que presupone el acompañamiento solidario de la sociedad y los ciudadanos. Entre ellos se encuentran catalogados como tales en la Carta Política: el derecho a la vivienda (artículo 51), el derecho a la recreación (artículo 52), el derecho a la propiedad (artículo 58), la protección de los bienes de uso público (artículo 63).*

*La Corte Constitucional, mediante sentencia de tutela No. T-570 de 1992, se refirió a los derechos sociales progresivos como: “[...], los que implican una prestación por parte del Estado y por lo tanto una erogación económica que por lo general depende de una decisión política [...]”*

*Así las cosas, este tipo de derechos no pueden ser reclamados o exigidos judicialmente para su efectividad plena, porque se trataría de decisiones judiciales que invadirían órbitas de los diferentes órganos administrativos estatales, y de conformidad con lo estipulado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>18</sup>, tales autoridades estatales, deben adoptar medidas de asistencia técnica y económica con la cooperación internacional y disponer hasta el máximo de sus recursos para lograr progresivamente la plena efectividad<sup>19</sup> de los derechos socioeconómicos.*

No obstante lo expuesto en esa oportunidad por esta Corporación respecto de los derechos sociales de materialización progresiva, debe en este momento precisar la Sala que han transcurrido más de 15 años desde la expedición de la norma que dispuso diferentes medidas a cargo de las entidades que prestan servicios públicos para el acceso efectivo de la población sorda y sordo ciega, sin que se advierta ningún avance en este caso concreto respecto de esa materia. En efecto, esa garantía paulatina de implementación de intérpretes y

---

<sup>18</sup> Ratificado por Colombia, mediante la Ley 74 de 1976.

<sup>19</sup> El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha señalado que el concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Por esto, se requiere de un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las necesidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar su plena efectividad.

guías intérpretes en entidades que prestan servicios públicos debe mostrar un avance de ejecución para que la misma no se vuelva indefinida en el tiempo.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal considera que en el presente asunto se encuentra acreditada la vulneración del derecho colectivo contenido en el literal j) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 relativo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, en tanto el Banco de Occidente en su sede de la carrera 23 n° 65<sup>a</sup> -41 de la ciudad de Manizales no acreditó el cumplimiento del artículo 8 de la Ley 982 de 2005 en relación con la implementación paulatina en los programas de atención al cliente, del servicio de intérprete y guía intérprete para las personas sordas y sordociegas que lo requieran de manera directa o mediante convenios con organismos que ofrezcan tal servicio.

Tampoco se demostró por la entidad bancaria que la mencionada implementación paulatina debe ir acompañada de la fijación en lugar visible de la información correspondiente, con plena identificación del lugar o lugares en los que podrán ser atendidas las personas sordas y sordociegas.

Se recuerda por la Sala que el legislador a través de la Ley 982 de 2005 estableció normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordociegas, las cuales, si bien deben ser aplicadas de manera paulatina, no pueden ser consideradas de manera opcional por la autoridad o el particular que presta servicios públicos.

En este sentido, no desconoce la Sala de Decisión que al ser el servicio de intérprete y guía intérprete para las personas ciegas y sordo-ciegas que lo requieran, un derecho de aquellos calificados como sociales progresivos, los cuales no son clasificados como colectivos en sentido estricto, sino como derechos económicos y sociales, o de contenido progresivo, cuya exigibilidad judicial es discutida, por su mismo contenido prestacional o exigibilidad indirecta; la decisión del caso debe ir dirigida a que la entidad bancaria implemente en un periodo razonable el servicio contenido en el artículo 8 de La ley 982 de 2005 para garantizar el derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

Quiere indicar lo anterior, que la orden de la Sala estará dirigida a que el Banco de Occidente S.A., en la sede de la carrera 23 n° 65<sup>a</sup> -41 de la ciudad de Manizales, en el término de seis (6) meses, elabore un programa o protocolo de atención al cliente en el que se advierta la incorporación paulatina del servicio de intérprete y guía intérprete para las personas sordas y sordociegas que lo requieran de manera directa o mediante convenios con organismos que ofrezcan tal servicio.

Así mismo, el programa o protocolo mencionado deberá contener el procedimiento para fijar en lugar visible de la entidad bancaria la información correspondiente, con plena identificación del lugar o lugares en los que podrán ser atendidas las personas sordas y sordociegas.

Advierte entonces este Tribunal que lo ordenado en esta decisión no responde en estricto sentido a lo solicitado en las pretensiones de la demanda, sino que lo dispuesto tiende a que el Banco de Occidente elabore y adopte un programa o protocolo de atención al cliente en el cual se incluya la incorporación paulatina del servicio de intérprete y guía intérprete para las personas sordas y sordociegas que lo requieran.

Finalmente, debe indicar este Tribunal que no se acreditó en este asunto vulneración de derechos colectivos por parte del Ministerio de Educación Nacional, en tanto no existe prueba del incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 5 de la Ley 982 de 2005 referido al reconocimiento de intérpretes oficiales de la Lengua de Señas Colombiana previo el cumplimiento de requisitos académicos, de idoneidad y de solvencia lingüística, según la reglamentación existente.

Lo analizado amerita declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva en el sentido material<sup>20</sup> del Ministerio demandado.

## 8. Costas

En el escrito de demanda, la parte actora con fundamento solicitó el reconocimiento de costas procesales. Al respecto, el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, expresó lo siguiente:

*ARTICULO 38. COSTAS. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar.*

El H. Consejo de Estado en sentencia de Unificación del 6 de agosto de 2019<sup>21</sup>, expresó en relación con esta figura:

---

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION QUINTA Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ Bogotá D.C., seis (6) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-31-000-2011-00341-04 Actor: JOSE IGNACIO LACOUTURE ARMENTA Demandado: CONTRALOR DISTRITAL DE BOGOTA

<sup>21</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA DE DECISIÓN ESPECIAL No. 27 MAGISTRADA: ROCIO ARAÚJO OÑATE Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019) Referencia: MECANISMO DE REVISIÓN EVENTUAL-ACCIÓN

*“80. Como las costas fueron reguladas expresamente en la Ley 472 de 1998, es clara la voluntad que tuvo el legislador de introducir este instituto en los procesos en los que se ventila la protección de los derechos colectivos; sin embargo, del tenor literal de la norma también se desprenden variantes respecto de los supuestos autorizados por el legislador para el reconocimiento de las costas en este tipo de procesos, como se verifica conforme a la literalidad de la norma.*

*81. En primer término, la disposición es clara en señalar que las normas aplicables a las costas procesales son las previstas en el procedimiento civil. De suyo, el juez está obligado a aplicarlas, por expresa remisión normativa.*

*82. En segundo lugar, el artículo 38 ejusdem formula una hipótesis que limita la condena en costas en relación con el actor popular. La norma es clara al señalar que sólo es posible condenarlo a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe:*

*83. Esta regla normativa es especial y de ella se colige que el juez no está autorizado para reconocer costas a favor del demandado victorioso, salvo en aquellos casos en que la demanda del actor popular resulte temeraria o de mala fe; evento en el cual, en todo caso, por virtud de la remisión normativa ordenada en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, el juez debe aplicar para tal efecto las previsiones del procedimiento civil.*

*84. En cuanto al tercer evento previsto por el artículo 38 ibídem, el legislador configuró una sanción aplicable tanto al actor popular como al demandado, consistente en la imposición de multa cuando cualquiera de ellos actúe de mala fe. A la luz de la norma y su entendimiento armonizado, es claro que lo regulado en este inciso, es una potestad sancionatoria distinta pero complementaria de la condena en costas.”.*

Con fundamento en lo anterior, se expresaron las siguientes reglas de unificación respecto de las expensas y agencias en derecho:

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

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

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

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

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

169. Para este efecto, se entenderá causada la agencia en derecho siempre que el actor popular resulte vencedor en la pretensión protectora de los derechos colectivos y su acreditación corresponderá a la valoración que efectúe el fallador en atención a los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso, es decir, en atención a la naturaleza, calidad y duración del asunto, o a cualquier otra circunstancia especial que resulte relevante para tal efecto.

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

No obstante el anterior criterio, debe precisar la Sala de Decisión que en este caso el actor popular no incurrió en gastos o expensas durante el trámite del

proceso. En efecto, el actor popular no allegó pruebas con el escrito de la demanda y en el trámite del proceso no se advierte la incursión en algún gasto especial en materia de pruebas o en otra etapa procesal.

Así mismo, considera el Tribunal que no se causaron agencias en derecho en tanto la única actuación que efectuó el accionante fue la radicación de la demanda. Lo anterior, se corrobora al verificar el trámite procesal y advertir que el señor Arias Idárraga no asistió a la audiencia de pacto de cumplimiento, no presentó alegatos de conclusión y en general no desplegó las actuaciones procesales necesarias para demostrar la afectación de derechos colectivos.

A lo anterior debe agregarse que la orden que se emitirá en esta decisión no responde en estricto sentido a lo solicitado en las pretensiones de la demanda por el actor popular, sino que lo dispuesto por la Sala de Decisión tiende a que se adopte un programa o protocolo de atención al cliente en el cual se incluya la incorporación paulatina del servicio de intérprete y guía intérprete para las personas sordas y sordociegas que lo requieran.

Por lo expuesto, se considera por la Sala de Decisión que en este asunto no se encuentra demostrada la causación de gastos, expensas o agencias en derecho a favor del accionante.

## **9. Conclusiones**

De acuerdo con las pruebas practicadas en este proceso, la normativa y jurisprudencia que regulan la implementación de interpretes y guías interpretes en las entidades que prestan servicios públicos, encuentra este Tribunal que la ausencia de una política clara en esa materia en el Banco de Occidente, sede de la carrera 23 n° 65<sup>a</sup> -41 de la ciudad de Manizales, vulnera el derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, en tanto no se advierte por la Sala de Decisión un programa o protocolo que incorpore paulatinamente el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 982 de 2005.

Si bien es cierto que esta Corporación ha aceptado que la implementación del servicio de intérprete y guía intérprete para las personas ciegas y sordo-ciegas que lo requieran, es un derecho de aquellos calificados como sociales progresivos, cuya exigibilidad judicial es discutida, por su mismo contenido prestacional o exigibilidad indirecta, también lo es que el paso del tiempo desde la fecha de expedición de la Ley 982 de 2005 sin que se advierta ningún avance en esta materia por parte de la entidad bancaria accionada, hace que dicha omisión vulnere el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

*En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,*

### FALLA

**Primero.** DECLÁRASE probada la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* material, propuesta por el Ministerio de Educación Nacional.

**Segundo.** DECLÁRANSE no probadas las excepciones denominadas *“Inexistencia de violación a derechos colectivos de parte del Banco de Occidente”*, *“Inexistencia del colectivo”*, *“Improcedencia de la acción popular”*, *“Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Banco de Occidente”*, *“subsidiariamente carencia de prueba, por no existir ninguna que demuestre la vulneración de los derechos colectivos que cita la parte actora”*, propuestas por el Banco de Occidente S.A y los medios de defensa designados como *“Inepta demanda”* y *“Cosa juzgada”* propuestos por el Ministerio de Educación Nacional.

**Tercero.** DECLÁRASE que el Banco de Occidente S.A, es responsable de la vulneración del derecho colectivo contenido en el literal j) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, referido al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

**Cuarto.** ORDÉNASE al Banco de Occidente S.A. en la sede de la carrera 23 n° 65ª -41 de la ciudad de Manizales, elaborar y adoptar en el término de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, un programa o protocolo de atención al cliente en el que se incluya la incorporación paulatina del servicio de intérprete y guía intérprete para las personas sordas y sordociegas que lo requieran de manera directa o mediante convenios o contratos con organismos que ofrezcan tal servicio.

Así mismo, el programa o protocolo mencionado deberá contener el procedimiento para fijar en lugar visible de la entidad bancaria la información correspondiente, con plena identificación del lugar o lugares en los que podrán ser atendidas las personas sordas y sordociegas.

Vencido el término concedido en esta providencia, el Banco de Occidente remitirá en el lapso de veinte (20) días, un informe al comité de verificación en el que se detalle las actividades realizadas, el cual a su vez dentro del mismo periodo informará al Tribunal Administrativo de Caldas con destino a este expediente

**Quinto.** NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

**Sexto.** CONFÓRMASE un comité de verificación que estará integrado por el señor Agente del Ministerio Público asignado al Despacho del Magistrado Ponente, quien lo presidirá, convocará e informará, un representante del Banco de Occidente y el Defensor del Pueblo – Regional Caldas o su delegado. El comité se reunirá e informará al Tribunal Administrativo de Caldas con destino a este expediente, conforme a lo dispuesto en esta providencia.

**Séptimo.** PUBLICAR la parte resolutive de esta providencia en un diario de amplia circulación nacional, a costa del Banco de Occidente SA. Una vez realizada la publicación mencionada, se deberá allegar constancia de su realización.

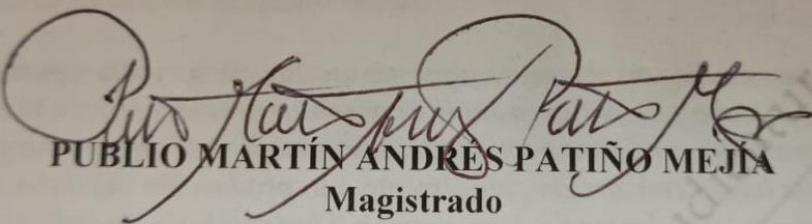
**Octavo.** EXPÍDASE copia de este fallo con destino a la Defensoría del Pueblo para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

**Noveno.** Esta sentencia es susceptible del recurso de apelación, en los términos del artículo 37 de la Ley 472 de 1998. Si no es apelada, archívense las presentes diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

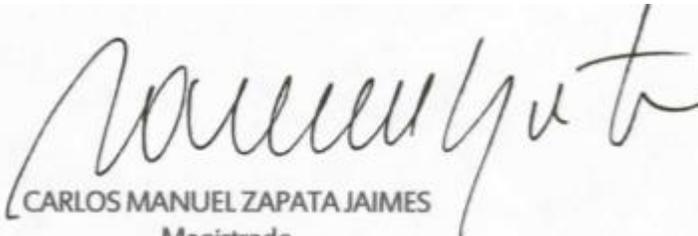
**Notifíquese y cúmplase**



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado



PUBLICIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA  
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No.104

FECHA: 17/06/2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA  
Secretario

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

Manizales, diez (10) de junio de junio de dos mil veintiuno (2021)

<b>RADICADO</b>	<b>17-001-23-33-000-2019-00036-00</b>
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>SOLEDAD LÓPEZ MONTOYA</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>ASSBASALUD E.S.E</b>

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

**PRETENSIONES**

1. Se declare la nulidad del oficio nro. GER – 439 del 19 de julio de 2018, notificado personalmente el 23 de julio de ese año, mediante el cual se negó el reconocimiento de una relación laboral entre Assbasalud y la demandante, en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes.

Que como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada al pago de todos los créditos laborales o pretensiones en favor de la actora así:

2. Declarar el reconocimiento de la relación laboral que existió entre Assbasalud E.S.E y la señora Soledad López Montoya en virtud de todos los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad de salud, y en consecuencia, se ordene el pago a título de indemnización de todas las prestaciones sociales, emolumentos o acreencias laborales en igualdad de condiciones que los servidores públicos de la entidad del Estado, tales como primas de navidad y alimentación, vacaciones, prima de vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, dotación de vestido y calzado, auxilio de transporte, subsidio familiar, gastos de representación, bonificación por servicios prestados, bonificación de recreación, viáticos (constitutivo de factor salarial), incremento de salario por antigüedad, horas extras (o recargo por horas diurnas y nocturnas), trabajo suplementario, dominicales y festivos, primas de servicios, las

correspondientes doceavas, reliquidación de salarios y demás prestaciones sociales diurnas o extraordinarias que recibe un servidor público de planta de la entidad, entre las demás que contemplen las leyes y decretos, así como las normas municipales y departamentales para los servidores públicos de la entidad demandada, sumas que deberán liquidarse con base en los valores pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios.

3. Que se declare el reconocimiento y pago (reembolso) de las cotizaciones correspondientes a la seguridad social integral, correspondientes a salud, pensión y riesgos profesionales a título de indemnización, con su debido cálculo actuarial, los cuales deberán liquidarse con base en los valores pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios; o en su defecto, realizar el pago de los porcentajes correspondientes a pensión, salud y riesgos laborales los cuales debió asumir y trasladar Assbasalud a los Fondos de Seguridad Social Integral a nombre de la actora.

4. Que se declare que el tiempo y el monto estipulado en los negocios jurídicos celebrados por la demandante al servicio de la E.S.E a través de todos los contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios, deben computarse para efectos pensionales teniendo en cuenta todos los factores salariales.

5. Que se declare, reconozca y pague a título de indemnización todas las cotizaciones que debió pagar la demandada a la Caja de Compensación, y las cuales no fueron disfrutadas por la actora para la celebración del contrato de prestación de servicios; así mismo, deberá devolverse lo pagado por concepto de estampilla o impuestos para la perfección del contrato de prestación de servicios.

6. Que la entidad demandada pague la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en el fondo privado, conforme al artículo 99 de la Ley 50 de 1999, o demás preceptos que rijan la materia.

7. Las sumas reconocidas deberán contener la actualización, los intereses y las indexaciones de acuerdo al IPC, así como el pago y reconocimiento de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada uno de los salarios y prestaciones sociales adeudados.

### **HECHOS**

- La señora Soledad López Montoya trabajó en Assbasalud E.S.E desde el 4 de marzo de 2012 hasta el 21 de noviembre de 2016, a través de sucesivos contratos de prestación de servicios, cumpliendo funciones de auxiliar de enfermería.
- Sus labores las desarrolló en forma personal y sin solución de continuidad; con subordinación y dependencia; cumpliendo un horario impuesto por la entidad que incluía sábados, domingos y festivos, el cual no fue reconocido de acuerdo a los porcentajes establecidos en la ley.
- La demandante percibió una remuneración mensual por concepto de salarios debido a la prestación personal del servicio, pero nunca se le cancelaron prestaciones sociales ni demás acreencias laborales a que tenía derecho, así como tampoco le cancelaron la seguridad social integral.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Constitución Política: artículos 1, 2, 25, 53, 55, 93, 94, 121, 122, 123, 125 y 209; Ley 1437 de 2011: artículo 138; Decreto 1042 de 1978; Tratados Internacionales suscritos y ratificados por el Estado, así como los convenios de la OIT identificados con los nros. 87, 95, 98, 100 y 111; recomendación sobre la relación de trabajo R198, 2006, convocada por Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo y congregada en dicha ciudad, en su nonagésima quinta reunión, del 31 de mayo de 2006.

Resaltó que la demandante celebró sucesivos contratos de prestación de servicios con Assbasalud de forma ininterrumpida y sin solución de continuidad; siempre bajo las órdenes de la entidad; con acatamiento de horarios que incluían trabajo suplementario; actuando bajo las mismas calidades que un servidor público; con los elementos que le eran entregados; sujeta a requerimientos verbales y escritos; es decir, sin autonomía e independencia en el desarrollo de las labores, especialmente porque las funciones ejecutadas eran iguales a las de un empleado de carrera administrativa.

Afirmó que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestren los elementos de una relación laboral (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación), lo que generaría el pago de las prestaciones sociales a

favor del contratista, en lo que se conoce como la primacía de la realidad sobre las formalidades, tal como lo ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Precisó que la naturaleza propia de la actividad de auxiliar de enfermería evidencia no solo los elementos de la relación laboral, sino la falta de autonomía en el desarrollo de las labores encomendadas, así como el carácter intemporal de la vinculación, lo que genera que la demandante tenga derecho a todas las prestaciones sociales y cotizaciones a seguridad social.

Que en este caso la entidad demandada tergiversó la modalidad de contratación por prestación de servicios, la cual es inminentemente temporal; máxime cuando la demandante realizaba funciones misionales de la institución de salud en sus diferentes sedes, lo que denota la existencia de las conocidas "nóminas paralelas", caracterizadas porque no se realiza la selección del personal por el sistema de méritos sino a través del contrato de prestación de servicios establecido en la Ley 80 de 1993, a pesar que este es de índole excepcional y temporal, y el contratista goza de autonomía e independencia frente a los servidores de la entidad contratante.

Insistió que en este caso se configuran los tres elementos del contrato realidad, como son la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración, los cuales explicó uno a uno en su concepto de la violación.

Respecto a la prescripción de los derechos laborales adujo que el Consejo de Estado puntualizó que la misma no se aplica a los procesos en que se demuestre la primacía de la realidad sobre las formas, porque el derecho no ha nacido a la vida jurídica antes del fallo que declara su existencia.

Sobre el trabajo suplementario mencionó que la accionante laboró por turnos, lo que implica que deban reconocerse horas extras diurnas y nocturnas, al igual que el trabajo dominical y festivo, de conformidad con los artículos 35, 37 y 39 del Decreto 1042 de 1978.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**ASSBASALUD:** después de pronunciarse sobre los hechos, los cuales unos acepta y otros no, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por carecer de sustento legal, ya que no es cierto que entre Assbasalud y la demandante haya existido una relación laboral, pues el

vínculo que los unió fue de índole contractual según lo autorizado por la Ley 80 de 1993, especialmente en aquellos eventos en los cuales no se cuenta con el personal de planta suficiente.

Adujo que las labores desarrolladas por la señora López Montoya gozaban de plena autonomía, no estaban subordinadas, y la jornada que cumplía significaba dependencia, sino que por su gestión resultaba natural que tuviera que hacer turnos o cumplir horarios especiales.

Propuso las excepciones de:

- **Inexistencia de la obligación laboral (prestaciones sociales) en favor de la excontratista**

**Soledad López Montoya:** señala que no reposan en el expediente pruebas suficientes y eficaces que desvirtúen la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, al igual que de los contratos celebrados; aunado a que no se demuestra tampoco que se adeude alguna suma de dinero de las reclamadas en la demanda.

- **Cobro de lo no debido:** afirma que no se evidencia el acto administrativo expedido por el ordenador del gasto de la entidad donde se reconozcan las prestaciones sociales reclamadas y demás emolumentos a los que se hace alusión en la demanda a favor de la actora.

- **Genérica:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada en el proceso.

- **Caducidad de la acción y prescripción de derechos:** en relación con la caducidad adujo que, entre la expedición de la voluntad de la administración, contenida en el oficio GER -439 del 19 de julio de 2018, y la presentación de la demanda, transcurrió más del plazo establecido en la ley para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sobre la prescripción señaló que la reclamación frente a esta relación debe hacerse dentro de los tres años siguientes a la culminación del primer contrato, circunstancia que en este caso fue omitida.

- **Presunción de legalidad de los contratos aportados como prueba suscritos entre Soledad López Montoya y Assbasalud:** los contratos celebrados entre el 4 de marzo de 2012 y el 30

de noviembre de 2016, regidos por la Ley 80 de 1993, gozan de la presunción de legalidad hasta tanto no sean declarados nulos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

- **Presunción de legalidad de las liquidaciones de los contratos aportados como prueba suscritos entre Soledad López Montoya y Assbasalud:** los contratos de prestación de servicio suscritos por las partes fueron liquidados como acto o negocio jurídico y bajo acuerdo de voluntades, por lo que gozan de la presunción de legalidad hasta tanto no sean declarados nulos.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Parte demandante:** resaltó que quedaron acreditados en el proceso los tres elementos de la relación laboral, los cuales desvirtúan los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes, especialmente por apreciarse el criterio funcional, el criterio de igualdad, el criterio temporal o de habitualidad, la subordinación y dependencia.

Relacionó los contratos de prestación de servicios, así como el horario de trabajo de la actora, y resaltó que su jornada laboral no solo se extendía a la semana sino también a los fines de semana, pero la entidad nunca le reconoció en dinero ese trabajo suplementario.

Concluyó que en este caso debe accederse a pretensiones, pues Assbasalud utilizó el contrato de prestación de servicios para disfrazar una verdadera relación laboral.

**Parte demandada:** precisó que en este caso no se demostró de ninguna manera que se hubiera configurado una relación legal y reglamentaria entre las partes, por lo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo.

Resaltó que las pruebas obrantes en el expediente, especialmente el testimonio de María Beatriz Escobar, dan cuenta de la autonomía que tenía la contratista para cumplir con las labores pactadas en los contratos, y no de una relación de subordinación sino de coordinación en la realización de las funciones.

Añadió que cuando un contrato de prestación de servicios es liquidado, cesa toda relación jurídica y toda responsabilidad entre las partes, y en caso de firmarse un nuevo contrato la relación se inicia de cero, es decir, como si no hubiera existido un contrato anterior.

Precisó que en este caso las pretensiones carecen de respaldo jurídico y probatorio, además porque la accionante al momento de liquidar los contratos nunca realizó salvedades frente a los mismos.

Referenció que en este caso hay inexistencia de la obligación laboral en favor de la contratista, por no haberse acreditado los elementos necesarios para declarar la misma.

Finalmente, en relación con la prescripción, con apoyo en el Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y 151 del Código Sustantivo del Trabajo, precisó que debe declararse la extinción de los derechos causados tres años hacía atrás, contados desde la fecha del acto administrativo demandado.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Mediante concepto nro. 080-2020, el señor Procurador Judicial solicitó se acceda a las súplicas de la demanda.

En primer momento hizo alusión a la naturaleza jurídica de los contratos de prestación de servicios al tenor de lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; y, seguidamente, al principio de primacía de realidad sobre las formas, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución Política y sentencias de la Corte Constitucional.

Al descender al caso concreto, manifestó que estaba demostrado con el material probatorio que la entidad accionada desconoció el principio mencionado al evidenciarse la subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración recibida por la actora, elementos que estructuraban una relación de carácter laboral que se mantuvo durante varios años.

Resaltó que la demandante no podía desempeñar las labores propias de su objeto contractual con independencia y autonomía, especialmente por las tareas que ejecuta una auxiliar de enfermería, las cuales incluso manifestó han sido analizadas por el Consejo de Estado, al explicar que no son funciones en las que se desarrollen labores de carácter científico o que requieran conocimientos especializados más allá de los que ofrecía el personal de planta, siendo necesaria la prestación del servicio en los horarios y turnos en los que ofrece atención la entidad.

Concluyó que la parte demandante cumplió con la carga probatoria que le imponía el deber de mostrar la existencia de los elementos de la relación laboral, razón suficiente para acceder a las pretensiones.

En cuanto a la sanción moratoria reclamada, precisó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado en forma pacífica que el reconocimiento de las cesantías surge solo cuando se declara la existencia de la relación laboral, lo cual ocurre en la sentencia, por lo que no podría reconocerse esta penalidad.

### **CONSIDERACIONES**

No observa esta Sala irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí rituado, y procederá en consecuencia a tomar una decisión de fondo en el presente litigio.

Assbasalud propuso las excepciones que denominó “inexistencia de la obligación laboral (prestaciones sociales) en favor de la excontratista Soledad López Montoya”; “cobro de lo no debido”; “caducidad de la acción y prescripción de los derechos en materia laboral”; “presunción de legalidad de los contratos aportados como prueba suscritos entre Soledad López Montoya y Assbasalud ESE” y “presunción de legalidad de las liquidaciones de los contratos aportados como prueba suscritos entre Soledad López Montoya y Assbasalud E.S.E”.

Mediante auto del 31 de julio de 2020 se declaró no probada la excepción de caducidad. Las demás excepciones, por tocar el fondo del asunto, quedarán subsumidas en el estudio del caso.

#### **Problemas jurídicos**

1. ¿En el vínculo contractual que unió a la señora Soledad López Montoya con Assbasalud E.S.E, se configuraron los elementos de subordinación, prestación personal del servicio y remuneración que permitan declarar una verdadera relación laboral?

Si la respuesta es positiva, se deberá resolver:

2. ¿Le asiste derecho a la señora Soledad López Montoya a que se le reconozcan, liquiden y paguen las sumas de dinero solicitadas en la demanda?

3. ¿Le asiste derecho a la demandante a la devolución de los aportes realizados al sistema de seguridad social integral en la proporción que le correspondía al empleador por el periodo que duraron las vinculaciones por prestación de servicios?

4. ¿Se configuró la prescripción extintiva del derecho?

#### Lo probado

➤ Que entre la señora Soledad López Montoya y Assbasalud E.S.E se celebraron los siguientes contratos de prestación de servicios (fols. 118 a 229 y CD folio 461):

CONTRATO NÚMERO	DURACIÓN	HONORARIOS	OBJETO
433 del 1° de marzo de 2012	Desde el 4 de marzo al 31 de julio de 2012	\$6.959.600 los cuales se pagarán en proporciones mensuales al finalizar el periodo correspondiente de acuerdo a la cantidad y tipo de turnos realizados al mes sin que al final se supere el valor del contrato, de acuerdo con la certificación expedida por el enfermero de la clínica en la cual se prestó el servicio, previa presentación de la cuenta	Realización de turnos como auxiliar área salud enfermería apoyando los procesos de urgencias y hospitalización de Assbasalud ESE, actividades que serán coordinadas con el funcionario delegado para la supervisión del contrato, objeto que involucra el cumplimiento de funciones públicas y administrativas
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
727 del 13 de julio de 2012	1° de agosto de 2012 al 15 de enero de 2013	\$7.759.004 íbidem	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
133 del 8 de enero de 2013	16 de enero al 30 de junio de 2013	\$7.991.775 los cuales se pagarán en proporciones mensuales al finalizar el periodo correspondiente de acuerdo a la cantidad y tipo de turnos realizados al mes sin que al final se supere el valor del contrato, de acuerdo con la certificación expedida por el enfermero de la clínica en la cual prestó los servicios, previa presentación de la cuenta, en caso de que los servicios sean prestados en centros ambulatorios los honorarios tendrán un valor fijo de mensual de \$880.337	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
611 del 26 de junio de 2013	1° de julio al 30 de septiembre de 2013	\$4.359.150 íbidem	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
938 del 20 de septiembre de 2013	1° de octubre de 2013 al 10 de enero de 2014	\$4.843.500 íbidem	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
213 del 8 de enero de 2014	11 de enero al 30 de abril de 2014	\$5.540.964 los cuales se liquidarán en proporciones mensuales de acuerdo con la	Ibídem

		cantidad y tipo de turnos realizados durante el mes, sin que al final se supere el valor total del presente contrato, de acuerdo con la certificación expedida por el enfermero de la clínica en la cual prestó los servicios, previa presentación de la cuenta, en caso que sus servicios sean prestados en servicio ambulatorios, los honorarios tendrán un valor fijo mensual de \$915.592, en la cual conste que el servicio se cumplió a satisfacción.	
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
369 del 24 de abril de 2014	1° de mayo al 31 de agosto de 2014	\$6.044.688 íbidem	Íbidem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
611 del 20 de agosto de 2014	1° de septiembre al 31 de octubre de 2014	\$3.022.344 los cuales se liquidarán en proporciones mensuales previa presentación de la cuenta de servicios y el recibo a satisfacción por parte del supervisor del contrato	Íbidem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
960 del 20 de octubre de 2014	1° al 30 de noviembre de 2014	\$1. 511.172 los cuales se liquidarán de acuerdo con el número y tipo de turnos que realice en el mes sin que al final se supere el monto total del presente contrato, en caso que sus servicios sean prestados en salud público servicios ambulatorios los honorarios se liquidarán con base en un valor mensual de \$915.592, previo el recibo a satisfacción por parte del supervisor del contrato	Íbidem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
1225 del 26 de noviembre de 2014	1 de diciembre de 2014 al 9 de enero de 2014	\$1.964.524 íbidem	Íbidem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
0117 del 5 de enero de 2015	10 al 31 de enero de 2015	\$1.047.746 los cuales se liquidarán por honorarios de acuerdo con el número y tipo de turnos que realice en el mes sin que al final se supere el monto total del presente contrato, en caso que sus servicios sean prestados en salud pública o servicios ambulatorios los honorarios se liquidarán previa presentación de la cuenta de servicios y el recibo a satisfacción por parte del supervisor del contrato	Íbidem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
0255 del 30 de enero de 2015	1° de febrero al 31 de julio de 2015	\$9.429.714 los cuales se liquidarán por honorarios de acuerdo con el número y tipo de turnos que realice en el mes sin que al final se supere el monto total del presente contrato, en caso que sus servicios sean prestados en salud pública o servicios ambulatorios los honorarios	Íbidem

		se liquidarán con base en un valor mensual de \$952.216 previo recibo a satisfacción por parte del supervisor del contrato	
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
564 del 29 de julio de 2015	1° de agosto al 30 de septiembre de 2015	\$3.143.238 los cuales se liquidarán por honorarios de acuerdo con el número y tipo de turnos que realice en el mes sin que al final se supere el monto total del presente contrato, en caso que sus servicios sean prestados en salud pública o servicios ambulatorios los honorarios se liquidarán con base en un valor mensual de \$943.060 previo recibo a satisfacción por parte del supervisor del contrato	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
927 del 30 de octubre de 2015	1° al 30 de noviembre de 2015	\$1.571.619 los cuales se liquidarán por honorarios de acuerdo con el número y tipo de turnos que realice en el mes sin que al final se supere el monto total del presente contrato, en caso que sus servicios sean prestados en salud pública o servicios ambulatorios los honorarios se liquidarán previo el recibo a satisfacción por parte del supervisor del contrato	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
786 del 24 de septiembre de 2015	1° al 31 de octubre de 2015	\$1.571.619 los cuales se liquidarán por honorarios de acuerdo con el número y tipo de turnos que realice en el mes sin que al final se supere el monto total del presente contrato, en caso que sus servicios sean prestados en salud pública o servicios ambulatorios los honorarios se liquidarán con base en un valor mensual de \$952.216 previo recibo a satisfacción por parte del supervisor del contrato	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
1107 30 de noviembre de 2015	1° de diciembre de 2015 al 8 de enero de 2016	\$1.990.717 ibídem	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
086 del 9 de enero de 2016	9 al 31 de enero de 2016	\$1.198.621 los cuales se liquidarán por honorarios de acuerdo con el número y tipo de turnos que realice en el periodo al liquidar sin que al final se supere el monto total del presente contrato, previo el recibo a satisfacción por parte del supervisor del contrato	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
198 del 29 de enero de 2016	1° al 29 de febrero de 2016	\$1.634.484 ibídem	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
328 del 29 de febrero de 2016	1° al 31 de marzo de 2016	\$1.634.484 ibídem	Ibídem

<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
456 del 30 de marzo de 2016	1° al 30 de abril de 2016	\$1.634.484 ibídem	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
568 del 29 de abril de 2016	1° al 30 de mayo de 2016	\$1.484.826 ibídem	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
697 del 31 de mayo de 2016	1° al 30 de junio de 2016	\$1.603.785 ibídem	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
840 del 29 de junio de 2016	1° al 31 de julio de 2016	\$1.700.000 ibídem	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
969 del 29 de julio de 2016	1° al 31 de agosto de 2016	\$1.650.000 ibídem	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
1114 del 30 de agosto de 2016	1° al 30 de septiembre de 2016	\$1.650.000 ibídem	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
1301 del 30 de septiembre de 2016	1° al 15 de octubre de 2016	\$800.000 ibídem	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
1376 del 14 de octubre de 2016	16 al 31 de octubre de 2016	\$800.000 ibídem	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
1507 del 31 de octubre de 2016	1° al 8 de noviembre de 2016	\$440.000 ibídem	Ibídem
<b>SIN INTERRUPCIÓN</b>			
1703 del 8 de noviembre de 2016	9 al 30 de noviembre de 2016	\$1.210.000 ibídem	Ibídem

➤ En la cláusula de los contratos que determinaba las obligaciones de la contratista, se consignó que esta debía pagar mensualmente los aportes a salud y pensión en los términos del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, en concordancia con el Decreto 1703 de 2002.

➤ Reposan de folio 59 a 117, y en el CD que está a folio 461, los comprobantes del pago mensual que Assbasalud le realizó a la demandante por los servicios prestados como auxiliar de enfermería, los cuales dan cuenta de pagos desde el mes de marzo de 2012 a noviembre de 2016.

➤ De folio 230 a 269 reposan unos cuadros de turnos relacionados con las auxiliares de enfermería donde aparece la señora Soledad López Montoya. Se evidencian cuadros de turnos de todo el año 2012 (fols. 230 a 239); el año 2013 (fols. 240 a 251); enero a julio de 2014 (fols. 252 a 239) y marzo a octubre de 2015.

En relación con los demás cuadros de turno se decretó prueba a petición de la parte demandante para que se aportaran por la demandada los de agosto a diciembre de 2014, noviembre y diciembre de 2015 y de enero de 2016. Sin embargo, la entidad en respuesta indicó que no tenía copia de los mismos (CD folio 461).

- De folio 290 a 339 reposan comprobantes de pago a salud, pensión y riesgos profesionales de la demandante.
  
- De folio 282 a 289 se encuentran memorandos de parte de la Gerencia y la Líder de Gestión Humana dirigidos a la demandante, mediante los cuales la felicitaban por la excelente prestación de sus servicios como auxiliar de enfermería. De folio 341 a 343 se evidencian unos reconocimientos otorgados a la accionante por ser ganadora del concurso "Mejor Servicio al Cliente".
  
- A folio 340 reposa un carnet de con el logotipo de Assbasalud y los datos personales de la demandante, el cual la identifica como auxiliar de enfermería. Así mismo, reposa un carnet de Colmena, riesgos profesionales, también con los datos de la actora.
  
- Mediante derecho de petición radicado el 6 de junio de 2018, la demandante solicitó a Assbasalud E.S.E el reconocimiento de una relación laboral entre las partes derivaba de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora López Montoya y la entidad (fol. 43 a 50 C.1)
  
- A través de oficio GER-439 del 19 de julio de 2018, la gerente de Assbasalud dio respuesta a la reclamación presentada por la demandante de manera negativa a sus intereses (fols. 51 a 54).

### **Tacha de testigo**

El apoderado de la parte demandada al momento de recepcionar los testimonios tachó las declaraciones de las señoras Mónica María López Betancourt y María Elena Pasuy Guerrero. La primera, porque al haber estado vinculada con Assbasalud mediante contratos de prestación de servicios también presentó demanda contra la entidad por las mismas razones de hecho y de derecho del presente proceso. La segunda, por la relación de parentesco por afinidad que tiene con la demandante, ya que es esposa de un hermano de la señora López Montoya.

Frente a la tacha de testigos debe advertirse que lo afirmado por el apoderado de la entidad demandada no es razón suficiente para invalidar su testimonio, especialmente en el caso de la señora Mónica María López Betancourt, máxime cuando las respuestas dadas por esta declarante fueron coherentes, congruentes, con hilo conductual, sin observarse vacilaciones ni expresiones con algún ánimo revanchista o sesgado, aunado a que por su

condición de compañera en Assbasalud y haber trabajado también mediante contrato de prestación de servicios pudo conocer de manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la labor de la actora, por lo que se valorará su testimonio conforme a las reglas de la sana crítica y en consonancia con las demás pruebas.

En relación con el testimonio de la señora María Elena Pasuy Guerrero, debe precisarse que al momento de recibir esta declaración se evidenció que su dicho no permitía conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la actora desarrolló sus labores como auxiliar de enfermería, que era el objeto del testimonio, pues la misma declarante afirmó que no conocía esos pormenores, por lo que no es necesario pronunciarse sobre la tacha, ya que la única información que brindó al proceso, era que la demandante había laborado como auxiliar de enfermería en Assbasalud, lo cual queda demostrado con los contratos de prestación de servicios.

#### **Primer problema jurídico**

¿En el vínculo contractual que unió a la señora Soledad López Montoya con Assbasalud E.S.E, se configuraron los elementos de subordinación, prestación personal del servicio y remuneración que permitan declarar una verdadera relación laboral?

**Tesis: La Sala defenderá la tesis que entre la señora Soledad López Montoya y la entidad demandada existió una verdadera relación laboral, habida cuenta que el acervo probatorio recaudado devela los tres elementos constitutivos de una relación de este tipo como lo son: i) la prestación personal del servicio, ii) la remuneración como contraprestación del mismo y iii) la continuada subordinación laboral.**

#### **Regulación del contrato de prestación de servicios**

Tratándose del contrato de prestación de servicios el Estatuto de Contratación Estatal - Ley 80 de 1993- en su artículo 32 numeral 3 estableció:

*Son contratos de prestación de servicios los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.*

*Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieren conocimientos especializados.*

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni*

*prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente necesario (subrayado fuera de texto).*

Valga precisar que los apartes que subraya la Sala fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997 con ponencia del Doctor Hernando Herrera Vergara: "salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada"; lo que significa que el trabajador puede acudir en vía judicial a controvertir lo plasmado en el contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado por el artículo 53 de la Constitución Política:

**ARTICULO 53.** *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.*

*El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.*

*Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.*

*La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Subrayado fuera de texto).*

La Honorable Corte Constitucional en la precitada sentencia se refirió a este principio manifestando:

*El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que*

*haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.*

En el mismo fallo la Corte señaló las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo en los siguientes términos:

*a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

*El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."*

*b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.*

*Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.*

*c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento*

*a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*

A su vez el Consejo de Estado en jurisprudencia de su Sección Segunda<sup>1</sup> reforzó la anterior postura así:

*El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.*

*Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.*

En suma, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre que además de la prestación personal del servicio y la remuneración o retribución del mismo ha tenido también lugar la subordinación o dependencia respecto del empleador, lo que confiere el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

En consecuencia, la Sala se adentrará a revisar cada elemento de los enunciados.

---

<sup>1</sup> Consejo De Estado, Sección Segunda. Sentencia de 16 de febrero de 2012. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

**i) Prestación personal del servicio**

De los acuerdos de voluntades suscritos entre la señora López Montoya y Assbasalud se observa como común denominador que estos se circunscribieron a que ella prestara sus servicios como auxiliar de enfermería en urgencias y hospitalización de la E.S.E.

Practicadas las pruebas, efectivamente se demostró que la actora cumplió personalmente las obligaciones a las que se comprometió en los contratos, lo cual se comprueba con las declaraciones y los documentos aportados al proceso, como los contratos, las actas de liquidación de estos y el pago mensual por las labores realizadas.

**ii) Remuneración como contraprestación del servicio**

De acuerdo a lo estipulado en los contratos de prestación de servicios, se estableció una suma global como valor del contrato la cual posteriormente se fraccionaba de manera mensual de acuerdo al número y tipo de turnos realizados por la demandante en el mes; y en caso que los servicios prestados fueran en salud pública o en servicios ambulatorios, se estableció una tarifa fija mensual.

Reposan, además, los comprobantes de pago realizados por la entidad durante todo el tiempo que duró la relación contractual mes a mes, del año 2012 al año 2016.

Así las cosas, para este juez colegiado es evidente que la demandante recibió remuneración por parte de la entidad accionada como contraprestación por sus servicios, por lo que el segundo de los elementos que configura la relación laboral se encuentra también acreditado.

**iii) Subordinación Laboral**

Este requisito está demostrado en el presente trámite con las pruebas recaudadas de acuerdo a lo siguiente.

Al revisar los contratos de prestación de servicios, más exactamente la cláusula relativa a las obligaciones de la contratista, se encuentra que entre ellas estaban: i) realizar los turnos que le fueran asignados; ii) prestar sus servicios de acuerdo a las normas propias de su actividad y los requerimientos de la empresa; iii) asistir a los procesos de inducción, reinducción y capacitaciones que requiriera la entidad, con el objeto de generar el

entrenamiento adecuado en la prestación de los servicios con calidad; iv) llevar a cabo el cumplimiento del contrato de acuerdo a los protocolos, guías, normas, procesos y procedimientos establecidos por la entidad para el manejo de usuarios; v) propender por el manejo adecuado de los sistemas de información, diligenciamiento de historias clínicas y cuidado de los equipos e instrumentos con los que se contaba para la prestación de los servicios; y vi) cumplir con los planes de mejoramiento.

Así mismo, sobre este elemento, las declaraciones recibidas son contestes frente a la existencia de una subordinación y dependencia pues de ellos se desprende lo siguiente:

**Diana Patricia Londoño Montoya (prueba de la parte demandante)**

Conoció a la demandante porque trabajaron juntas en Assbasalud como auxiliares de enfermería; ambas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios. La declarante laboró por espacio de 8 – 9 años, hasta el año 2017.

En relación con las labores que realizaba la demandante como auxiliar de enfermería explicó que llevaba a cabo todas las establecidas en los contratos y las que resultaran en medio de los turnos, especialmente prestar el servicio a los pacientes de manera humanizada, bajo las normas y protocolos de Assbasalud.

Informó que debían cumplir obligatoriamente un horario, el cual estaba determinado en un cuadro de turnos mensuales que era elaborado por el personal de planta de la entidad, como la jefe de enfermería, el cual además era supervisado por el Área de Gestión Humana. Turnos a los que se debía llegar con uniforme, antes de la hora de inicio para poder recibir, y en caso de no poder asistir se debía informar a la jefe inmediata. Y que ese cuadro de turnos como se hacía por mes, incluía trabajar de noche, dominicales o festivos. Frente al procedimiento para ausentarse del sitio de trabajo explicó que se tenía que gestionar con anticipación porque había que registrarse por el protocolo de Assbasalud, es decir, informar 48 horas antes para que la jefe consiguiera quién cubría ese turno porque ellas laboraban en el área de urgencias, ginecología y hospitalización.

Adujo que cuando se incumplía con los turnos se hacían llamados de atención y anotación a la hoja de vida; también manejaban unos formatos donde se firmaban unos compromisos por alguna acción u omisión en que incurrían en el desarrollo de las labores.

Sobre el control del horario sostuvo que había jefes en el servicio; que también había auxiliares de enfermería que entregaban el turno y otras que lo recibían, y ahí se daban cuenta de quién asistía.

Aclaró que las contratistas eran auxiliares multifuncionales, es decir, no escogían el sitio donde prestaban el servicio, porque Assbasalud tiene varias sedes o secciones.

Señaló que Assbasalud siempre ha tenido unos protocolos, por temas de calidad, los cuales se deben cumplir, incluso para la atención y los procedimientos que se le debe realizar al paciente; y que tenían determinado qué funciones dentro del protocolo hacía la auxiliar de enfermería y qué funciones hacía la jefe. Aclaró que muchas veces en las noches desarrollaban múltiples funciones, que incluso fueron la mano derecha de los médicos porque hubo un tiempo que las jefes de enfermería no trasnochaban, solo estaban de día. Sobre los implementos de trabajo para realizar las labores informó que Assbasalud entregaba todo lo que se necesitaba para el cuidado del paciente, pero la dotación personal sí la debía comprar el contratista, es decir, uniformes, pólizas y pagar salud y pensión. Pero que la entidad les daba los elementos de bioseguridad, como guantes, gorros, uniforme anti fluido, gafas. Que de los equipos de electrocardiograma, monitores de parto, entre otros, había un inventario que era entregado antes y se verificaba que estuviera completo y quedaba bajo su responsabilidad, eso se llamaba material y equipo de trabajo, y había que responder por todo. Sobre los medicamentos en el caso de hospitalización, y el carro de medicamentos o el carro de paros en el caso de urgencias, eran entregados bajo control y había un protocolo para devolver, fuera en urgencias, en hospitalización o en partos, ya que había que responder por el uso, buen cuidado, el funcionamiento y el aseo de las áreas donde se trabajaba.

Informó que como tenían que cumplir con todos los protocolos de la entidad debían asistir a las capacitaciones, especialmente para urgencias, hospitalización y ginecobstetricia.

Manifestó que durante el tiempo que duró la relación contractual el pago fue mensual, de acuerdo a los turnos laborados; que nunca les pagaron horas extras, pero que el pago sí cambiaba dependiendo si laboran un dominical o festivo; que debían costear las cotizaciones a salud y pensión; y que no les reconocieron prestaciones sociales. Finalmente, indicó que conocía que la accionante ya estaba pensionada.

**Mónica María López Betancourt (prueba de la parte demandante)**

Informó que conoce a la demandante desde hace varios años, no solo porque su mamá y la demandante fueron compañeras de trabajo, sino porque ella se desempeñó como bacterióloga en Assbasalud entre el año 2008 al 2015, vinculada también mediante contrato de prestación de servicios, y la demandante laboró como auxiliar de enfermería; pero aclaró que se retiró antes que la actora, quien ya está pensionada como independiente.

Manifestó que la demandante llevaba a cabo todas las labores como auxiliar de enfermería, de acuerdo a lo que su jefe le indicará según el centro de salud al que estuviera asignada; por ejemplo, en el Centro Piloto estaba la jefe coordinadora, Beatriz Escobar; o cuando estaba en San Cayetano estaba como jefe Gloria Eugenia Morales. Que la actora hacía todo lo que le dijeran, como canalizar pacientes; colocar medicamentos; estar pendiente de ellos, de su evolución; mantener informado al médico y a la enfermera jefe. Que ella como bacterióloga también hacía turnos de noche, festivos y dominicales, y en varias oportunidades recibió llamadas de la demandante para solicitar el servicio de laboratorio, el cual estaba en el Centro Piloto.

En relación con los turnos explicó que la jefe líder o coordinadora sacaba un cuadro y se lo daba a conocer a las auxiliares para que supieran las horas que debían trabajar ese mes. Que había turnos de siete de la mañana a siete de la noche, o de siete de la noche a siete de la mañana; sábados, domingos, festivos y noches. Pero aclaró que la demandante no tenía la facultad de escoger qué turnos laboraba, eso quedaba a voluntad del jefe inmediato.

Sobre la forma de controlar el horario indicó que eso era responsabilidad de cada uno, porque no tenían que firmar nada, pero que igual siempre había médicos o enfermeras que se daban cuenta del cumplimiento del horario, sumado a que como recibían turnos ahí se podía indicar si alguien no estaba presente, lo cual también se podía reflejar en los registros de atención a los pacientes. Que si llegaban tarde podían hacerles llamados de atención. Sobre las ausencias del sitio de trabajo señaló que para ausentarse debía pedir permiso a la jefe líder.

En relación con los aportes a salud y pensión informó que los realizaban ellos directamente, y que la persona que estuviera en mora no le pagaban, porque los cinco primeros días del mes había que llevar los desprendibles.

Que los contratistas cumplían las mismas labores que tenían los empleados de planta, según el manual de funciones; incluso resaltó que los empleados de planta no hacían horas extras ni dominicales, eso lo hacían los contratistas, incluso habiendo auxiliares de enfermería de planta; pero que los contratistas y ellos cumplían las mismas funciones, con la diferencia en el trabajo suplementario.

En relación con el pago sostuvo que lo que entiende es que la jefe de la demandante le pasaba el cuadro de turnos a Recursos Humanos y ahí se totalizaban las horas que se había trabajado en el mes, independiente si eran de noche, festivo o dominical, pues no se pagaba recargo sino que se pagaba común y corriente de acuerdo a las horas trabajadas, porque no es cierto que se cancelara un valor diferente por un turno de noche, dominical o festivo; si se trabajaba de noche pagaban lo mismo que si trabajaba de día.

Que la actora recibió equipos, insumos y medicamentos, y ella debía informar en qué los había usado, lo mismo que los equipos de cómputo y otros que tuvieran relación con el trabajo; que esto lo controlaba la jefe de enfermería, no las líderes, y supervisaban que todo se entregara como correspondía; paciente, insumos, aparatos.

En relación con la dotación señaló que no les entregaban, los contratistas la tenían que comprar de acuerdo a lo indicado por la entidad. Pero que los implementos de seguridad sí los suministraban.

Que debían asistir a las capacitaciones, el día que fuera, así fuera post turno, porque eran obligatorias, y no les pagaban esas horas. Esas capacitaciones eran más como requerimientos para la realización del trabajo.

Que Assbasalud les suministraba un usuario y contraseña para poder realizar las anotaciones en las historias clínicas.

Que nunca se les pagaron prestaciones sociales; no se les otorgaron vacaciones; y el pago era mensual.

**María Beatriz Escobar Escobar (prueba de la parte demandada)**

Laboró en Assbasalud por espacio de 24 años. Ingresó en el año 1999 hasta enero del año 2000, es enfermera y se desempeñó como coordinadora del Centro Piloto, luego en la Enea y posteriormente en el Cisco.

Que entre sus labores estaba coordinar el personal, hacer cuadro de turnos, organizaba todo lo que tenía que ver con la clínica, suministros, inventarios, personal, entre otros.

Que fue supervisora de las labores que desarrollaba la demandante, ya que estuvo en el Centro Piloto en urgencias con ella más o menos un año.

Sobre las labores de la actora como contratista y las desarrolladas por los demás auxiliares de enfermería adujo que los auxiliares eran auxiliares así fueran de planta o de contrato. Que la diferencia entre el personal de planta y los contratistas eran los turnos, ya que las de planta en una época no podían hacer noches, ni festivos, solo los hacían los contratistas; primero, porque no se podía, y segundo, porque ganaban más por esos turnos en trabajo suplementario, pero que las funciones eran las mismas.

Sobre la asignación de turnos explicó que ella tenía un cuaderno que lo ponía disposición de las auxiliares, y con base en eso hacía el cuadro, porque ahí escribían qué turnos podían hacer o querían, eso lo hacía sobre todo para que no quedaran horarios vacíos porque a veces llegaba el día y no asistían, entonces la testigo se tenía que poner a llamar a otra persona.

Que lo anterior era como una práctica que había en la entidad, incluso afirmó que en las tres clínicas se hacía lo mismo; se tenía un cuadro, un registro, una sábana, y cada una organizaba como quería, pero uno tenía en cuenta lo que decían para poder cuadrar los horarios.

Que los turnos no realizados se reportaban Gestión Humana para pagárselo a quien sí lo hubiera hecho. Que se mandaba el cuadro de turnos antes de empezar el mes, pero al finalizar se mandaba el cuadro real porque siempre había alguna novedad en el mes.

Precisó que las auxiliares podían cambiar con otra compañera los turnos, pues lo importante era que estuviera alguien en el sitio de trabajo, y a ella simplemente le informaban que habían cambiado; el pago se le realizaba a quien efectivamente hubiera realizado el turno.

Que cuando las auxiliares no aparecían para los turnos le tocaba empezar a llamar a ver quién podía asistir, y si no resultaba nadie, el área de Gestión Humana conseguía el personal.

Que la sanción a las contratistas por no asistir al turno era que no se les pagaba; Y si pasaba varias veces no se le renovaba contrato. Que a las de planta sí se les pasaba carta y se iniciaba un proceso disciplinario.

Sostuvo que cuando los turnos eran nocturnos o dominicales tenían un reconocimiento en dinero más alto, incluso manifestó que por eso pedían trabajar esos horarios. Y que lo que se hacía era que a Gestión Humana se le rendía un informe con el horario cumplido del mes, y ellos liquidaban el valor a pagar. Ellas mismas decían que les pagaban más y por eso pedían los turnos en nocturnos o dominicales.

Sobre la indumentaria adujo que como entidad de salud todo el personal debe tener uniforme de presentación blanco, con zapatos, pero en algunas ocasiones tenían uniforme de color. Esos uniformes al personal de planta se lo daba la institución y los contratistas lo compraban.

Manifestó que las auxiliares de enfermería para prestar el servicio tenían que responder por los instrumentos o equipos necesarios para la labor; pero los inventarios estaban a su cargo y ella ponía a una auxiliar a que le ayudara con ese conteo, pero debía ser de planta. Que cuando a las auxiliares de enfermería contratistas se les entregaba algo, tenían que responder por el equipo, devolverlo en buen estado. Pero sí les daban los materiales o instrumentos para que trabajaran. Que había una planilla que se llamaba inventarios parciales, y ahí se dejaba constancia de lo que se entregaba de esa área y la persona debía responder por ese inventario. Ellas no eran responsables ante la entidad, pero sí ante el servicio. Si algo se dañaba se lo reportaban a ella, quien procedía a llamar a la tecnóloga, pero debían entregar las cosas así fuera dañadas. Y si se perdía se hacía el denuncia ante la estación de policía y eso se mandaba a inventarios por temas de seguros.

En relación con el horario de la actora informó que los horarios eran iguales, de siete de la mañana a siete de la noche; por la tarde, de una a siete; mañana, de siete a una; y noche, de siete a siete; esos eran los turnos, mañana, tarde, noche y día. Que estaban obligadas a cumplir horas semanales y al mes pero que no recuerda el número, pero sí era horario semanal y mensual.

Manifestó que a los contratistas por turnos de noche o festivo les daban compensatorio; que normalmente los turnos se hacían noche, descanso, libre; o corrido, corrido, descanso.

Que a los contratistas los citaban a capacitaciones una vez al mes, al igual que a todo el personal; eran capacitaciones de guías nuevas, refuerzos, de la Dirección territorial o secretaría de Salud, y se hacían a las siete de la mañana, generalmente.

Sobre los implementos de seguridad informó que les daban tapabocas, gorros, batas desechables, tapabocas N-95, gafas.

Calificó la labor de la demandante como misional, porque estaba relacionada con el cuidado del paciente; e indicó que es una labor que siempre se necesita, que es permanente, que incluso ella como mínimo necesitaba tres auxiliares en el servicio durante cada turno.

Sobre la diferencia entre las labores que cumplían las auxiliares de enfermería de planta y contratistas explicó que era con los inventarios, la parte administrativa, pues esto solo era para las de planta; las de contrato eran más para atención directa, aunque las de planta también hacían esa labor, pues tenían funciones similares en cuanto a la atención del paciente porque los protocolos son uniformes o estándar, independiente de la forma de vinculación.

Que las contratistas seguían las órdenes que ella como supervisora, incluso les hacía el seguimiento y plan de mejora frente al contrato.

Que para acceder al sistema todos tenían clave, porque de esa manera se hacían las anotaciones y además se conocía quién las había consignado.

Que todos tenían carnet, incluso los contratistas.

Que tiene conocimiento que la actora se pensionó.

Las anteriores declaraciones son evidencia clara de que efectivamente además de la prestación personal del servicio, las labores prestadas se hicieron en el horario que debía cubrir la entidad para prestar los servicios en salud; bajo subordinación y dependencia, especialmente de la enfermera coordinadora; incluso con los elementos y equipos que Assbasalud le entregaba para la atención de los pacientes.

Además, considera la Sala que este elemento también se encuentra demostrado bajo las siguientes probanzas:

**- La vocación de permanencia del cargo**

Tal como se detalló en el acápite de pruebas de esta providencia, la señora López Montoya suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios entre marzo de 2012 y noviembre de 2016 de manera ininterrumpida, y este actuar que durante años frecuentó la administración constituye un serio indicativo de que el cargo que desempeñaba el demandante tenían vocación de permanencia, siendo por demás las labores que desempeñaba misionales, ya que estaban directamente relacionadas con los servicios de salud que la E.S.E ofrece y brinda en los diferentes puntos de atención que tiene.

También se acreditó que había auxiliares de enfermería vinculados bajo relación legal y reglamentaria.

Así las cosas, al utilizarse este modelo de contratación se está abusando de la figura del contrato de prestación de servicios estatal, pues este se convalida para ejercer labores especializadas y en un tiempo delimitado.

**- El cumplimiento de órdenes**

Otro de los indicios que llevó a este Juez Plural a dilucidar la existencia de una relación subordinada, es que de acuerdo a las cláusulas de los contratos que obran en el expediente el servicio debía cumplirse de conformidad con los parámetros establecidos por la entidad, ya que incluso por temas de calidad en salud la atención debe ser estandarizada; sumado a que la testigo María Beatriz Escobar, quien se desempeñó como Coordinadora del Centro Piloto, dio cuenta que la demandante recibía órdenes suyas, al igual que las auxiliares de enfermería de planta; aunado a que manifestó que en relación con las funciones, la única diferencia que existía era que a las de planta se les asignaban tareas administrativas, pero en lo demás, especialmente en relación con el paciente, desempeñaban las mismas labores.

Aunado a lo anterior, se observa que la actora estaba obligada asistir a jornadas de capacitación programadas por el ente hospitalario para prestar el servicio según los protocolos, para cumplir con los requerimientos de calidad, lo que sin duda deja evidenciado la carencia de autonomía con que la contratista ejecutaba los contratos, de tal suerte que, las labores ejercidas no estaban gobernadas por la liberalidad con que podía llevarlas a cabo, sino que, por el contrario, se encontraba sujeta al direccionamiento de la entidad contratante.

Igualmente, de las pruebas aportadas se deduce que la actora no contaba con autonomía e independencia para realizar las labores encomendadas, pues las funciones desempeñadas no permitían que las ejerciera según su albedrío, incluso se realizaban con los instrumentos y equipos de la entidad, bajo los parámetros por ellos determinados a través de la enfermera jefe o coordinadora.

#### **- Cumplimiento de horarios**

Los testigos fueron claros en afirmar que la demandante no solo cumplía una jornada diurna, sino que además hacía turnos en la noche, domingos y festivos; sumado a que los contrato-s indican que era obligación de la contratista cumplir los turnos asignados, y la remuneración incluso dependía de la cantidad y el tipo de turno que realizara.

Así las cosas, se tiene que conforme a la documentación aportada y las declaraciones acopiadas se puede afirmar que el vínculo contractual que ligó a la demandante con la entidad accionada trascendió más allá de lo pactado, convirtiéndose en una verdadera relación laboral en la que estuvieron presentes sus elementos esenciales antes mencionados: prestación personal del servicio, remuneración como contraprestación, y subordinación y dependencia.

Aunado a lo anterior, la situación objeto de análisis se encuadra dentro de los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009<sup>2</sup>, que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y remuneración, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral.

Se desvirtuó el carácter temporal de la labor contratada al probarse: 1) el criterio funcional, porque la función contratada, es decir, la de auxiliar de enfermería, está referida a las que debía adelantar la entidad pública como propias u ordinarias. 2) igualdad, porque es claro que dentro de la planta de personal hay auxiliares de enfermería que desarrollan las mismas labores que las vinculadas por contratos. 3) temporalidad o habitualidad, porque las labores llevadas a cabo por la demandante eran cotidianas, diarias, continuas, lo que se refleja en los turnos que debía cumplir. 4) excepcionalidad, porque se trató de una

---

<sup>2</sup> Sentencia C614 del 2 de septiembre de 2009. En ella la Corte Constitucional sostuvo que: "(...) En este orden de ideas, la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales.

vinculación que se extendió por más o menos 4 años con la misma persona y ejecutando las mismas labores, las cuales se encuentran ligadas al componente misional de la entidad.

5) continuidad, porque la vinculación se realizó mediante contratos de prestación de servicios sucesivos a partir de marzo de 2012 hasta noviembre de 2016, para desempeñar funciones del giro ordinario de la entidad, de carácter permanente y sin autonomía en el ejercicio de la labor.

Determinada la existencia de una verdadera relación laboral, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se debe declarar la nulidad del acto administrativo demandado, oficio GER-439 del 19 de julio de 2018.

### **Segundo y tercer problema jurídico**

¿Le asiste derecho a la señora Soledad López Montoya a que se le reconozcan, liquiden y paguen las sumas de dinero solicitadas en la demanda?

¿Le asiste derecho a la demandante a la devolución de los aportes realizados al sistema de seguridad social integral en la proporción que le correspondía al empleador por el periodo que duraron las vinculaciones por prestación de servicios?

**Tesis: se defenderá la tesis que a la demandante le asiste derecho a que se le pague el equivalente a las prestaciones sociales que un empleado de la entidad de igual categoría tendría derecho durante el período en que ejerció sus labores; así mismo, a que la entidad le reembolse las sumas que ella aportó al sistema de seguridad social.**

Frente al restablecimiento del derecho en casos de contrato realidad, el Consejo de Estado en providencia del 15 de agosto de 2013<sup>3</sup> fue claro al manifestar que por el hecho de reconocer la relación laboral no se le puede otorgar a la demandante la calidad de empleada pública.

Sin embargo, esto no obsta para que se le reconozcan a manera de indemnización las prestaciones sociales dejadas de percibir basadas en los honorarios que devengó:

*El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño,*

---

<sup>3</sup> consejo de estado; sala de lo contencioso administrativo; sección segunda; Subseccion b; consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve; Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil trece (2013).; radicación número: 18001-23-31-000-2001-00087-01(1622-12)

que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas (...).

*Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia<sup>4</sup> (Líneas fuera del texto).*

La parte actora en la demanda instó al pago de las prestaciones sociales en igualdad de condiciones a los servidores públicos de la entidad, tales como primas de navidad y alimentación, vacaciones, prima de vacaciones, dotación de vestido y calzado, auxilio de transporte, subsidio familiar, gastos de representación, bonificación por servicios prestados, bonificación de recreación, viáticos (constitutivo de factor salarial), incremento de salario por antigüedad, primas de servicios y demás prestaciones sociales diurnas o extraordinarias.

Sin embargo, no corresponde a este juez determinar de manera discriminada qué prestaciones sociales o emolumentos deben incluirse en la indemnización, pues aunque en este tipo de procesos se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos derivados de esta a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, este solo hecho no le puede otorgar la calidad de empleado público al contratista, tal como lo establecen los artículos 122 y 125 de la Constitución Política, pues para adquirir esta categoría las normas constitucionales exigen: i) la existencia del cargo o empleo en la planta de personal; ii) la previsión de los emolumentos en el presupuesto de la entidad; y iii) que el ingreso al servicio se dé a través de una vinculación legal y reglamentaria, lo que supone la existencia de una designación válida (a través de nombramiento o elección) y la respectiva posesión del cargo, para poder ejercer las funciones del mismo.

Sobre el tema, se encuentra providencia del 28 de julio de 2005, expediente 5212-03, C.P. Tarcisio Cáceres Toro, la cual efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, y se precisó que:

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent. del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

*Para que una persona natural desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA) que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la persona nombrada y posesionada es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente.*

Aunado a lo anterior, debe advertirse que este juez desconoce qué prestaciones sociales podría tener un empleado en Assbasalud que desempeñaba un cargo equivalente al que desarrollaba la accionante, y en este sentido se podrían estar dejando por fuera rubros a reconocer o estar incluyendo otros que no corresponden, porque dentro del expediente no quedó acreditado este aspecto de ninguna manera.

Para el caso *sub examine*, y en atención a lo solicitado en la demanda, se ordenará a Assbasalud ESE reconocer y pagar a la demandante, teniendo como base los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado, las prestaciones a que un empleado de la entidad de igual categoría tendría derecho.

En cuanto a la caja de compensación familiar, se aclarará que en caso de que Assbasalud establezca que un empleado de la entidad de igual categoría estaba afiliado a esta y, por lo tanto, gozaba del derecho a disfrutar de los beneficios que de ello se derivaban, deberá reconocer y pagar directamente a la demandante una indemnización equivalente al aporte que por tal concepto debió hacer por este concepto como empleador, tomando como base de liquidación los respectivos honorarios contractuales pactados.

Lo anterior, en consonancia con lo considerado por el Consejo de Estado en el siguiente aparte:<sup>5</sup>

*De las Cajas de Compensación*  
*De conformidad con esta normativa la demandante no disfrutó, mientras duró su relación contractual desnaturalizada, de los beneficios que otorgan las Cajas de Compensación como son, percibir el subsidio familiar y acceder a los centros de recreación, educación y cultura, entre otros, presentándose la imposibilidad de percibirlos por el transcurso del tiempo, por lo que los dineros que la Administración debió sufragar a ese ente deben ser pagados,*

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, fecha: 19 de febrero de 2009, radicado 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05).

*a título de indemnización, para que la actora los disfrute, debiéndose ordenar su reconocimiento.*

En relación con la sanción moratoria sobre las cesantías, debe indicarse que no es factible su reconocimiento como quiera que solo a partir de esta sentencia es que se está declarando la existencia de una relación laboral; y, en consecuencia, es desde este momento que surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado<sup>6</sup>, por ello no se reconocerá suma de dinero alguna por este concepto.

Sobre el reconocimiento del trabajo suplementario (nocturno, dominicales y festivos) debe advertirse que no hay posición pacífica del Consejo de Estado frente al tema.

En algunos casos, el Máximo Tribunal Administrativo ha optado por negar el reconocimiento de este con el argumento de que el Decreto 1042 de 1978 tiene como destinatarios a los empleados públicos, condición de la cual carece la persona que reclama la existencia de una relación laboral, sin que sea posible admitir que el contratista estuvo sujeto a la jornada ordinaria laboral prevista en el artículo 33 del mentado decreto, lo que a su juicio excluye la posibilidad de reconocimiento y pago del trabajo suplementario; sumado a que conforme al artículo 36 *ibídem*, ese trabajo suplementario debe ser autorizado previamente mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las actividades que van a desarrollarse, lo cual debe demostrarse en el proceso.

En otros fallos ha accedido a esta pretensión con fundamento en el principio de primacía de la realidad sobre las formas, siempre y cuando la parte demuestre con suficiencia el haber laborado en esa jornada extra, pues si bien no le es posible cambiar al contratista su condición ante el Estado, ello no significa que exista imposibilidad jurídica que le permita acceder al reconocimiento del trabajo suplementario.

Esta Sala acogerá la segunda postura por considerar que es más garantista para la persona que logra demostrar la relación laboral, sumado a que se considera que por estar el contratista vinculado mediante prestación de servicios, sería difícil cumplir los requisitos del Decreto 1042 de 1978, ya que la naturaleza de la relación no haría exigible que se cumplieran estas exigencias.

---

<sup>6</sup> Ver sentencia del 4 de marzo de 2010, radicado 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08); sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado 25000-23-25-000-2007-00041-01 (0260-09), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia del 19 de enero de 2015, radicado 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), Actor: Esteban Paternostro Andrade, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren entre otras, sentencia de fecha 6 de octubre de 2016, radicado 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Sin embargo, para reconocer el trabajo suplementario, la parte sí debe desplegar una actividad probatoria que lleve al conocimiento, de manera detallada, de la forma en que se realizó el mismo, pues no basta simplemente con afirmar que se realizó o aportar la relación de turnos, como sucedió en el presente asunto, sino que dicho documento debe ser explicado con toda claridad y precisión, ya que al juez no le es dado hacer suposiciones para determinar el número probable de horas extras o de días festivos en que pudo haber laborado el trabajador demandante.

Si bien en este caso los cuadros de turnos relacionados en el acápite de lo probado no fueron tachados por la parte demandada, se advierte que los mismos no están signados por ningún empleado de Assbasalud, lo que genera dudas sobre su autenticidad; siendo necesario además hacer énfasis en que la testigo María Beatriz Escobar informó, como persona encargada de elaborar los cuadros de turno, que primero se hacía un cuadro a principio de mes, pero que este no era el definitivo, ya que en ese periodo se presentaban novedades por los cambios de turno, por lo que al final del mes se informaba al Área de Gestión Humana el cuadro consolidado para proceder al pago de acuerdo a los turnos realizados. En tal sentido, para esta Sala es desconocido si los cuadros aportados corresponden a los de principios o final de mes, lo que denota falta de certeza sobre los turnos efectivamente laborados por la accionante para así reconocer un trabajo suplementario.

Sumado a ello, hay unas declarantes que afirmaron que esos turnos sí tenían un mayor valor, aunque tampoco sé conoce cuál era, mientras que otra declarante adujo que los turnos se pagaban con el mismo valor, así fueran nocturnos o dominicales, por lo que tampoco existe certeza sobre la remuneración que recibía la actora para poder efectuar alguna compensación.

En sentencia del Consejo de Estado – Subsección B del 21 de julio de 2016 – radicación 68001-23-33-000-2013-00216-00(1046-14) se precisó sobre el tema:

*Así las cosas, la regulación normativa precitada es clara en delimitar su campo de aplicación a los empleados públicos<sup>7</sup>, condición de la que precisamente carece el contratista que llegare a demostrar la configuración de una verdadera relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicio pero de la cual, no podrá mutar en*

---

<sup>7</sup> Decreto 1042 de 1978, "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

*una relación legal y reglamentaria, conforme las exigencias consagradas en los artículos 122 al 125 de la Carta Superior. Empero, el contratista que logre demostrar los elementos sustanciales de una relación laboral bajo la égida del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, si bien no le es posible cambiar su condición ante el Estado, es decir, la de un contratista, no significa ello que exista imposibilidad jurídica que le permita acceder al reconocimiento del trabajo suplementario*

*Todo lo anterior, pone de presente un exigente ejercicio probatorio, el cual recae sobre la persona que reclama el reconocimiento y pago del trabajo suplementario. En ese sentido, rige el principio universal de que quien afirma algo, debe demostrarlo y si se trata de trabajo suplementario o en días festivos, la prueba aportada debe ser de una claridad y precisión que permita determinar las horas extras trabajadas, ya que al Juez no le está permitido hacer cálculos o suposiciones para determinar el número probable de horas extras o de días festivos en que pudo haber laborado el trabajador demandante.*

Se advierte entonces que en este caso faltó actividad probatoria de la parte demandante para acreditar con suficiencia el trabajo suplementario realizado, lo que impide reconocer el mismo.

Sobre el reintegro de las sumas de dinero canceladas por las pólizas de cumplimiento, se advertirá que no es procedente el reembolso, toda vez que la desnaturalización de la vinculación de la actora a través de contratos de prestación de servicios, no implica el reintegro de dineros que se hayan erogado para su celebración<sup>8</sup>.

Finalmente, en cuanto a los aportes al sistema de seguridad social, también el Máximo Tribunal Administrativo en providencia del 25 de agosto de 2016<sup>9</sup> estableció que:

*3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:*

*i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.*

<sup>8</sup> Expediente: 68001-23-31-000-2009-00636-01 (1230-14), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>9</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, de fecha veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16,

*ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.*

*iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*

*iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).*

*v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.*

*vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).*

*vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.*

*De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el*

*ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.*

*“...Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales...*

Quedó probado de los testimonios, además con las cláusulas de los contratos relativas a la afiliación de la contratista a la seguridad social, que la parte actora debió soportar con su propio peculio los aportes al sistema de seguridad social, y conforme a la jurisprudencia antes referida los aportes a pensión son imprescriptibles.

Como según la normativa parte de esos aportes (salud y pensión) los debió cubrir el patrono en los porcentajes señalados en la ley, debe la entidad devolverle a la demandante las sumas que ella aportó; eso sí, en los porcentajes que le corresponderían al empleador, por lo que la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Se declarará además que el tiempo laborado por la demandante mediante contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales.

#### **Cuarto problema jurídico**

¿Se configuró la prescripción extintiva del derecho?

**Tesis:** La Sala es de la tesis que en el *sub lite* no se presentó prescripción de derechos en relación con los contratos de prestación de servicios, ya que no transcurrieron más de 3 años entre la fecha de finalización de los mismos y la reclamación administrativa.

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 consagra: *“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”*. Según lo señalado en la norma, la persona

tendría 3 años desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible para realizar el reclamo respectivo, so pena que opere el aludido fenómeno procesal.

Es de aclarar que, conforme a la jurisprudencia antes transcrita, aunque se declare la existencia de un contrato realidad se hace necesario revisar si se configuró la prescripción del derecho a reclamar las prestaciones sociales derivadas de este, y para ello debe verificarse que la reclamación ante la entidad mediante la cual se solicite el reconocimiento de la relación laboral se haya presentado dentro del término de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual. Pese a ello, el Consejo de Estado también ha sido claro en exceptuar de esa prescripción los aportes a pensión, en atención a la condición periódica del derecho que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día, y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época.

Del recuento realizado en el cuadro consignado en lo probado dentro del proceso, se observa que entre contrato y contrato no hubo interrupción, ya que los mismos fueron celebrados de manera continua.

Como la petición mediante la cual se solicitó el reconocimiento de la relación laboral se radicó el 6 de junio de 2018 (fol. 43), es claro que la misma, contabilizando 3 años hacía atrás, abarcaría todos los vínculos contractuales, pues como se adujo no hubo interrupción, los cuales se extendieron de marzo de 2012 a noviembre de 2016, por lo que se declarará no probada la excepción de prescripción.

Es así como en relación con todos los contratos deberá el Assbasalud reconocer la totalidad de prestaciones y factores salariales a los que un empleado de igual categoría tendría derecho, además de tener la entidad que cancelar los valores que conforme a lo sostenido anteriormente debe devolver a la actora como pagos al sistema de seguridad social (salud y pensión) en el porcentaje que le correspondería al empleador.

Las sumas que debe cancelar la entidad serán ajustadas con sujeción a la siguiente fórmula:

$$VP = VH \frac{Ind. F.}{Ind. I.}$$

Dónde:

VP = Suma actualizada

VH = Suma a actualizar

Ind. F. = Índice de precios al consumidor vigente a la fecha de la sentencia.

Ind. I. = Índice de precios al consumidor vigente en cada uno de los meses en los que se causa el derecho.

Se aclara que, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

### **Conclusiones**

De acuerdo a las pruebas que reposan dentro del expediente se puede inferir que en el vínculo contractual que unió a la señora Soledad López Montoya y Assbasalud E.S.E se configuraron los elementos propios de una relación laboral, por lo que es procedente declarar la nulidad del oficio GER-439 del 19 de julio de 2018, y reconocer todos los derechos que de una relación laboral se derivan por el periodo de tiempo que duraron los mismos (4 de marzo de 2012 al 30 de noviembre de 2016), ya que no se presentó el fenómeno de la prescripción.

Por lo anterior, se declararán no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada denominadas “inexistencia de la obligación laboral (prestaciones sociales) en favor de la excontratista Soledad López Montoya”; “cobro de lo no debido”; y “prescripción de los derechos en materia laboral”.

### **Costas**

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en el presente asunto no se condenará en costas a la parte demandada, ya que las pretensiones del libelo petitorio prosperaron parcialmente.

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

### **FALLA**

**PRIMERO: DECLÁRESE NO PROBADAS** las excepciones denominadas “inexistencia de la obligación laboral (prestaciones sociales) en favor de la excontratista Soledad López Montoya”; “cobro de lo no debido”; y “prescripción de los derechos en materia laboral”.

formuladas por **ASSBASALUD E.S.E**, según lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: DECLÁRESE** la nulidad del oficio GER-439 del 19 de julio de 2018, por medio del cual la entidad accionada negó la relación laboral.

**TERCERO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONDÉNASE** a **ASSBASALUD E.S.E** a pagar a la señora **SOLEDAD LÓPEZ MONTOYA** todas las prestaciones y factores salariales a los que un empleado de igual categoría tendría derecho, tomando como base el valor de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios, por el periodo de tiempo que duraron los mismos (4 de marzo de 2012 al 30 de noviembre de 2016).

Además, deberá devolver a la actora los valores que ella aportó al sistema de seguridad social (salud y pensión) en el porcentaje que le correspondería al empleador y que fueran asumidos inicialmente por la demandante en el periodo que duraron los contratos de prestación de servicios, salvo las interrupciones; por lo que la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Se declarará además que el tiempo laborado por la demandante mediante contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales.

Los valores a pagar deberán ser reajustados conforme a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta providencia.

**CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones.

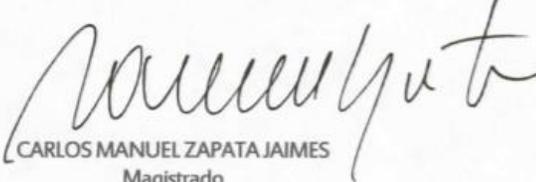
**QUINTO:** la demandada deberá dar cumplimiento de la sentencia en los términos señalados en el artículo 192 del CPACA.

**SEXTO: SIN COSTAS** por lo brevemente expuesto.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 11 de junio de 2021 conforme Acta n°030 de la misma fecha.

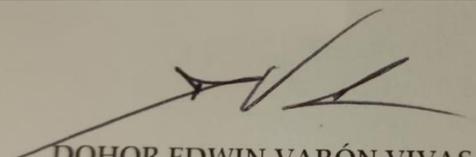


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado

**(E) Despacho del Magistrado Jairo Ángel Gómez Peña**



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 104 del 17 de junio de 2021. 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 PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, once (11) de junio de dos mil veintiuno (2021)

<b>RADICADO</b>	<b>17-001-23-33-000-2019-00116-00</b>
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>ACCIONANTE</b>	<b>JORGE ELIECER VASCO CIFUENTES</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL MUNICIPIO DE LA MERCED - CALDAS</b>

Encontrándose el proceso de la referencia para dictar sentencia por parte de la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, esta Sala de Decisión considera necesario decretar de oficio la práctica de la siguiente prueba de carácter documental.

Por la Secretaría de esta corporación, **OFÍCIESE** a la secretaría de Educación del departamento de Caldas para que en un término no mayor a diez (10) días, siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, remita con destino a este proceso copia del expediente que contiene la historia laboral del demandante, señor Jorge Eliecer Vasco Cifuentes, identificado con la cédula de ciudadanía 4.561.480. Además, para que certifique el grado de escalafón docente que el actor tenía para los años 1993, 1994 y 1995; y si ya se retiró del servicio docente; en caso positivo, en qué fecha y a través de qué acto administrativo se realizó la desvinculación.

Así mismo, se oficiará al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que en un término no mayor a diez (10) días, siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, certifique desde qué fecha el señor Jorge Eliecer Vasco Cifuentes, identificado con la cédula de ciudadanía 4.561.480, se encuentra afiliado al fondo; y para que certifique si en el reconocimiento de las cesantías parciales realizadas mediante Resolución nro. 0349 del 3 de febrero de 2012, por un valor total de \$22.845.489, se incluyeron las cesantías de los años 1993, 1994 y 1995.

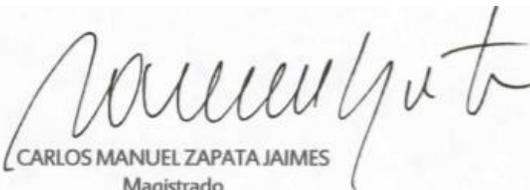
Aportada la prueba en mención, por la Secretaría de la corporación **CÓRRASE** traslado de la misma a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 110 del Código General del Proceso.

Se hace saber que el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es el [sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co](mailto:sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co); y que toda documentación enviada a otro correo electrónico se tendrá por no presentada.

Surtido lo anterior, **REGRESE** inmediatamente el expediente al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia para proyectar la decisión que en derecho corresponda.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 11 de junio de 2021 conforme Acta n°030 de la misma fecha.

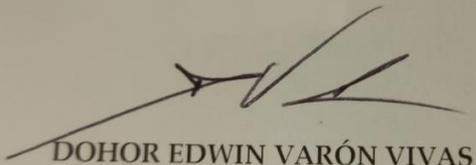


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

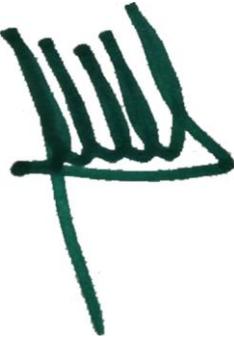


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado

**(E) Despacho del Magistrado Jairo Ángel Gómez Peña**



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

<p><b>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</b></p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 104 del 17 de junio de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales,</p> <hr/>  <hr/>
<p><b>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA</b> Secretario</p>